

ЧЛАНЦИ

*Проф. др Klaus J. Nort
Кодирекшор Макс-Планк института за јавно
и приватно међународно право у Хамбургу.*

Модернизација компанијског права и унапређење корпоративног управљања у ЕУ¹⁾

Резиме

Наслов овог чланска је узет из дојиса Европске комисије Савету и Европском парламенту од 21. маја 2003. године. Уобичајен скраћени назив овог докумената је “Акциони јлан компанијског права”. У овом чланску проф. Норт покушава да утврди утицај Акционог јлана компанијског права ЕУ на корпоративно управљање, јер је према његовом мишљењу веома важно да се зна шта Комисија намерава да регулише у области европског компанијског права и како то намерава да учини. Из Акционог јлана произилази велики број интересантних и компликованих правних штита, због чега је ова тема изразито ажибуелна.

Аутор је чланак поделио на три дела. У првом делу дат је кратак осврт на Акциони јлан уз истицање неколико оштићих објашњења. После тога, Акциони јлан је привучен кроз перспективу хармонизације компанијског права у ЕУ и њене проблеме. У трећем делу издвојено је шест специфичних штита корпоративног управљања, које Европска комисија намерава да уреди.

Кључне речи: Акциони јлан компанијског права, корпоративно управљање, група компанија, реорганизације компанија, Европска приватна компанија, Форум за европско корпоративно управљање, Законик о корпоративном управљању.

1. Овај чланак је написан поводом предавања које је проф. Норт одржао на Правном факултету у Београду 8. октобра 2004. године.

Уводне напомене

Искрено се захвальјем на срдачном позиву да одржим предавање на Правном факултету у Београду. Са задовољством сам прихватио позив, јер мислим да треба да учинимо све како би промовисали добре односе између наше две државе. Током историје ови односи ниси увек били једноставни. Уместо да гледамо у прошлост, ми треба да се са охрабрењем надамо светлијој будућности. Будућност ће бити онаква какву је створимо, а моје је мишљење да читаву Европу, у којој ми заједно живимо и радимо, чека мирна и просперитетна будућност. Моје је мишљење да професори и студенти имају посебну одговорност у овом погледу. То је разлог због кога сам изабрао тему, која третира право ЕУ, а још конкретније компанијско право ЕУ.

Европско компанијско право је обавезујуће само за земље чланице ЕУ. Међутим, оно је релевантно и за друге европске земље, без обзира да ли оне желе да се прикључује ЕУ у будућности (попут Србије и Црне Горе) или ту жељу немају (попут Швајцарске). У првом случају, од свих приступајућих држава се захтева да ускладе своје прописе са оним што Комисија назива “*acquis communautaire*”, тј. правом ЕУ. У другом случају, може бити корисно да се утврди како су формулисани заједнички стандарди у свим државама ЕУ, што може довести до њиховог добровољног прихватања. Ово је начин на који поступа Швајцарска, јер жели да прихвati заједничке европске стандарде. Већина онога што је или ће бити европско компанијско право је прилично обимно и савет је да се одмах све добровољно не приhvata. Чак је и новопримљеним државама дозвољена једна прелазна фаза. Дугорочно посматрано, заједнички европски стандарди су нешто чему треба тежити.

Наслов предавања је узет из дописа Европске комисије Савету и Европском парламенту од 21. маја 2003. године. Уобичајен скраћени назив овог документа је “Акциони план компанијског права”.²⁾ Акциони план компанијског права ЕУ и његов утицај на корпоративно управљање је одговарајући за ово јутарње предавање из три разлога:

- прво, актуелно је знати шта Комисија намерава да регулише у области европског компанијског права и како то намерава да учини;
- друго, Акциони план дубоко залази у компанијско право земља чланица, корпоративну праксу и, према томе, доводи до бројних општих правних питања, попут супсидијарности у односу на Уговор о оснивању Европске заједнице, као и посебних питања компанијског права; и
- треће, и сам сносим одређену одговорност за садржај Акционог плана. Овај план је настао убрзо након дугог извештаја припремљеног од стране тзв. HLG HLG, термин који користи и сама Комисија, је скраћен назив за Високу групу експерата компанијског права (енг. High Level Group of Company Law Experts). Из-

2. Communication of the Commission of the European Communities to the Council and the European Parliament “Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward”, Brussels, 21. 5. 2003, COM (2003) 284 final.

вештај је донет под називом: "Модеран регулативни оквир за компанијско право у Европи".³⁾ Моје предавање је подељено на три дела.

У првом делу даћу кратак осврт на Акциони план, на тај начин што ћу заједно са вама посматрати додатак који имате у рукама (annex) и пружићу вам нека општа објашњења. После тога ћу Акциони план да провучем кроз перспективу хармонизације компанијског права у ЕУ и њене проблеме. У трећем делу издвојићу шест специфичних питања корпоративног управљања, које Европска комисија намерава да уреди.

I. Приказ Акционог плана компанијског права

Европска комисија је истакла у свом списку радњи⁴⁾ да намерава да успостави јасне приоритете: краткорочне (2003-2005); средњорочне (2006-2008); и дугорочне (од 2009). Међутим, нагласак је на краткорочним и дугорочним плановима. Пет области су покривене: корпоративно управљање; повећање и одржавање оснивачког капитала; груписање компанија; реструктуирање и нове компанијске форме; и друге форме привредних друштава.

1. Корпоративно управљање

Највећа брига Комисије је у сваком случају везана за корпоративно управљање. Питања корпоративног управљања су садржана у анексу под краткорочним и другорочним циљевима. Краткорочни циљеви се везују за доношење следећих аката: директива, која ће предвидети детаљније и квалитетније обавештавање о корпоративном управљању; директива која треба да убрза акционарску комуникацију и доношење одлука, а нарочито елиминисањем препрека у вези са гласањем преко границе; препорука о улози независних и надзорних директора; препорука, која се односи на директорске накнаде; директива која ће обезбедити да директори буду колективно одговорни за финансијске извештаје; и иницијатива Комисије да се формира Европски форум за корпоративно управљање. Средњорочни циљеви се односе на директиве које би дале право избора институционалним инвеститорима између једнодомне и дводомне управе (тј. или унитарна управа или управни и надзорни одбор), као и повећавање одговорности чланова управе (по-

3. High Level Group of Company Law Experts, "A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe", Брисел, 4. новембар 2002. године, стр. 161 и даље. Други уско повезан извештај се односи на преузимања привредних друштава. Види: *High Level Group of Company Law Experts*, "Report on Issues Related to Takeover Bids", Брисел, 10. јануар 2002. године, стр. 96. Оба извештаја се налазе у Annex-у књиге G. Ferrarini, K. J. Hopt, J. Winter, E. Wymeersch, "Reforming Company and Takeover Law in Europe", Oxford University Press, 2004. Ова књига се детаљно бави са два извештаја и проблемима који су овде постављени. Као основу за извештај High Level Group од 4. новембра 2002. године, види: K. J. Hopt, "Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron", *Journal of Corporate Law Studies*, бр. 3 из 2003. године, стр. 221-268.

4. Види анекс овог чланска.

себно право на истрагу, правило о направилном трговању, дисквалификације директора). Све три радње ће бити саставни део директиве. Поред тога, планирана је посебна студија о принципу једна акција – један глас.

2. Одржавање основног капитала

Друге области покривене Акционим планом су такође значајне и ништа мање контроверзне. Погледајмо прво одржавање основног капитала. Основни капитал је тренутно под строгим режимом Друге директиве. Решења које је она прихватила су под оштром критиком економиста, компаративних правих експерата и енглеске заједнице. У исто време, у Немачкој, коалиција између традиционалних правника који се баве материјом компанијског права и федералних судија бране status quo. Шта Европска комисија намерава да учини? Она је крајње опрезна. Радње набројане у Акционом плану су подељене на краткорочне, средорочне и дугорочне. У оквиру краткорочних планова, предвиђено је поједностављивање Друге директиве, пратећи препоруке тзв. SLIM групе, којом је руководио професор Wymeersch (тада са Гент универзитета, а који је у међувремену постао председавајући Белгијске комисије за банкарско осигурање и финансије). У средњем року, биће начињена студија са циљем да се види да ли су могуће алтернативе за режим одржавања основног капитала. Ако је одговор позитиван, дугорочно ово би било имплементирано кроз измене Друге директиве.

3. Групације компанија, пирамиде

Трећа област су групације компанија, познато поприште многих борби. Неки од вас знају да је Европска комисија имала намеру да хармонизује груписање компанија тзв. Деветом директивом, мање или више пратећи пример немачког Konzernrecht-a. Али ово се није остварило. После тога, 1998. године Forum Europaean on Group Law је предложио знатно детаљнији правни оквир, као средње решење између немачког Konzernrecht-a и хаотичног делимичног регулисања ad hoc интервенцијама у неким другим државама. Акциони план је усвојио овај приступ. Преузимање активности ван оквира националних оквира је очигледна економска неопходност, али је у значајној мери угрожена немачким системом радничке партиципације у управљању. Европски прогрес је у овом погледу деценијама блокиран немачком коалицијом синдикалних лобиста и политичких опортунуиста. Акциони план обезбеђује следеће мере: директиве која захтева боље извештавање о структури групе и односима (краткорочно) и две директиве о координацији између група и пирамидалним структурима (обе средњорочно).

4. Реорганизације компанија

Реорганизације су четврто поље. Оно се односи на екстензивну дебату о Десетој директиви о међународним спајањима привредним друштвима и на Четрнаесту директиву о променама седишта компаније ван националних оквира. Обе дирек-

тиве су блокиране од стране Немачке због питања радничке партиципације. У скорије време, изгледа да ће се доћи до компромиса, али се још увек не зна како ће он изгледати. Немачки синдикати се боре за исто решење како је садржано у статуту Европске компаније (Societas Europeaea). Друге државе чланице би волеле да виде мање саодлуčивања у случају међународних спајања друштава. Меродавно ће бити право седишта компаније након статусне промене.

5. Европска приватна компанија, друге праве форме у оквиру ЕУ, транспарентност националних форми

Европске правне форме су пета брига Европске комисије. Прво, постоји план да се усвоји статут Европске приватне компаније. Ово је врста друштва са ограниченој одговорношћу (попут немачког GmbH). Друге праве форме ЕУ су Европска асоцијација, Европско узајамно друштво, а у средњем року је могућа и Европска фондација. Препоручљиво је да постоје основна правила обавештавања за сва правна лица са ограниченом одговорношћу.

II. Акциони план компанијског права у перспективи: пет најзначајнијих правних питања

1. Хармонизација европског компанијског права

Овај Акциони план нас позиционира у средину хармонизације европског компанијског права. Ово је дугачак и прилично болан политички процес. Узмимо само групације друштава као пример. Делови Пете директиве, па чак и делови неусвојене Девете директиве о груписању компанија се могу препознати у Акционом плану. High Level Group – као и Форум за европско право групација пре њега – је изабрао нови приступ, гледајући једино оквире хармонизације и издвајајући неколико стратегијских проблема, а посебно одређена правила игре. Приликом избора, Група је већи акценат стављала на побољшање прекограницчких и других економских активности, а мање на успостављање посебних правних правила правичности.

Акциони план је пратио овакав начин размишљања High Level Group. Програм укључује више обавештавања о структури групе и односима унутар ње, и финансијских и нефинансијских; оквирна правила за групе усвајањем начела субсидијарности у оквиру координираних група; забрана котирања на берзама за недозвољене пирамиде. Ова правила ће бити минимална, тј. Немачка ће моћи да задржи своје стара, строжија правила о праву груписања друштава. Наравно, и за ово постоји цена. Као последица Акционог плана, Karel van Hulle, као члан Комисије је објавио да су Пете и Девете директиве мртве.

2. Наставак Акционог плана компанијског права

Европска комисија је већ започела са имплементацијом Акционог плана.

Предлог Десете директиве о прекограницним статусним повезивањима компанија са акцијским капиталом је на столу од новембра 2003. године.

Тренутно циркулише предлог и нацрт Четрнаесте директиве о прекограницичној промени седишта компаније, што је узнемирило немачке синдикате који се боје за своју националну “свету краву” – радничку партиципацију у управи друштва.

Препорука о јачању улоге (независних) неегзекутивних директора или надзорних директора је поднета Европској комисији 6. октобра 2004. године.

Друга препорука о успостављању посебног режима за давање накнаде директорима је предочена Европској комисији такође 6. октобра 2004. године.

Окончан је период за консултације за директиву о одговорности чланова управе и побољшање финансијских информација и информација у вези са корпоративним управљањем.

Пре неколико недеља Комисија је издала нови консултациони документ. Он се односи на успостављање одговарајућег режима за акционарска права.

3. Циљеви Акционог плана компанијског права

Циљеви Акционог плана су двоструки. Прво, повећање права акционара и заштита запослених, поверилаца, и других лица са којима компанија ступа у контакт. На овај начин се жели створити и одржати поверење у компаније унутар ЕУ. Други циљ је у непосредној вези са првим. Комисија намерава да подстакне ефикасност, са посебним освртом на прекограницна питања. Један циљ не може бити остварен без другог; они су две стране истог новчића. Frits Bolkestein, као представник интерног тржишта, је рекао: “Компанијско право и корпоративно управљање су срце политичког плана са обе стране Атлантика. То је због чињенице да економије функционишу само уколико компаније послују ефикасно и транспарентно. Јасно смо видели шта се дешава у супротном случају: инвестиције и радна места ће бити изгубљена; а у најтежим случајевима, акционари, запослени, повериоци и друштво ће бити опљачкани. Брза акција је неопходна да би се обезбедило задовољавајуће јавно поверење у финансијска тржишта.” Ово није само политичка изјава. Наша High Level Group је истог мишљења. Заиста, поверење инвеститора је кључан концепт европског финансијског и компанијског права, као што је то био случај и на почецима америчког регулисања права хартија од вредности 30-тих година прошлог века.

4. Потребе малих и средњих привредних друштава, категоризација компанија за регулаторне сврхе

Европска комисија је свесна различитих потреба малих и средњих привредних друштава (SMEs) и намерава да им прилагоди компанијско право и правила корпоративног управљања једноставнијим и флексибилнијим оквирним правили-

ма. Велика Британија и друге европске земље су увиделе овај проблем и његово решавање сматрају крајње пожељним, имајући у виду све већи значај малих и средњих привредних друштава у Европи. Европска комисија је у праву што укључује овај тренд у оквире европског права. Са друге стране, Комисија планира да успостави знатно захтевнија правила за котирана друштва, тј. за друштва чије се хартије од вредности котирају на берзи или на неком другом регулисаном тржишту. Изгледа да велики број држава чланица прати тренд по коме постоје два правна режима у зависности од тога да ли се хартије котирају на берзи.

За регулаторне сврхе, High Level Group је предложила прављење разлике између три категорије компаније, уместо две као што је то било до сада, тј. котиране компаније, отворене компаније и затворене компаније. Разлог за постојање отворених компанија је следећи: у Немачкој и неким другим државама, мали број компанија се котирају. У августу 2003. године, ми смо имали 15.176 акционарских друштава (AG и KGaA). У децембру 2002. године, само је 715 било котирано (упореди са 2.405 котираних компанија у Великој Британији). Са тог становишта, неоправдано је третирати око 14.000 некотираних немачких акционарских друштава као затворена друштва – или је компликовано у потпуности дерегулисати режим за затворена друштва. Али, ово питање остаје отворено.

5. Акциони план компанијског права и његова веза са другим областима хармонизације (финансијска тржишта, одитори, преузимање привредних друштава)

Акциони план компанијског права је амбициозан програм, али он не показује праву меру у којој се залази у ово поље. Постоје барем две области које нису покривене, а од кључне су важности за корпоративно управљање, унапређење рада одитора и тржишна питања (финансијско тржиште и тржиште корпоративне контроле, тј. Тринаеста директива). Ово захтева неколико речи објашњења, једно опште и једно специфичније.

Уопштено, постоји блиска веза између Акционог плана финансијских тржишта из 1999. године и Акционог плана компанијског права од 21. маја 2003. године. Господин Bolkestein је био веома успешан на првом плану, док је хармонизација компанијског права годинама била безуспешна. Bolkestein-ова генијална идеја је била да повеже оба поља и обе регулаторне шеме, користећи искуство и политички успех Акционог плана финансијских тржишта за прогрес компанијског права. Политички ово је било веома вешто решење, које је барем до сада економски и правно успело.

Ова стратегија је такође коришћена и за две специфичне, раније поменуте области. Прво, побољшање ревизије, што је већ дugo времена брига Комисије и одвојених група формираних у оквиру и ван ње, које се баве овим питањем. Према томе, она није укључена у одредбе извештаја High Level Group. Комисија је без обзира на поменуто била веома активна на овом пољу. Дозволите ми само да поменем препоруку од 6. маја 2002. године о називности законских ревизора – основни

принципи; акциони план у десет тачака о законским ревизорима од 21. маја 2003. године и истог дана објављен Акциони план компанијског права, као и недавни предлог измена Осме директиве који датира од 16. марта 1994. године. И даље се предузимају мере на нивоу ЕУ. Да ли ће Комисија кренути са регулисањем одговорности ревизора према трећим лицима је још увек отворено питање. Национална решења су потпуно различита, и многа од њих су испреплетане са концептима општег права грађанске одговорности. У неким земљама чланицама, попут Немачке, постоји јасан тренд ка установљавању одговорности ревизора према трећим лицима, иако ограничено на случајеве крајње непажње и уз постојање максималног новчаног износа до ког одговарају.

Што се тиче тржишта корпоративне контроле, коначно смо усвојили Тринаесту директиву о преузимању привредних друштава 21. априла 2004. године,⁵⁾ која је знатно ублажена у односу на ранију верзију из децембра 2003. године. Ова директива има свој сопствени пут, проблеме и критике. Важно је увидети да је она део део корпоративног управљања, тј. екстерног корпоративног управљања преко тржишта корпоративне контроле. Теорија каже да takeover-и могу имати дисциплински ефекат на управу циљне компаније. Међутим, модерна емпиријска истраживања су у том погледу двосмислена.

III. Детаљније објашњење шест сегмената корпоративног управљања наведених у Акционом плану

1. Унапређење обавештавања увођењем годишњег извештаја о корпоративном управљању

Према Акционом плану, државе чланице ЕУ треба да захтевају од котираних друштава да у своја годишња документа или у њихов анекс укључе кохерентан и дескриптиван извештај о кључним елементима у структури и пракси корпоративног управљања. Такав извештај треба да пружи инвеститорима и тржишту истињу и правичну слику корпоративног управљања у одређеној компанији, омогућавајући им да учине бољи избор. Отворено је остало питање да ли ревизори треба да имају одређену функцију у вези са извештајем о корпоративном управљању. Обавештавање, препоручено од стране High Level Group Комисији, као пожељан прилаз је уопштено посматрано најмање инвазиван начин регулисања, а ако се покаже као ефикасан, онда је то и најбољи начин регулисања компанија.

5. Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on takeover bids, Official Journal of the European Union L 142/12 од 30.4.2004. Види: K. J. Hopt, Takeover Regulation in Europe – The battle for the 13th directive on takeovers, Australian Journal of Corporate law, бр. 15 из 2002. године, стр. 1-18. Види такође део о контролним трансакцијама од P. Davies и K. J. Hopt у R. R Kraakman, P. Davies, H. Hansmann, G. Hertig, K. J. Hopt, H. Kanda, E. B. Rock, The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach, Oxford University Press, 2004, стр. 157-191.

2. Развој законског оквира усмереног ка побољшању извршења различитих права акционара

Акциони план промовише акционарску активност, на пример, кроз постављање питања, објављивање одлука, гласања у одсуству, учествовања у скупштини акционара преко електронских медија, итд. Ове могућности се морају понудити акционарима широм ЕУ. Посебне проблеме везане за прекограницно гласање треба што пре решити. Ови проблеми су од посебног значаја за институционалне инвеститоре, како из других држава чланица ЕУ, тако и ван ЕУ. Побољшање акционарских права когентним нормама се уклапа у систем тржишно оријентисаног управљања, јер се јача самопомоћ акционара и инвеститора.

3. Усвајање препоруке са циљем промовисања правила о независним (неегзекутивним) или надзорним директорима

Акциони план сматра да минимални стандарди за формирање, састав и улогу комитета за изборе, накнаду и равизију морају бити дефинисани на нивоу ЕУ и извршени од стране држава чланица ЕУ, макар на “примени и објасни” основу. Као што је раније поменуто, Европска комисија је већ 6. октобра 2004. године дала своју препоруку о јачању улоге неегзекутивних или надзорних директора. Консултациони документ од 5. маја 2004. године, који је далеко отишао у дефинисању “независности”, је дочекан у Немачкој са великим зебњом. Сматрало се да, ако ово правило постане обавезно, то би значило и крај немачког контролисања преко надзорног одбора у зависном друштву и крај радничког саодлучивања у овим управама. Предлог препоруке је прихватио знатно опрезнији приступ. Не само што је она сведена само на препоруку, као што је увек и планирано, већ је на управи да у коначној инстанци дефинише појам независности. Постоји и изузетак за радничке представнике у управи у оквиру правно признатог представљања “радничког система”, који обезбеђује адекватну заштиту од неоснованих опозива и других видова неправичног поступања.

4. Усвајање препоруке о директорским накнадама

Државе чланице треба да у краком року буду позване да прихвате адекватан режим који би акционарима омогућио транспарентност и већи утицај, што обухвата детаљно објављивање појединачних накнада. Предвиђене су три радње: потпуно обавештавање, акционарско доношење одлука и рачуноводствени третман опција за куповину акција.

а) Потпуно обавештавање је умесно, како као основа за доношење одлука од стране акционара, тако и као начин кретања информација ка берзанском тржишту, које на њих може реаговати на различите начине. Нови британски извештај о директорским накнадама из 2002. године даје идеју о томе које информације могу бити релевантне у циљу обавештавања. Њиме се захтева да извештај о накнадама директора мора бити прегледан од стране ревизора и одобрен од стране чланова

друштва, при чему ово последње може представљати алтернативу акционарској одлуци о принципима и ограничењима директорских накнада.

б) Док се детаљи око директорске накнаде могу препустити комитету за ревизију (у коме су независни директори већина) или надзорном одбору у случају дводомног система управљања, годишње гласање о принципима и ограничењима накнаде управе (или виших чланова у оквиру управе) може бити корисно, јер представља кочницу, упркос чињеници да се акционари ретко супротстављају предлогу. Ово решење је прихваћено у Великој Британији, премда гласање тамо нема за циљ давање сагласности, већ је саветодавне природе (и, ако се не варам, нове реформе су у току). Неки теоретичари критикују овај хибрид, јер се по њима на овај начин стварају практичне тешкоће. Према томе, ово је случај нормалног акционарског одлучивања, уз услов да је информисано и ограничено на одређивање начела и не утиче на уговоре о раду и новчане захтеве чланова управе. Ако су ови услови испуњени, тешко је уочити непремостиве практичне потешкоће. Препорука Европске комисије од 6. октобра је да акционарска изјава о накнади буде саветодавне природе.

в) Најкомплексније питање је да ли треба предвидети императивно правило за рачуноводствени третман опција за куповину акција изван досадашње европске (и америчке) опште праксе о уписивању само чињенице да су те опције унете у одговарајући део биланса стања. Разлоге за ово треба тражити у тешкој одредивости вредности опција за куповину акција. Упркос свим овим потешкоћама, чињеница остаје да су трошкови рачуноводства једина кочница која се осећа. Ово може бити аргумент да се препоручи опште европско правило за ово питање, а да се сва појединачна питања препусте рачуноводственој професији и рачуноводственим стандардима који ће се развити. У сваком случају, компаније морају бити спремне да се суоче са ревидираним IAS/IFRS из 2004. године, а може се и десити да ће Финансијски рачуноводствени стандарди пратити пример Међународних рачуноводствених стандарда.

5. Одговорност чланова управе за финансијске извештаје

Европска комисија планира да на нивоу ЕУ прихвати правило о колективној одговорности чланова управе за финансијске извештаје. Ова одговорност има за циљ да побољша финансијске извештаје и обавештавање о корпоративном управљању. Акциони план оставља отворена питања: под којим условима та одговорност може настати (крајња непажња?), да ли треба да постоји ограничење висине одговорности, и нарочито, према коме ова одговорност постоји – друштву или инвеститорима у целини (интерна и екстерна одговорност)? У Немачкој, предлог закона уводи екстерну одговорност за писане, као и за усмене финансијске извештаје, али само у случајевима крајње непажње.

6. Институционални инвеститори, избор између једнодомног и дводомног система, вишег акционарске демократије

Акциони план садржи велики број других мера од којих ћу поменути само три. Прво, обезбеђивање вишег информација о улози коју имају институционални инвеститори у корпоративном управљању. Институционални инвеститори треба да буду у обавези да открију своју инвестицију и принципе којима ће се руководити приликом гласања. High Level Group је дискутовала о питању да ли треба ићи даље и обавезати институционалне инвеститоре да гласају. На крају, препорука није дата, не због тешкоће око дефинисања институционалног инвеститора, већ примарно због тога што се таква обавеза може показати контрапродуктивном, обезбеђујући још вишег гласова за управу, како гласање од стране немачких банака показује.

Друга мера коју треба поменути је право на избор које се даје котираним друштвима између једнодомног и дводомног система одлучивања у управи, које већ постоји, примера ради, у Француској и Италији, а која се подржава у Аустрији и Немачкој. У Немачкој, овај предлог је дочекан са симпатијама, не само од страних теоретичара, већ и у пракси (нпр. DAV). У Немачкој је такав избор све до недавно био незамислив. Разлог за ово је традиционално (премда спорно) мишљење, по коме је право акционарских друштава у основи когентног карактера. Међутим, много значајнији разлог је немачки систем радничког саодлучивања, који се сматра некомпабилним са једнодомним системом управе. Усвајањем Статута Европске компаније (*Societas Europaea*, SE), који је прихватио право на избор акционара између два система, расположење се променило.

Последње, али не и најмање значајно, Акциони план наглашава да има намеру да појача ефекат принципа пропорционалности између капитала и контроле. Комисија је става да се у средњем року мора остварити права акционарска демократија, и она намерава да спроведе студију о последицама таквог приступа.

Закључак

Реперкусије Акционог плана ће бити значајне. О њему се дискутује у свим државама чланицама, иако не увек добронамерно. Критике се крећу од фундаменталног опонирања на основу начела супсидијарности и економског концепта конкуренције између законодавства до посебних критика појединачно предложених мера. Један пример је студија CEPS Brussels Center for European Policy Studies (Lanno). Комисија није импресионирана основним критикама, и она наставља са бројним радњама које се односе на различите мере. Неке од њих су биле предмет овог чланка. High Level Group се супротставља доношењу европског Законика о корпоративном управљању, што је прихватила и Комисија. Са друге стране, Комисија планира да оснује Форум за европско корпоративно управљање, иако је за сада још увек нејасно како би ово тело изгледало, ко би ушао у његов састав, и које би му биле функције. 18. октобра 2004. године одржаће се конференција у Хагу. Њена

тема ће се односити на начин регулисања корпоративног управљања. Од Комисије се очекује да изнесе своје ставове. Присутна је знатижеља у вези са питањем да ли ће Комисија наставити са планом. Ако се то деси (што је вероватно), да ли ће Форум бити икључиво политички, или неутралан и потпуно независан, или ће бити мешавина оба, укључујући и највеће лобисте? Какви ће бити његови задаци и надлежност? Државе чланице страхују да ће им такав Форум за европско корпоративно управљање одузети одређена права, а да ће на дуге стазе постојање овог тела довести до усвајања Законика о корпоративном управљању и других аката.

ANNEX

Модернизација компанијског права и унапређење корпоративног управљања у ЕУ		
Списак радњи		
КРАТКОРОЧНИ ЦИЉЕВИ (2003 – 2004)		
Корпоративно управљање	Опис планираних радњи	Пожељан начин имплементације*
	Повећати захтеве за обавештавање о питањима из области корпоративног управљања (укључујући и потврду о колективној одговорности чланова управе за кључне нефинансијске извештаје)	Законодавство (Директива којом се мења постојећа легислатива)
	Интегрисан правни оквир за унапређење ефикасности комуникације између акционара и доношења одлука (учешће у скупштини, коришћење гласачких права, прекограницно гласање)	Законодавство (Директива)
	Јачање улоге независних неегзекутивних и надзорних директора	Не законодавство (Препорука)
	Успостављање одговарајућег режима за директорске накнаде	Не законодавство (Препорука)
	Потврда на нивоу ЕУ о колективној одговорности чланова управе за финансијске извештаје	Законодавство (Директива којом се мења постојећа легислатива)
Одржавање капитала	Организовање Европског форума за корпоративно управљање у циљу координисања радњи држава чланица у вези са корпоративним управљањем	Не законодавство (иницијатива Комисије)
	Поједностављивање Друге Директиве на основу SLIM препорука које допуњују Извештај HLG (SLIM-Plus)	Законодавство (Директива којом се мења постојећа легислатива)

Груписање компанија	Повећано обавештавање о структури групе и односима, финансијским и нефинансијским	Законодавство (Директива којом се мења постојећа легислатива)
Реорганизације	Предлог Десете Директиве о прекограницним спајањима	Законодавство (Директива)
	Предлог Четрнаесте Директиве о прекограницним променама седишта	Законодавство (Директива)
Европска приватна компанија	Студија изводљивости у циљу одређивања практичних потреба и проблема Европске приватне компаније	Не законодавство (Студија)
Правне форме ЕУ	Активан прогрес у односу на постојеће предлоге (Европска асоцијација, Европско узајамно друштво)	Законодавство (постојећи предлози)

СРЕДЊОРОЧНИ ЦИЉЕВИ (2006 – 2008)

	Опис планираних радњи	Пожељан начин имплементације
Корпоративно управљање	Повећавање информација које су институционални инвеститори дужни да учине доступним јавности о својим инвестицијама и начелима којима ће се руководити приликом гласања	Законодавство (Директива)
	Избор за сва котирана друштва између два типа (монистичког/дуалистичког) структуре управе	Законодавство (Директива)
	Појачавање одговорности чланова управе (посебно право на истрагу, дисквалификације директора, правило о непоштеном трговању)	Законодавство (Директива или директива којом се мења постојећа легислатива)
	Испитивање последица приступа којим се достиже пуна акционарска демократија (једна акција / један глас), макар за котирана друштва	Не законодавство (Студија)
Одржавање капитала	Утврдити могућности алтернативе режиму одржавања капитала	Не законодавство (Студија)
Груписање компанија	Оквирна правила за групације, којима се дозвољава да се на нивоу супсидијарности остварује координиране акције	Законодавство (Директива)
Пирамиде	Забрана берзанског котирања акција за злоупотребљавање пирамиде	Законодавство (могућа директива којом се мења постојећа легислатива)
Реорганизације	Поједностављивање Треће Директиве (спајања) и Шесте Директиве (поделе)	Законодавство (Директива којом се мења постојећа легислатива)

Европска приватна компанија	Могућ предлог о Статуту Европске приватне компаније (зависно од закључка студије изводљивости)	Законодавство
Правне форме ЕУ	Утврдити потребу за формирањем других правних форми у оквиру ЕУ (нпр. Европска фондација)	Не законодавство (Студија)
Транспарентност националних правних форми	Увођење правила о базичном обавештавању за све праве ентитете са ограниченом одговорношћу (уз претходно испитивање)	Законодавство (Директиве или директиве којом се мења постојећа легислатива)

ДУГОРОЧНИ ЦИЉЕВИ (2009-)

	Опис планираних радњи	Пожељан начин имплементације
Одржавање капитала	Могуће увођење Друге директиве компанијског права о алтернативном режиму (зависно од резултата студије изводљивости)	Законодавство (Директиве којом се мења постојећа легислатива)

*) Ова колона даје информацију о регулаторном инструменту који треба да буде коришћен:
Када се помене "Директива", она означава да треба или усвојити нову Директиву или изменити једну или више постојећих Директиве (у областима компанијског права, вредносних папира, објављивања финансијских извештаја...);
Колико је то могуће, неопходне иницијативе ће бити груписане са циљем избегавања мултипликованих законодавних иницијатива.

**Professor dr Klaus J. Hopt,
Max-Planck-Institute for Private Law, Hamburg, Germany**

Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the EU

Summary

The title of this article is taken from the Communication of the European Commission to the Council and the European Parliament of May 21, 2003 ("Company Law Action Plan"). Professor Klaus J. Hopt tries to determine the impact of The EU Company Law Action Plan on various corporate governance issues, because according to his opinion it is important to know what the Commission intends to regulate in the field of European

company law and how it is going to do that. The Action plan raises many interesting and difficult legal questions, which makes this area highly topical.

The article is divided into three parts. In the first part, prof. Hopt gives a quick overview on the Action Plan, by giving some general information. In the second part, he puts Action Plan into perspective of company law harmonization in the European Union. In the third part, author picks up six specific corporate governance issues which the European Commission intends to regulate by European measures.

Key words: *Company law action plan, corporate governance, capital maintenance, groups of companies, restructuring companies, European private company, European corporate governance forum, European corporate governance code.*

*Jürgen Basedow,
Ко^{дирек^{тор}}ор Макс-Планк института за јавно
и приватно право, Хамбург¹⁾*

Competition Policy in a Globalized Economy: From Extraterritorial Application to Harmonisation

1. The world-wide boom of competition law and its harmonisation

One of the conspicuous features of law and legal thinking in the recent past is the proliferation of legislation which purports to protect competition against private restrictions. Today, more than 80 countries are said to have some kind of competition law, and more than two thirds of these statutes took effect during the past ten years.²⁾ While competition policy and antitrust law were concomitant with highly developed economies until 15 years ago they are spread all over the world today. Competition statutes have been enacted in Latin America³⁾, in

-
1. First and Second State Examination in Law, Hamburg 1974 and 1979; Dr. iur., Univ. of Hamburg, 1979; LL.M., Harvard Univ., 1981; Dr. iur. habil., Univ. of Hamburg, 1986; Dr. iur. h.c. Univ. of Stockholm, 2002. Director Max-Planck-Institute for foreign private and private international law, Hamburg ; Professor of law, Univ. of Hamburg; Member, German Monopolies Commission.
 2. Cf. *Robert Pitofsky*, Competition Policy in a Global Economy – Today and Tomorrow: Journ. Int'l Econ. L. 1999, 403; a similar statement can be found in Stellungnahme der Bundesregierung zum Zwölften Hauptgutachten der Monopolkommission 1996/1997 (1999), also published as Bundestags-Drucksache 14/1274 no. 96. In a comparative survey completed in 1992, only 47 jurisdictions that have a competition statute, are listed, see *Ivo Schwartz / Jürgen Basedow*, Restrictions on Competition: Int. Encycl. Comp. L., vol. III ch. 35 (1995), p. 134 seq. (list of statutory material).
 3. Cf. *Rivière Martí*, La politica de competencia en America Latina: Revista de direito econômico 25 (1997) 77-98 (83-84). Accordingly, eight countries (Brasil, Columbia, Costa Rica, Jamaica, Mexico, Panama, Peru and Venezuela) have enacted new competition statutes since 1990. In Argentina and Chili, there already existed older statutes.

the former Soviet Block⁴⁾ and in the Tiger States of Southeast Asia⁵⁾. Even in the Arab world, competition law and policy make some progress⁶⁾. The world-wide trend towards competition law can of course easily be explained by the breakdown of the socialist economies ten years ago. Only one of the two traditionally competing models of economic order - competition and central administration - has survived, and the nations are now in a hurry to equip their legal systems with the standard outfit of successful market economies.

The increase in number of competition statutes is also favoured by the continuing liberalisation of international trade as evidenced by the Agreement establishing the World Trade Organisation of 1994 and its annexes. As trade barriers set up by states are being removed in the course of liberalisation private companies are getting more and more exposed to foreign competition. This creates new incentives for private action designed to restrict that competition from abroad. A responsible policy for the opening of national markets must therefore go hand in hand with the enactment of statutes against private restrictions of competition. Otherwise the former trade barriers put up by state law would be continued by private agreements.

In conjunction, the convergence of national laws and the need for antitrust statutes to supplement the liberalisation of international trade give new momentum to the attempts directed at the international harmonisation of competition laws. This is clearly expressed in article 9 of the Agreement on Trade Related Investment Measures (TRIMs) which forms part of annex 1 A of the WTO-Agreement.⁷⁾ Under this article the Council for Trade in Goods established by the WTO-Agreement shall review the operation of the TRIMs Agreement and propose to the Ministerial Conference amendments to its text if that appears appropriate. It is explicitly provided that the Council for Trade in Goods "shall consider whether the Agreement should be complemented with provisions on investment policy and competition policy."

This announcement has given rise to an abundant literature and a vivid discussion throughout the last couple of years.⁸⁾ There are essentially three types of objections: the first one advocates a consequent extraterritorial application of national laws which would reduce the need for an international harmonisation considerably.⁹⁾ The US Supreme Court has in fact

4. Cf. *Tibor Varady*, The Emergence of Competition Law in (Former) Socialist Countries: Am. J. Comp. L. 47 (1999) 229-275.
5. As to the Republic of Korea, cf. *Fritz Rittner*, Das Koreanische Wettbewerbsgesetz als kartellpolitisches Beispiel, in: *Festschrift für Pfeiffer* (Cologne 1988), pp. 555-568; for Taiwan see *Jiin Yu Wu*, Der Einfluß des Herstellers auf die Verbraucherpreise nach deutschem und taiwanesischem Recht (Tübingen 1999).
6. For a first and hesitant approach see the legislation of Tunisia, in particular Loi no. 91-64 du 29 juillet 1991 relative à la concurrence et aux prix, J. O. de la République Tunisienne no. 55 du 6 août 1991, amended by Loi 95-42 du 24 avril 1995, J. O. de la République Tunisienne no. 35 du 2 mai 1995, p. 976.
7. The WTO Agreement is published in O.J.E.C. 1994 L 336; for the TRIMs Agreement in particular, see O.J. E.C. 1994 L 336/100.
8. See *Jürgen Basedow*, Weltkartellrecht (Tübingen 1998) and the references on pp. 185 seq.
9. See e.g. *Diane P. Wood*, The Internationalization of Antitrust-Law: Options for the Future: DePaul L. Rev. 44 (1995) 1289-1299 (1292f.); *Heinz Hauser/Rainer Schoene*, Is there a Need for International Competition Rules?: *Aussenwirtschaft* 49 (1994) 205-222 (217); cf. also *Pierre Arhel*, Droit international de la concurrence – s'oriente-t-on vers des négociations?, *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne* 1999, 84-90 (88).

prepared the field for such a policy in *Hartford Fire Insurance v. California*.¹⁰⁾ A second type of argument questions the theoretical soundness of harmonisation and favours a competition of competition statutes instead.¹¹⁾ A third type of criticism doubts the feasibility of antitrust harmonisation and fears perhaps the emergence of a bloated international bureaucracy.¹²⁾ The following discussion will elaborate on these objections. After a survey of the goals of harmonisation I will outline what can be called a pragmatic approach for future international negotiations.

2. Is extraterritorial application sufficient?

The practical need for a harmonisation of antitrust laws very much depends upon how effectively competition in transnational markets can be protected by national laws today. Only gaps in the protection of competition can justify the costly and time-consuming negotiations on harmonisation. Such gaps may result from an overly lenient content of the substantive law, from restrictions to which its scope of application is subjected, and to difficulties in the international enforcement at the procedural level.

In the field of substantive law there are of course far-reaching differences between competition laws like those of the United States of America and the European Union which essentially build upon prohibitions which are to be applied directly by the courts, and other jurisdictions which grant a wide discretion to administrative authorities which may intervene against abuses if they think fit to do so; the majority of states does not even allow for such an administrative intervention.¹³⁾ However, the competition laws of the majority of the industrialised nations today converge versus a western model consisting of prohibitions of abusive monopolistic behaviour, cartels and concerted practices while most legislations, for the practical implementation, provide for specific competition authorities.

Except for the problem of export cartels, deficits in the protection of competition can hardly be ascribed to differences in substantive law. The exception of export cartels is equally approved by all nations, but it clearly is incompatible with the idea of an effective protection of competition in international markets: if every nation tolerates anticompetitive behaviour as

- 10. See below n. 22 and *Symeon Symeonides*, Choice of Law in the American Courts in 1993 (and in the Six Previous Years); Am. Journ. Comp. L. 42 (1994) 599-653, 615 seq.
- 11. *Andreas Freytag/Ralf Zimmermann*, Muß die internationale Handelsordnung um eine Wettbewerbsordnung erweitert werden?, RabelsZ 62 (1998) 38-58 (49f.); to a similar effect see *Hauser/Schoene* (n. 8) Aussenwirtschaft 49 (1994) 216f.: „... we should follow a decentralized approach which allows some competition among rules.“
- 12. Cf. *Wernhard Möschel*, Internationale Wettbewerbsbeschränkungen, in: Festschrift für Lukes (Cologne 1989) 461-469 (462); *Joseph P. Griffin*, The WTO Study of the Interaction between Trade and Competition Policy: Timely and Controversial: Int. Trade L. & Regul. 1997, 39-41 (41); *Wood* (n. 8) p. 1297f.; *John H. Jackson*, Alternative Approaches for Implementing Competition Rules in International Economic Relations: Aussenwirtschaft 49 (1994) 177-200 (196); *Hauser/Schoene* (n. 8) Aussenwirtschaft 49 (1994) p. 218.
- 13. Cf. the comparative survey presented by *Ulrich Immenga* in *Immenga/Mestmäcker* (eds.), EG-Wettbewerbsrecht I (München 1997) Einleitung D no. 1 seq., 18 seq.; *Basedow* (n. 8) pp. 7-10.

long as it is directed at foreign markets the overall intensity of competition in the world will not increase.¹⁴⁾ Apart from the admission of export cartels, deficits in the implementation of competition law are rather the effect of rules on the application and enforcement in the international arena.

The scope of application of the single antitrust laws is by no means regulated in a uniform way. Four types of conflict rules can be discerned:¹⁵⁾ strict territoriality, pseudo-territoriality, the effects principle, and the balancing approach. The territorial approach was traditionally followed by Great Britain, before that country adapted its legislation to European Community standards in 1999.¹⁶⁾ Under the former legislation some territorial connection between either the acting persons or their acts and the British territory was required for the application of the British statutes. While the prevailing view in Britain thought that only such a territorial approach could be reconciled with public international law the country had to accept that anti-competitive conduct of foreign companies occurring in foreign countries, although affecting competition on the British market, could not be controlled by the application of British law. In the future Britain will probably change her attitude and advocate the more expansive conflicts rule adopted by the European Court of Justice.

That rule amounts to an extraterritorial application of competition laws although it relies on considerations of territoriality; we may therefore speak of pseudo-territoriality. Thus the European Court of Justice has held that there is a sufficient territorial connection between an acting company established and incorporated in a non-Member State and the European Community if a subsidiary of that company, although having distinct legal personality, is established in the European Community.¹⁷⁾ Even if that is not the case conduct carried out outside the Community by a foreign corporation may still be subject to Community competition law if the restrictions of competition are to be implemented within the Community.¹⁸⁾ This approach has been characterised as an “effects principle in disguise”¹⁹⁾, and it comes very close to the effects principle indeed, although some differences remain.²⁰⁾ It appears that the view of the Eu-

14. Cf. *Mitsuo Matsushita*, Competition Law and Policy in the Context of the WTO System: DePaul L. Rev. 44 (1995) 1097-1118 (1117); *Ulrich Immenga*, Rechtsregeln für eine internationale Wettbewerbsordnung, in: Festschrift für Mestmäcker (Baden-Baden 1996) 593-609 (603); *Möschel* (n. 11) Festschrift Lukes 467 seq.
15. For a thorough treatment cf. *Schwartz/Basedow* (n. 1) sect. 36 seq.
16. On the new British Competition Act 1998, see the contributions by *Julian Maitland-Walker*; *Julie Nazer-ali/David Cowan*; *Jonathan Turner* and *Shaun Goodman* in Eur. Compet. L. Rev. 1999, pp. 51-77.
17. EuCJ 14 July 1972 (case 48/69, *ICI v. Commission*), EC Rep. 1972, 619, 662.
18. EuCJ 27 Sept. 1988 (joined cases 89/85, Wood Pulp), EC Rep. 1988, 5193, 5243 considerations 16-18; on the extraterritorial application of the EC merger control regulation see *Eleanor Fox*, The Merger Regulation and its Territorial Reach: Gencor Ltd v. Commission: Eur. Comp. L. Rev. 1999, 334-336 with further references.
19. See in this sense e.g., *Michael Martinek*, Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln: IPRax. 1989, 347-354 (351-353); to a similar effect see *Martin Schrödermeier*, Die vermiedene Auswirkung: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1989, 21-28. Contra, *Lowe*, International Law and the Effects doctrine in the European Court of Justice: 48 C.L.J. (1989) 9-11 (11); *Lange and Sandage*, The Wood Pulp Decision and Its Implications for the Scope of EC Competition Law: 26 Comm. Mkt. L. Rev. (1989) 137-165 (160, 164).

ropean Court of Justice is mainly influenced by objections pertaining to public international law. In particular, the United Kingdom repeatedly expressed the view that the pure effects doctrine has no basis recognised in international law.²¹⁾ The far-reaching reform of the British competition law in 1999 will perhaps stimulate a reconsideration of this issue in the Community since the United Kingdom now does no longer focus on the isolated evaluation of single anticompetitive acts as it did under the former legislation; it will now rather depart from the restrictive effect that certain acts have on competition in Britain.

The third type of conflict rule is the effects principle. Its rationale is rooted in the substantive competition law which is concerned, not with the acts as such, but with their effect on competition. Therefore, the appropriate connecting factor for the application of a competition statute is not the territorial link of an act or of the actor, but the effect of those acts on the competition of the home market. For the first time, the effects principle has been adopted in the famous *Alcoa* case in the United States²²⁾, and it has recently been confirmed by the US Supreme Court. In *Hartford Fire Insurance Company v. California* the court held it to be “well established by now that the Sherman Act applies to foreign conduct that was meant to produce and did in fact produce some substantial effect in the United States”;²³⁾ such effects have to be “direct, substantial, and reasonably foreseeable” in order to trigger the application of the US antitrust laws.²⁴⁾ After the claim of extraterritorial application has severely been criticised for many years, it can be taken for accepted by now. Beginning with the German statute against restrictions of competition of 1957²⁵⁾ many competition laws enacted all over the world have explicitly adopted the effects principle.²⁶⁾ Although not all of them are applied rigorously they give evidence of a new state practice and of a new orientation of public international law.

The developments of the 1990s, in particular the Supreme Court judgement in *Hartford Fire Insurance*, have greatly diminished the significance of the so-called balancing approach that had been adopted by the American Restatement 3rd of Foreign Relations Law. According to that restatement and to some circuit court judgements which it reflected the claim of the American antitrust laws for extraterritorial application should only be accepted after a balancing of the various domestic and foreign interests, both public and private.²⁷⁾ In *Hartford*, the

- 20. Cf. Schwartz/Basedow (n. 1) sect. 58.
- 21. Note no. 196 of the BRITISH Embassy at Washington, D.C., presented to the UNITED STATES Department of State on 27 July 1978: 49 Brit. YBInt. L. (1978) 390 (391). To a similar effect see *Viscount Dilhorne in Rio Tinto Zinc Corp. v. Westinghouse Electric Corp.*, [1978] 1 All E.R. 434, 460 (H.L.): „For many years now the United States has sought to exercise jurisdiction over foreigners in respect of acts done outside the jurisdiction of that country. This is not in accordance with international law...“.
- 22. *U.S. v. Aluminium Company of America*, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).
- 23. *Hartford Fire Insurance v. California*, 113 S. Ct. 2891 = 125 L. Ed.2d 612, 638 (1993).
- 24. *Filetech S.A. v. France Telecom S.A.*, 157 F.3d 922 at 931 (2nd Cir. 1998); cf. Symeon Symeonides, Choice of Law in the American Courts in 1998: Twelfth Annual Survey: Am. Journ. Comp. L. 47 (1999) 327-392, 359.
- 25. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen of 27 July 1957, Bundesgesetzblatt (BGBl.) I, p. 1081 as amended; see sect. 98 (2), which is now sect. 130 (2) of the Act as promulgated anew on 26 August 1998, BGBl. I, p. 2546.
- 26. See Schwartz/Basedow (n. 1) sect. 60 seq., 67 seq.

Supreme Court neither accepted nor rejected the balancing approach, but it refused to follow that approach except for cases of true conflict between an American and a foreign statute,²⁸⁾ this does not leave much room for the balancing approach.

The widespread acceptance of the effects doctrine appears to guarantee an effective protection of competition on the domestic market. Does that doctrine not allow for the prosecution of anticompetitive behaviour wherever it occurs provided that it has some effect at home? While this is true from a theoretical point of view an effective implementation in practice meets two types of obstacles. In the first place the assessment of one and the same anticompetitive behaviour in two countries involved may be very different although it is based on similar rules. This has been clearly shown by the merger between Boeing and McDonnell Douglas which practically has transformed certain segments of the world market for civil aircraft into a duopoly. While that merger was readily approved in the United States, the European Commission imposed some severe conditions.²⁹⁾ Moreover the international enforcement of competition statutes very often requires an effective co-operation of foreign states in the service of proceedings, in the taking of evidence, and in the enforcement of decisions. A harmonisation debate would certainly help to reduce the significance of these obstacles.

3. Enforcement deficits

The effective enforcement of national antitrust statutes in the international arena invariably depends upon the assistance granted by foreign states. In many cases this assistance is already required for the initial service of proceedings, in others for investigations, the search of offices or the taking of other evidence. It is equally impossible to enforce decisions, whether injunctions or penalties, in foreign countries without the co-operation of the foreign state. While transnational economic activities by necessity imply that the parties involved, relevant witnesses and other evidence are spread over various countries the powers of domestic antitrust authorities and courts are limited by the territorial scope of sovereignty as recognised under international law. Where states cross those limits they will often be confronted with "blocking statutes" enacted by foreign countries which want to protect their spheres of sovereignty.³⁰⁾

The attempts to overcome those procedural limits have to be divided into two groups: the first is dealing with judicial assistance and the recognition and enforcement of foreign judicial decisions while the second tries to establish rules on the co-operation of competition authori-

27. *American Law Institute*, Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States (St. Paul/Minnesota 1987), see in particular § 403 and § 415.

28. See *Hartford* (n. 22) at p. 640.

29. See the Decision of the Commission of 30 July 1997, O.J. E.C. 1997 L 336/16 at considerations no. 114-119.

30. Various blocking statutes are reproduced in *A. Vaughan Lowe*, Extraterritorial Jurisdiction. An Annotated Collection of Legal Material (Cambridge/England, 1983) pp. 79 seq.; for a survey, cf. *Pettit/Styles*, The International Response to the Extraterritorial Application of United States Antitrust Law: Bus. Lawyer 37 (1982) 697-716.

ties.³¹⁾ The first group embraces a number of instruments like the Hague Evidence Convention which are applicable, beyond the area of antitrust law, to all civil and commercial matters.³²⁾ Since most antitrust proceedings conducted outside the United States of America are not judicial, but administrative proceedings the rules on the international co-operation of cartel offices are more important in this field. These rules have made great progress, but they are still far from being perfect.

Three generations can be discerned: the first generation is that of soft law consisting mainly of recommendations and other non-binding instruments elaborated by international organisations. Thus, the Council of the Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD) started as long ago as 1967 to draft recommendations for the reciprocal notification and the exchange of information in competition proceedings with extra-territorial effects.³³⁾ And the code of conduct for restrictive business practices adopted in 1980 by the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), although mainly concerned with substantive law, also establishes certain procedural duties for states³⁴⁾. This code requires states to institute procedures for obtaining the information that is necessary for the effective control of restrictive business practices and to create mechanisms for the exchange of information and for the conveyance of information being at their disposal, to other states. In addition the code provides for a duty of consultation between states which is often regarded as one of its central elements.

The second generation of procedural rules is that of bilateral treaties. Its forerunner was the Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federal Republic of Germany relating to mutual co-operation regarding restrictive business practices of 1976³⁵⁾ which for the first time transformed the former soft law into binding rules. It was followed by similar agreements between the United States and Australia, between the United States and Canada and between the Federal Republic of Germany and France; the most important of these agreements was concluded in 1991 between the United States and the European Economic Community.³⁶⁾ By and large these agreements all confine their attention to establishing duties of notification and consultation and providing more detailed rules on obtaining information. But they do not deal with investigations to be conducted by the competition authorities of one country in support of competition proceedings initiated in the other con-

31. See *Schwartz/-Basedow* (n. 1) sect. 92-93.

32. Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters of 18 March 1970, in: *Hague Conference on Private International Law* (ed.), Collection of Conventions 1951-1980 (The Hague s.d.) p. 152.

33. Council Recommendation concerning co-operation between member countries on restrictive business practices affecting international trade of 5 October 1967: Int. Leg. Mat. 8 (1969) 1309.

34. UNCTAD Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, UN Doc. TD/RBP/Conf./10 of 2 May 1980: Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) 1982, 32.

35. Done on 23 June 1976, TIAS no. 8291 = Bundesgesetzblatt 1976 II, p. 1712.

36. Competition Laws Co-operation Agreement (EEC-USA) of 9 September 1991, Comm. L. Eur. 1991 I 383; for other bilateral agreements, see the references in *Schwartz/-Basedow* (n. 1) sect. 91 at n. 530 seq.; see also the recent agreement of 17.6.1999 between the EC and Canada, O.J. E.C. 1999 L 175/49.

tracting state. Nor do they contain any rules on the service of proceedings abroad or on the enforcement in one contracting state, of decisions taken in the other contracting state. Therefore, the instruments of the second generation still are far from being effective rules for the extraterritorial application of competition law.

The third generation is characterised by the keyword of the so-called positive comity. While “negative comity” provisions purport to reduce the national claims to extraterritorial application in case of conflict of jurisdictions, “positive comity” provisions entitle a contracting party to ask the other contracting party to take enforcement action against anti-competitive activity carried out on the latter’s territory but affecting competition in the former state. While the EC-US Agreement of 1991 displayed first signs of a “positive comity” approach³⁷⁾ it was only the successive agreement of 1998 between the same parties which contains a clear-cut rule on the matter. Article 3 of the new agreement makes it clear, that the contracting party which is requested to initiate competition proceedings shall conduct them in accordance with its own competition laws and even if the anticompetitive behaviour does not violate the laws of the requesting state.³⁸⁾

The latter clarification shows that “positive comity” is far from being an equivalent to the taking of evidence in support of foreign proceedings as is provided under the Hague Evidence Convention.³⁹⁾ Although the evidence collected in the requested state may also be useful for the conduct of proceedings in the requesting state the competition authority in the latter state is not in a position to direct the foreign proceedings by its own questions and instructions. Moreover, the requesting party is under a certain obligation to stay its own proceedings until the end of the proceedings in the requested state.⁴⁰⁾ These observations show that “positive comity” does not purport to further proceedings in the requesting state, it rather gives prevalence to proceedings in the requested state. This may explain the fact that the “positive comity” provisions have been invoked only once so far.⁴¹⁾ They do not provide help in the domestic proceedings of the requesting state, but rather transfer the responsibility for the enforcement of competition law to a foreign country. Although such surrender is not final and irreversible it is difficult to understand why a national competition authority should leave the case to the cartel office of a foreign country whose substantive competition law may differ from its own considerably. The harmonisation of substantive law standards appears to be a necessary precondition for the transfer of proceedings that is envisaged by the “positive comity” provisions.

37. See art. V sect. 2 of the Agreement, above at n. 35.

38. Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles on the enforcement of their competition laws of 4 June 1998, O.J. E.C. 1998 L 173/28.

39. See above at note 31.

40. See art. VI of the Agreement, above at n. 37.

41. Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of the agreements between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition laws – 1 January 2000 to 31 December 2000, COM (2002) 45 final, no. 1.5. The follow-up report for the year 2001 does not refer to further applications, cf. COM (2002) 505 final of 17 September 2002.

4. The competition of competition legislations

While the practical need for an approximation of antitrust laws and procedures should not be in dispute after the preceding considerations some economists question the soundness of such a harmonisation for theoretical reasons. In particular they point out the advantages of a competition of jurisdictions or of national legislations. They believe that in open or integrated markets, enterprises will articulate their preferences for a certain jurisdiction by moving their establishment or seat towards that country. The migration of companies into the country indicates the economic superiority of its legal system, while the mass exodus of enterprises from a state reveals the inefficiencies of its institutions. In their view, it is not unrealistic to assume that the latter state will adjust its legal system to the standards set by countries which succeed in attracting foreign companies. Alternatively the less efficient states may keep their laws if they decide that the policy objectives behind the laws are worth the costs incurred by the emigration of enterprises. Whatever the reaction of business, differences between national legislations and the freedom of transborder migrations are said to establish a competition of jurisdictions as a rational procedure for the discovery of more efficient national laws.⁴²⁾ From this perspective the unification or harmonisation of laws is criticised as a kind of conspiracy of legislators which prevents the procedure of discovery to produce its beneficent effects.⁴³⁾

The concept of legislative competition has originally been developed in areas such as labour law, social security and tax law which have a direct impact on costs, but it has been extended to other areas and also to antitrust law.⁴⁴⁾ Some authors argue that it is not desirable for states to agree upon international minimum standards in competition law since this would prevent the institutional competition of antitrust policies. This competition is said to test different policies and to uncover the most appropriate one.⁴⁵⁾

The comparison of the unification of laws with a conspiracy of legislators appears, however, to be ill-founded.⁴⁶⁾ This does not mean that the concept of legislative competition cannot help to explain the behaviour of companies and/or legislators. But it has its practical significance in areas which are characterised by a territorial application of laws, i. e. in areas where legal provisions are applied to acts committed in the legislating state or to persons established there. From the principle of territorial application of a certain statute flows the consequence that economic actors can avoid that statute by moving to a foreign country. While this condition essentially is fulfilled with regard to matters such as tax law and labour law the starting point is entirely different in the case of antitrust. Whether competition laws are enforced on the

42. See *Friedrich von Hayek*, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren. Vortrag, gehalten am 5. 7. 1968 am Institut für Weltwirtschaft an der Universität Kiel, in: *von Hayek*, Freiburger Studien (Tübingen 1969) 249-265.

43. *Manfred Streit*, Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozeß, in: Festschrift für Mestmäcker (Baden-Baden 1996) 521-535 (522f., 527); *Juergen Donges*, Wieviel Deregulierung brauchen wir für den EG-Binnenmarkt?, Beihefte der Konjunkturpolitik. Zeitschrift für angewandte Wirtschaftsforschung 36 (1990) 169-187 (178 seq.).

44. See the authors above cited in n. 10.

45. *Freytag/Zimmermann* (n. 10) RabelsZ 62 (1998) 49.

46. For the reasons, see *Basedow* (n. 7) p. 55.

basis of the effects principle, the balancing approach or some pseudo-territorial application, the migration of a company from one country to another does not change anything as long as the anticompetitive behaviour produces effects on the market of the legislating state. The enforcement claim of that state's legislation remains equally immune against all attempts to avoid this legislation by committing the anticompetitive acts abroad.

Therefore, one of the basic conditions for the successful functioning of legislative competition is absent in the area of antitrust laws. Although the abstention from harmonisation in this field will keep alive a certain competition of ideas which are tested in different national statutes, it can by no means be compared to the competition of legislations as explained in economic theory.

Moreover a competition of antitrust laws would appear highly questionable. If the assumptions of economic theory are correct private business would opt for the country where it finds the legal framework which is most favourable to its own interests. In the area of antitrust laws this would be a state which admits anticompetitive agreements and practices to the greatest extent possible. The most appropriate competition policy to be "discovered" in that process would allow hard-core cartels and even monopolisation. If the idea of legislative competition is taken seriously in this area we would sacrifice competition on the markets for goods and services in favour of legislative competition.

To sum up it can be said that the co-existence of different antitrust statutes all over the world has the advantage of providing the continuous stimulus to reconsider the pros and cons of a national competition statute. However, this advantage would not be sacrificed by a harmonisation of minimum standards at the international level. Such a minimum harmonisation which is the only realistic option at present would preserve the laboratory of comparative law and would leave many options for national legislators above the level of the minimum standard.

5. The feasibility of harmonisation

Many opponents to the harmonisation project refer to far-reaching differences between national competition policies which practically frustrate all international negotiations in this field.⁴⁷⁾ At first sight this objection appears to contradict the common observation that there is a "remarkable convergence in national competition policies".⁴⁸⁾ Isn't it true that compulsory cartels which were so wide-spread before the second world war are disappearing all over the world? And is the avalanche of antitrust statutes enacted in so many countries not evidence of a growing and spontaneous approximation of competition policies? While these observations are true it cannot be denied that up to date, only less than fifty percent of the 200 independent states have enacted a statute against restrictions of competition⁴⁹⁾, and even among those states

47. See e.g., *Möschel* (n. 11) *Festschrift Lukes* 462; *Griffin* (n. 11) *Int. Trade & Regul.* 1997, 41; *Wood* (n. 11) *DePaul L. Rev.* 44 (1995) 1297f.; *Jackson* (n. 11) *Aussenwirtschaft* 49 (1994) 196; *Hauser/Schoene* (n. 8) *Aussenwirtschaft* 49 (1994) 218.

48. *F. M. Scherer*, Competition Policy Convergence: Where Next?: *Int. Bus. Lawyer* 1996, 485-487 (485).

competition policies are far from being in conformity with each other. They differ in the evaluation of vertical restraints, of merger control, of the impact of non-competitive public interest, in the sanctions to be inflicted and in the procedures to be followed. It should not be forgotten that antitrust statutes can be shaped and applied in a way which comes close to a direct regulation of industry, and that is what occurs in some countries.

Nevertheless, the existing differences do not appear to preclude the harmonisation of competition laws and the co-ordination of national competition procedures. They rather call for a cautious and pragmatic approach. It should not fix the ideal target of a uniform world competition law, but rather describe the general setting of the harmonisation process. As a consequence, the following limitations should be observed:

(1) Negotiations should only be conducted with those states which already have proven their interest in competition law by enacting a national statute. Other states should be admitted as observers, but should not be allowed to slow down negotiations by motions rooted in an anticompetitive national policy. If they want to participate with equal rights in the negotiations they can easily adopt one of the existing national legislations, the EC law, or one of the international codes of conduct as a model for a national statute.

(2) At a first stage, the subject of negotiations should be confined to areas in which a convergence of national solutions can already be ascertained. This regards the so-called hard-core cartels, vertical price fixing and the prohibition of abuses of dominant positions⁵⁰⁾. Although the word-wide concentration process makes it desirable to include merger control into the negotiations, it is doubtful whether the fundamental differences in this area can be overcome. It is well-known that the reservation of public interest in merger control proceedings is often used as a loop-hole for an industrial policy aiming at the creation of huge corporations which can survive in world-wide competition. Such policies have influenced merger control in many countries, even in the United States. As long as those policies are pursued it is difficult to see how an effective merger control can be attained at the international level. Similar considerations apply to restrictions of competition inspired or supported by states such as the business conduct of public enterprises and state aids.

(3) A third limitation concerns the scope of harmonisation. It should be confined to cases with an international dimension, i. e. where transboundary trade is affected.⁵¹⁾ Harmonisation and unification efforts in other areas of the law such as the sale of goods⁵²⁾ or transportation⁵³⁾ have proven successful because they did not endeavour to achieve a unification across the

49. See above at n. 1.

50. These subjects are also mentioned in *European Commission*, Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Competition and Rules – Report of the Group of Experts (Luxemburg 1995) p. 22s. sub 3.2; see also *Jürgen Basedow/Stefan Pankoke*, General Report, in: *Jürgen Basedow* (ed.), Limits and Control of Competition with a View to International Harmonization (The Hague 2002) 1-62 (55 seq.) on the basis of 15 national and regional reports; on the resale price maintenance see Reflection paper of *Ulrich Immenga*, ibid., p. 35 sub III; to a similar effect *Matsushita* (n. 13) DePaul L. Rev. 44 (1995) 113; *Immenga* (n. 13) 602.

51. To a similar effect see Draft International Antitrust Code (below, n. 62) Art. 3; *Immenga* (n. 13) 601.

52. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Done at Vienna on 10 April 1981, Int. Leg. Mat. 19 (1983) 668.

board but only in so far as transboundary transactions are involved. Thus, states retain the right to adopt different rules with regard to purely domestic transactions which substantially lowers the opposition towards international unification. As those examples show, international conventions even if limited in the aforementioned way will have an impact on domestic legislation in the long run anyway.

(4) Finally, negotiations should aim at an agreement on minimum standards. The worldwide debate on an international harmonisation of competition laws gives rise to a certain fear in countries such as the United States which dispose of very effective means to enforce competition law that they will be bound to cut back on that enforcement, and in particular, to give up the extraterritorial application of their antitrust laws. Apparently the idea of a minimum harmonisation is neither discussed nor very well-known in the United States. In the European Union this concept has been implemented in a great number of directives, in particular in the field of consumer protection.⁵⁴⁾ Community measures like the Council directive on unfair terms in consumer contracts often contain clauses under which "Member States may adopt or retain the most stringent provisions compatible with the Treaty in the area covered by this Directive, to ensure a maximum degree of protection for the consumer."⁵⁵⁾ A similar approach in competition law would guarantee certain minimum standards such as the prohibition of vertical restraints under the rule of reason without depriving the contracting states of the right to subject those restraints to per se-prohibitions.

After all differences in national competition legislation may be an effective obstacle to an outright unification, but they cannot be said to prevent the international community from embarking upon negotiations on a minimum harmonisation of certain rules for restrictions of competition which have an international dimension.

6. The goals of harmonisation

The international harmonisation of competition laws appears desirable for various reasons. Among the foremost objectives is the need to cure deficits in the enforcement of national competition laws. This need has already been explained. It requires an extension of the scope of national competition laws to export cartels and other restrictions which are primarily designed to affect foreign markets. In other words, we need a different conflicts rule for the application of competition statutes. The effect that anticompetitive behaviour can have on the domestic market cannot be the sole decisive factor for the application of national competition law. The existence of alternative links such as the place of conduct or the nationality or establishment of the actors should be sufficient. This is a delicate and crucial question since the con-

53. Convention for the Unification of Certain Rules Relating to the International Carriage by Air Done at Warsaw on 12 October 1929, L.N.T.S. 137, p.11 seq. as amended by The Hague Protocol Done on 28 September 1955, U.N.T.S. 478, p. 371 seq.

54. See the papers collected in *Ulrich Everling/Wulf-Henning Roth* (eds.), *Mindestharmonisierung im Binennmarkt* (Baden-Baden 1997).

55. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, O.J. E.C. 1993 L 95/29, see art. 8.

tracting states would have to accept that protection of competition is in the universal interest of the international community and not only in the public interest of the particular state. At the same time the contracting states would have to agree that a restriction of competition on foreign markets cannot be justified by their national foreign trade interests.

In the second place there are manyfold interrelations between international trade policy and competition law. As pointed out above, the liberalisation of trade in goods and services is not welcome with all competitors in the markets, and some may wish to perpetuate the former trade barriers by means of private agreements. A consistent policy must foresee such consequences and conceive appropriate remedies in competition law. A similar interaction can be observed in the field of intellectual property rights. By their very nature, their holders are entitled to monopolistic behaviour and may wish to engage in monopolistic abuses. Since the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs)⁵⁶⁾ puts the contracting states under a duty to respect intellectual property rights it also had to envisage the possibility of such abuses. While articles 8 (2) and 40 TRIPs give evidence of a corresponding consciousness they equally show that the contracting states could not agree upon appropriate countermeasures in competition law. A further interaction between trade and competition policies relates to dumping. As a form of predatory pricing, dumping depends upon the possibility of a company to cross-subsidise certain goods or services by extra profits made on the home market where it disposes of a dominant position. An effective and extraterritorial control of such abusive conduct under the competition laws of either the exporting or the importing country would therefore allow the importing state to repeal its anti-dumping laws. This has indeed happened in the framework of a bilateral agreement between Australia and New Zealand.⁵⁷⁾

Negotiations on the international harmonisation of competition law would have to pursue other objectives as well. States would certainly embark upon the harmonisation track in order to avoid conflicts of jurisdiction which have impaired international life so often in the past. Where former efforts have always focused on jurisdictional and conflict of laws issues a solution might also be achieved by the harmonisation of substantive competition laws. Only on the basis of such a harmonisation would it be possible to concentrate the administrative competence and to implement the one-stop-shop principle which is a major concern of private business in international competition law. An international harmonisation project would finally serve as a model for future competition legislation at the national level. It would be particularly valuable for countries which have refrained from developing a competition policy of their own so far. A model approved by an international conference could give them guidance which they would probably accept more willingly than the adoption of a foreign competition law.

56. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, O.J. E.C. 1994 L 336/213.

57. Cf. Protocol of 18 August 1988 to the Australia New Zealand Closer Economic Relations – Trade Agreement on Acceleration of Free Trade in Goods, Australia Treaty Series 1988 no. 18, see art. 4; cf. also *Basedow* (n. 7) p. 43 seq.

7. A pragmatic approach

Which are the recommendations for political action which follow from the preceding considerations? At the outset I have to repeat that the harmonisation of competition laws amounts to a taming of economic nationalism since states must no longer be allowed to tolerate, for the sake of domestic profits, anticompetitive conduct aimed at foreign markets. This is the most crucial point, and explains the difficulty of harmonisation. The target cannot be expected to be achieved in one go, but only step by step. This is very different from other unification projects which may be negotiated for a number of years, but then are brought to an end at one single diplomatic conference. In antitrust law states are well advised to embark upon the road towards harmonisation with less ambition. What can be attained in the near future is the beginning of an open-ended negotiation process. At a first stage this process may lead to a first agreement on some basic issues which then will have to be tested in economic practice before the negotiations can be resumed and turn to further issues some years later. A successful model for that process could be the development of international trade law in the framework of the GATT⁵⁸⁾ and its successor, the World Trade Organisation (WTO).⁵⁹⁾ The close link between international trade and competition law would in fact suggest that the periodical WTO negotiation rounds should be used for the promotion of competition law harmonisation.

The method of harmonisation should be equally cautious. This does not mean that the international community should resume the former efforts to adopt soft law in this area⁶⁰⁾, those efforts have not produced any perceptible effects. While international negotiations should aim at the drafting of binding provisions of law they should respect national legislations and refrain from far-reaching interventions. As pointed out before they should be limited to restrictions of competition with an international dimension and should aim at an agreement on minimum standards. This would imply the adoption of a non-self-executing treaty. The technique of self-executing conventions which is used e.g. in the UN Sales Convention⁶¹⁾ and in the Warsaw Convention on air transport⁶²⁾ is difficult to reconcile with the intention of states to enact provisions at the national level which provide for a better protection of competition, but are applicable to the same fact situations. The resulting blend of international conventions and national provisions would be too confusing. A non-self-executing treaty would allow a contracting state to maintain, in its internal legislation, a single body of competition rules which implement the treaty and set higher standards at the same time.

As to the substance of competition law the negotiations should be confined to such types of anticompetitive conduct which are regarded as harmful to the economy by all or the vast majority of states. This would include the prohibition of hard-core cartels, i. e. agreements on

58. On the step-by-step liberalization of international trade in the framework of GATT, see *Ernst-Ulrich Petersmann*, International Governmental Trade Organizations – GATT and UNCTAD, in: Int. Encycl. Comp. L. vol. XVII ch. 25 (1981) sect. 5 and 23-25.

59. See above at n. 6.

60. See the text above at n. 32 and 33.

61. See above at n. 51.

62. See above at n. 52.

horizontal price fixing, on quota and other market shares, on the concertation of offers in public bidding etc. In the area of vertical restrictions it would equally include a per se prohibition of vertical price fixing. With regard to other vertical restraints and to abuses of dominant positions it should be possible to reach agreement on a prohibition under the rule of reason. As pointed out before a similar consensus on the substantive criteria of merger control is less likely, but it would appear highly desirable and feasible to harmonise the essential rules on merger control procedures: the duty to notify certain mergers to the national competition authority, the time-limits to be respected before the merger is put into effect, the kind of information to be supplied to the competition authority etc. An international convention should also establish the obligation of the contracting states to set up national competition authorities for the enforcement of the substantive rules, and to provide for private law remedies such as damages or the invalidity of contracts concluded in violation of the substantive competition rules.

The enforcement of the harmonised laws should remain in the hands of national agencies. In order to increase the effectiveness of national enforcement proceedings the states should conclude a plurilateral convention establishing some basic procedural duties of notification, information and consultation. An additional co-operation of national authorities with regard to the service of proceedings, the taking of evidence and even the enforcement of foreign decisions would be highly desirable, but the plurilateral negotiations would be overburdened with those topics; they may be negotiated in additional conventions, probably on a bilateral basis.

While the creation of an international competition authority with an own enforcement jurisdiction would not appear to be a realistic option for the time being the international community would profit from an international agency which serves as a platform for the exchange of information and the discussion of world competition. It would have to register violations of the international competition law and publish periodical assessments of international competition in the different sectors of the economy. It might also be entrusted with the powers to conduct investigations and even with the right to bring suit in national courts, either against private companies for their anticompetitive conduct or against the respective state for tolerating violations of the international competition convention. The latter solution has been proposed in the Draft International Antitrust Code⁶³⁾ which has been elaborated by an international expert group some years ago. It is an original and inventive idea which may help to lead the debate on an international antitrust agency out of the dead end. This proposal might indeed allow to put some pressure on states which do not comply with the international competition convention without however encroaching upon the sovereignty of those countries.

The measures outlined above are not meant to form part of a whole which could only be approved as such. Many of them could be adopted individually but their overall effect on competition would certainly increase if the whole package could be agreed upon.

63. The Draft International Antitrust Code is published in *Antitrust & Trade Regulation Report* (BNA) 64 (1993), Special Supplement no. 1628 of 19 August 1993; see also *Basedow* (n. 7) pp. 70 seq., 142 seq. and *Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann*, Der "Draft International Antitrust Code" – Initiative für ein Weltkartellrecht im Rahmen des GATT: WuW 1994, 97-107.

**Проф. др Jürgen Basedow,
Кодиректор Макс-Планк института за јавно
и приватно међународно право у Хамбургу,
Председник немачке Антимонополске комисије.**

Право конкуренције у глобализованој економији – од екстратериторијалне примене до хармонизације

Резиме

У првом делу рада, аутор истиче да све већи број земаља у свету усваја законе који уређују право конкуренције, што је по његовом мишљењу директна последица константиране либерализације међународне трговине усвојене оснивањем WTO. На овај начин, створен је подстакај међународној хармонизацији права конкуренције. Аутор највећи део рада посвећује анализи три најчешћа приговора која се упућују наведеној хармонизацији. Првим приговором се најлашава да екстрапоријална примена националних закона умањује потребу за међународном хармонизацијом. После навођења четири принципа којима се одређује домен примене одређенох националних закона о конкуренцији (принцип итеријалности, ицеудо-итеријалности, принцип ефикасности на конкуренцију на домаћем тржишту и принцип балансирања интереса), аутор најлашава да је за међународно извршење антиимонополских закона неопходна ефикасна сарадња између држава, а нарочито у циљу доспављања поднесака, извођења доказа и прикупљања извршења одлука. Други приговор фаворизује надметање између различитих законодавних решења, које ће временом довести до усавршавања појединачних решења. У одговору на овај приговор, аутор указује на миноран трактичан значај ове идеје у праву конкуренције, јер се она може применити само у обласима у којима долази до изражавања итеријални принципи (а ту свакако не спада право конкуренције). Коегзистенција различитих антиимонополских закона широм света ће омогућити константирано преиспитивање предности и недостатака националних закона, што неће бити умањено евентуалном унификацијом минималних стандарда на међународном нивоу. Трећи приговор изражава сумњу у могућност хармонизације на пољу права конкуренције због великих разлика међу законодавним решењима. По мишљењу аутора, постојеће разлике не онемогућавају хармонизацију и сарадњу, већ само поизвију на ојрез и примену трагиматичнох принципа. Аутор се залаже да приговоре треба водити само са државама које су показале свој интерес ка праву конкуренције доношењем националних закона, предмети почетних приговора треба да буду оне обласни права конкуренције у којима постоји висок ниво сагласности (нпр. забрана злоупотребе доминантне позиције), хармонизацију треба ограничити само на случајеве са међународном димензијом, и коначно, приговори треба да имају за циљ да се дође до споразума о минималним стандардима. На крају рада, аутор је објаснио ко-

ји су основни циљеви хармонизације правла конкуренције, и изнео своје схватање појединачног праћмачничког присуства у овој области. Државе не смеју више толерисати анатикомитетивно понашање на иностраним пружишима, што то аутору предсавља кључан момент која објасњава све тешкоће са којима се среће хармонизација. Уз предлог да се хармонизација осниваје постепено, аутор се заложио за коришћење WTO-а, као одговарајућег форума за започињање преговора.

Кључне речи: Право конкуренције, експортери и поријадна примена, хармонизација, праћмачничан присуств.

*Проф. др Reinhard Zimmerman,
Кодиректор Макс-Планк институита за јавно и приватно
 међународно право у Хамбургу*

Начела европског уговорног права

Модерна манифестација старе и могућа основа за нову основу европске правне доктрине приватног права^{*1)}

Резиме

Начела европског уговорног права представљају најсложенији и међународно најзапаженији пројекат усмерен ка хармонизацији европског уговорног права. "Lando-комисија" је првилком доношења ових принципа имала за циљ да обједини правно необавезујуће уобичајене принципе уговорног права који би требало да послуже као модел за привредне субјекте, да олакшају решавање супрова и да подстицакну правне реформе. Како је и сама Комисија назначила, њен рад представља само први корак ка стварању будућег Европског законика уговорног права.

Аутор је посебан део рада посветио раду "Lando-комисије", са посебним наласком на пријатеље у развоју наведених начела. Указано је на дуг период у коме су начела стварана, што је често доводило до концепцијских промена, која су на крају резултирала у недостатку координације између појединих делова, као и поштуном занемаривању неких значајних институита уговорног права. У

1. Предавање одржано на Правном факултету Универзитета у Београду 8. октобра 2004. године. Оригинална енглеска верзија текста биће објављена у Есејима у част Хајна Коца током 2005. године.

настапку, аутор је извршио поређење Начела европског уговорног права са другим конкуренћним пројектима правне хармонизације, пре свега са Avant-projet-ом Европског уговорног законика и UNDROIT принципијима међународних превинских уговора.

У четвртном делу свог рада, проф. Zimmermann је покушао да одговори на штање у којој мери су правила садржана у Начелима европског уговорног права модерна манифестијација европске правне традиције оличене у правилима римског права. После указивања на њихово заједничко језеро, аутор је указао на бројне примере одступања од традиционалних решења. У оквиру овог дела, истакнујући је значајан утицај Бечке конвенције на обликовање инспиритујућа Европских принципија, посебно у оквиру закључивања и раскида уговора. Принципијима су критички преиспитане међународне конвенције, чиме је извршен покушај да се ефикасно развију идеје садржане у овим документима. Тако се у Принципијима налазе решења која нису била прихваћена од стране већине европских права, а као примере аутор је навео комилензацију и једнос страну изјаву воље.

На крају рада, аутор се затешао какав је дојринос Начела европског уговорног права реевропеизацији уговорног права. Према мишљењу аутора, основни значај Начела је да она предсављају извор инспирације за национална законодавства, судску практику и правну доктрину.

Кључне речи: начела европског уговорног права, Avant-projet, UNDROIT принципији, Бечка конвенција, проресиван развој, реевропеизација уговорног права.

I. Увод

Начела европског уговорног права представљају најсложенији и међународно најзапаженији пројекат усмерен ка хармонизацији европског уговорног права.²⁾ Предмет ових начела је област права које по својој суштини и карактеру садржи више међународних елемената него било која друга област приватног права, као што су одштетно право, стварно право или породично право. Развој права у доба правног национализма није извршио велики утицај на већину института и правних теорија из области уговорног права. Напротив, чак и после разградње старог *iustitia* увек су постојале тачке контаката које су олакшавале међусобни утицај и прихватавање правних идеја.³⁾ Разлике између националних правних система остале су већим делом на нивоу техничких детаља,⁴⁾ услед чега још увек можемо говорити о заједничком пореклу европског уговорног права.⁵⁾ Данас, у овирима Европске уније, унутрашње тржиште омогућава јаку мотивацију и покретачку силу за хармонизацију права. Из очигледних разлога може се закључити да је уговорно право нарочито тесно повезано са унутрашњим тржиштем.⁶⁾ Управо из

овог разлога у оквиру Европске уније је и усвојен велики број директива из ове области⁷⁾ са далекосежним последицама на структуру и интегритет националних правних система. Тумачење великог броја разнородних одредаба националног уговорног права је уобличено одлукама Европског суда правде.⁸⁾ У међувремену, кодификација европског уговорног права је постала извесна и о њој се воде живе расправе,⁹⁾ а ова идеја је више пута најављивана и од стране Европског парламента.¹⁰⁾ Комисија Европске уније је припремила Акциони план за конзистентно европско уговорно право¹¹⁾ који, између остalog, предвиђа развој “заједничког

2. Више о томе видети: Reinhard Zimmermann, "Konturen eines Europäischen Vertragsrechts", 1995 *Juristenzeitung* стр. 477; Hugh Beale, "The Principles of European Contract Law and Harmonization of the Laws of Contract", у *Festschrift til Ole Lando*, 1997, стр. 21; Roy Goode, "International Restatements and National Law", у William Swadling, Gareth Jones (уредници), *The Search for Principle: Essays in Honour of Lord Goff of Chieveley*, 1999, стр. 45; Jürgen Basedow (уредник), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000; Guido Alpa, "The 'Principles of European Contract Law' and the Italian Code: Some Preliminary Remarks", (2000-2001) 15/16 *Tulane European and Civil Law Forum* стр. 43.; Ewoud Hondius, F. Nieper *et al.*, "Principles of European Contract Law", (2000) 17 *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* стр. 428; M.W. Hesselink, G.J.P. de Vries, *Principles of European Contract Law*, 2001; Salvatore Mazzamuto, Carlo Castronovo *et al.*, "Principi di diritto europeo dei contratti: spunti dell'edizione italiana", 2002 *Europa e diritto privato* стр. 847; Hector L. MacQueen, "Scots Law in Europe: the case of contract", у Hector L. MacQueen, Antoni Vaquer Aloy, Santiago Espiau Espiau (уредници), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, 2003, стр.102; видети и библиографију Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmerman (уредници), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, стр.739.
3. Видети: Reinhard Zimmerman, "The Civil Law in European Codes", у Reinhard Zimmerman, David Carey Miller (уредници), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, стр. 287 ; за Енглеску видети од истих аутора: "Der europäische Charakter des englischen Rechts", (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 43.
4. Nils Jansen, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, 2004, стр. 19, који прави разлику између уговорног права и одштетног права, стицања без основа и стварног права за које још увек не постоји заједнички корен. Крајем године биће објављен скуп Начела европског одштетног права. Сачињена су од стране Европске групе за одштетно право. Више о томе видети: Helmut Koziol, "Die 'Principles of European Tort Law' der 'European Group on Tort Law'", (2004) 12 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 234; Reinhard Zimmerman, "Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact", у Helmut Koziol, Barbara Steininger (уредници), *European Tort Law 2003*, 2004. О европском породичном праву видети: Nina Dethloff, "Europäische Vereinheitlichung im Familienrecht", (2004) 204 *Archiv für die civilistische Praxis*.
5. Ово је почетна тачка за Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, vol. I, 1996 (енглески превод сачинио Tony Weir у *European Contract Law*, vol. I, 1997; енглеско издање је коришћено у овом раду).
6. Чланови 94. и даље уговора ЕУ. О томе видети кометар Stefan Leible, у Rudolf Streinz (уредник), *EUV/EGV*, 2003. О односу између приватног права и унутрашњег тржишта видети такође: Jürgen Basedow, "Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex", (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis* стр. 473; Jansen (фуснота 3) стр. 7.
7. Видети зборник радова приређен од стране Reiner Schulze и Reinhard Zimmerman, *Basis-texte zum Europäischen Privatrecht*, 2nd ed., 2002, sub I (енглеско издање приредили Oliver Radley-Gardner и Hugh Beale, *Fundamental Texts on European Private Law*, 2003, Part I).

референтног оквира".¹²⁾ Овај референтни оквир би требало да омогући основу за даља разматрања алтернативног правног инструмента из области европског уговорног права.¹³⁾ Комисија је тако у суштини прихватила другу опцију предложену за дискусију јула 2001. године¹⁴⁾ и позитивно проценила велики број прилога које је тим поводом примила.¹⁵⁾ припрема правно необавезујућих заједничких начела уговорног права који би требало да послуже као модел за привредне субјекте, да олакшају решавање спорова и да подстакну правне реформе. Начела европског уговорног права, које је сачинила тзв. "Ландо Комисија", уклапају се у овај опис. Европски парламент је прихватио ову иницијативу још 1994. године и позвао Европску комисију да је подржи.¹⁶⁾

8. Видети, на пример: Reiner Schulze (уредник), *Auslegung europäischen Rechts und angegliederten Rechts*, 1999; Waltraud Hakenberg, "Vorabentscheidung und europäisches Privatrecht", (2002) 66 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 368; и скочашњи рад Sibylle Seyr, "Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch den EuGH in privatrechtsharmonisierenden Richtlinien", (2003) 6 *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* стр. 533.
9. У протагносте кодификације убрајају се: Ole Lando, "Why Codify the European Law of Contract", (1997) 5 *European Review of Private Law* стр. 525 и "The Principles of European Contract Law after Year 2000", у Franz Werro (уредник), *New Perspectives on European Private Law*, 1998, стр.59; Winfried Tilmann, "Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft", у Peter-Christian Müller-Graff (уредник), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2nd ed., 1999, стр. 579; Basedow, (2000) 200 *Archiv für die civilistische Praxis* стр. 445.
10. Ранија резолуција датира из 1989. године. Видети: (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 613.
11. COM (2003) 68, OJ 2003, C 63/1; резиме је објављен у (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 656. Више о акционом плану видети: Dirk Staudenmayer, "Der Aktionsplan der EG-Kommission zum Europäischen Vertragsrecht", 2003 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* стр. 481; Christian von Bar, Stephen Swann, "Response to the Action Plan on European Contract Law: A More Coherent European Contract Law (COM (2003/63)", (2003) 11 *European Review of Private Law* стр. 595.
12. Овај референтни оквир би требало да "омогући најбоља решења у смислу заједничке терминологије и правила, тј дефиниција основних института и апстрактних термина као што су 'уговор' или 'штета' и правила која се примењују, примера ради, за случај неиспуњења уговора", видети COM (2003) 68, OJ 2003, C 63/1.
13. О томе видети: Dirk Staudenmayer, "Ein optionelles Instrument im Europäischen Vertragsrecht?", (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 828; Jansen (фуснота 3), стр. 10. износи слично мишљење.
14. COM (2001) 398, OJ 2001, C 255/1 (видети и (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 963); за коментар видети: Christian von Bar, "Die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht", (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 799; Hans Schulte-Nölke, "Ein Vertragsgesetzbuch für Europa", 2001 *Juristenzeitung* стр. 917; Stefan Grundmann, "Harmonisierung, Europäischer Kodex, Europäisches System der Vertragsrechte", 2002 *Neue Juristische Wochenschrift* стр. 393.
15. Видети, нарочито, резолуцију Европског парламента од 15. новембра 2001, (2002) 10 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 634; за друге реакције које је Комисија примила видети (2002) 10 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 883.

Ово је, у најкраћим цртама, позадина проблема у односу на коју се може процњивати релевантност теме која је предмет рада.

II. Обим и предмет рада и поступак израде Начела

1) Рад у три етапе

“Ландо Комисија” (званично: “Комисија за европско уговорно право”) формирана је на основу приватне иницијативе и није имала званични статус.¹⁷⁾ Чинили су је академски стручњаци из свих земаља Европске уније. Број чланова Комисије растао је са порастом броја чланица Европске уније. На крају, чинила су је 23 члана од којих три из Немачке, по два из Француске, Италије, Енглеске и Шкотске.¹⁸⁾ Начела су припремана у три етапе. Прва етапа је завршена 1995. године, након 13 година рада.¹⁹⁾ У 59 чланова овде су претежно разматрани облици испуњења обавезе, неиспуњења, правна средства за случај неиспуњења и велики број општих питања, као што су област примене, основне обавезе уговорних страна током уговорног односа, и терминологија. Рад на другом делу Начела, који уређује област закључења уговора, овлашћења заступника, пуноважност уговора (укључујући и мане воље, али необухватајући незаконитост и понашања супротна моралу), правила тумачења, садржину уговора и правна дејства (укључујући уговоре у корист трећег лица) трајао је од 1992. године до 1999. Други део садржи 73 члана и није одвојено објављен, већ је одмах интегрисан са унеколико изменјеном верзијом првог дела Начела.²⁰⁾ Трећи и последњи део Начела завршен је 2003. године.²¹⁾ Он се састоји од 69 чланова и садржи правила која се тичу облигационих односа са више дужника, асигнације потраживања, замене дужника и уступања уговора, компензације, преклузије, незаконитости, услова и обрачуна камате. Трећи део је припремљен у периоду од 1997. до 2002. године, и за разлику од другог дела није интегрисан са постојећим скупом начела, већ је посебно објављен.

16. Видети резолуцију од маја 1994, објављену у (1995) 3 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 669 (sub 4); за коментар видети Winfried Tilmann, "Zweiter Kodifikationsbeschluss des Europäischen Parlaments", (1995) 3 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 534.
17. О правној природи Начела као “приватној кодификацији”, и другим местима у оквиру хијерархије извора права видети: Ralf Michaels, "Privatautonomie und Privatkodifikation", (1998) 62 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 580; Claus-Wilhelm Canaris, "Die Stellung der “Unidroit Principles” und der “Principles of European Contract Law” im System der Rechtsquellen", у Jürgen Basedow (уредник), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, 2000, стр. 5.
18. Видети списак у Lando/Beale (фуснота 18) xxii; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20), xiii.
19. Ole Lando, Hugh Beale (уредници), *Principles of European Contract Law, Part I*, 1995.
20. Ole Lando, Hugh Beale (уредници), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, 2000.
21. Ole Lando, Eric Clive, André Prüm, Reinhard Zimmermann (уредници), *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003.

2) Промене радних концепција

Све у свему, припрема Начела²²⁾ трајала је више од 20 година и то кроз три етапе рада (из овог разлога се некад говори о три Комисије). Ове две чињенице оставиле су трага на садржај Начела. Основни концепт (израда скупа правила који ће регулисати општи део уговорног права) датира још из времена пре него што је Европска комисија приступила регулацији још шире области питања која се тичу потрошачких уговора.²³⁾ Као резултат тога, *acquis communautaire* је у великој мери занемарено у Начелима.²⁴⁾ Наиме, Ландо комисија се никада није бавила решавањем проблема у којој мери и на који начин императивна правила заштите потрошача могу бити интергисана у скуп начела општег уговорног права. У другом сегменту област примене Начела могла би се променити током времена. Док прва два дела заиста регулишу само уговорно право, дотле се прва четири поглавља трећег дела применују на све врсте облигација.²⁵⁾ Они у том смислу представљају суштинске компоненте општег дела облигационог права. С друге стране, ова одлука Ландо комисије мора се поздравити, јер Начела европског уговорног права не могу постојати у вакуму; она морају бити обогаћена начелима других, блиских области права као што су одштетно право и правна регулатива стицања без основа. Режим преклузије скројен искључиво за потребе уговорног права би, с друге стране, на једноставан начин могао бити примењен и на друге врсте облигација. Постојећа искуства из, примера ради, немачког права прошлог века јасно сугеришу да би било неодмерено установити другачији преклузивни режим за различите врсте тужби (тужбе по основу уговора, проузроковања штете, стицања без основа и др.).²⁶⁾ С друге стране, помало је необичан покушај којим би нацрт Начела покрио области права чије су контуре још увек у великој мери неизвесне. Такође, дефинисање важећег скупа Начела као "Начела европског уговорног права" више се не може сматрати прецизним. Напротив, мора се поставити питање које од "општих одредаба", које се налазе у првом поглављу првог и другог дела, могу или би требало да се применују на неуговорне облигације.²⁷⁾

- 22. Израз "Начела", кад се користи у овом раду, без додатне квалификације означава Начела европског уговорног права.
- 23. Видети Lando/Beale I и II (фуснота 19) xi.
- 24. За критику видети: Jürgen Basedow, "The Renascence of Uniform Law: European Contract Law and its Components", (1998) 18 *Legal Studies* стр. 138; Michaels, (1998) 62 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 589; Wolfgang Wurmnest, "Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze – Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa", (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 729.
- 25. Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20) xvi.
- 26. Frank Peters, Reinhard Zimmermann, "Verjährungsfristen", у Bundesminister der Justiz (уредник), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I, стр. 292; Reinhard Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, 2002, стр. 81.
- 27. Исто питање се може поставити у вези са одредбама о накнади штете из члана 9:501 Начела. За дискусију о овом питању видети: Zimmermann, у Koziol/Steininger (фуснота 3).

Извесна промена концепције наступила је и у односу на правни значај одредаба садржаних у Начелима. Изворно, што се може закључити и из назива изабраног за предмет рада, чланови Ландо комисије су намеравали да припреме “начела” европског уговорног права. Ово значи да они нису намеравали да сачине систем посебних одредаба које би се непосредно могле примењивати од стране суда.²⁸⁾ Доследно томе, Комисија дефинише свој рад као “први корак” ка будућем Европском законику уговорног права.²⁹⁾ Ипак, правила садржана у великом броју поглавља садрже такав ниво прецизности који одговара оном у постојећим националним законицима приватног права. Ово нарочито важи за поглавља која се тичу облигационих односа са више дужника, асигнације потраживања, компензације и преклузије из трећег дела Начела.

3) Недостатак координације

Конечно, припрема Начела у три одвојене етапе довела је до недостатка координације у одређеном степену. Тако, примера ради, сва три дела Начела садрже правила која се тичу повраћаја користи примљене по основу уговора.³⁰⁾ Члан 5:114 Начела односи се на ситуације где је уговор раскинут, а члан 9:305 регулише последице престанка уговора за случај неиспуњења, док члан 15:104 покрива повраћај користи примењених по основу уговора који је проглашен ништавим као незаконит.³¹⁾ Прва и трећа одредба су у већем делу (али не и у потпуности) идентичне, док је друга заснована на потпуно другачијем концепту.³²⁾ Овакве недоследности су без оправдања. Додатно, у једном случају писци Начела нису регулисали важно питање расподеле ризика у случајевима где је предмет који мора да се врати оштећен или уништен, док су у другом случају аутори Начела били инспирисани моделом из енглеског права (реституција као резултат изостанка противнакнаде) који је, у међувремену, изгубио на значају и у самој земљи порекла.³³⁾ Такође, регулишући три случаја реституције, писци Начела оставили су нерегулисаним велики број других ситуација које такође могу довести до питања повраћаја кори-

28. О разликовању између “правила” и “начела” које усваја савремена правна теорија видети: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, стр. 22.
29. Lando/Beale I и II (фуснота 19) xxiii.
30. За детаљнију анализу видети: Reinhard Zimmermann, "Restitutio in integrum: Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles of International Commercial Contracts und dem Avant-projet eines Code Européen des Contrats", у *Festschrift für Ernst A. Kramer*, 2004; такође Christoph Coen, *Vertragsscheitern und Rückabwicklung*, 2003, стр. 253; Phillip Hellwege, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem: Deutsches, englisches und schottisches Recht in historisch-vergleichender Perspektive*, 2004, § 14.
31. “Незаконитост” је општи термин који се користи у ситуацијама где су уговори супротни принципима који се сматрају суштинским у законима земаља чланица Европске уније (члан 15:101 Начела) или где су у супротности са императивним правним правилима (члан 15:102 Начела).
32. Видети: Zimmermann, *Festschrift Kramer*.

сти примљене по основу уговора (нпр. престанак уговора услед промењених околности).³⁴⁾ Једнообразни режим је дакле неопходан како би покрио све случајеве повраћаја користи примљене по основу уговора који, из било ког разлога, није успео да обезбеди легитиман правни основ за пренос такве користи. Идентичан модел за овакав једнообразни режим може се наћи у старом *ius commune* где је означаван као *restitutio in integrum*³⁵⁾.

III. Поређење са другим конкурентним пројектима хармонизације права

1) "Avant-projet" Европског уговорног законика

Начела европског уговорног права не могу се више сматрати јединим пројектом са циљем хармонизације европског уговорног права. Друга група европских академских стручњака, познатија као *Accademia dei Giusprivatisti Europei*, основана је 2000. године такође на приватној иницијативи и објавила *Avant-projet* Европског уговорног законика.³⁶⁾ Поређење са овим пројектом открива одређени број значајних разлика у односу на Начела европског уговорног права. У суштини, *Avant-projet* је пројекат једног човека – Ђузепеа Гандолфија који је на публикацији скромно потписан као “координатор”.³⁷⁾ Сама Академија имала је само консултативну улогу: давала је сугестије, коментарисала радне верзије нацрта и састајала се повремено на пленарним сесијама као и на националним подгрупама. Али, чини се да њени чланови нису били укључени у сачињавање конкретних одредаба.³⁸⁾ Рад на Начелима европског уговорног права био је у потпуности другачији. Ова Начела резултат су заједничког подухвата. Наравно, један или два “известиоца” била су одговорна за индивидуална поглавља.³⁹⁾ Они су имали задатак да припреме радове са упоредноправном анализом и нацрте чланова и коментаре. Очигледно је да су

- 33. Sonja Meier, *Irrtum und Zweckverfehlung*, 1999, стр. 253; Graham Virgo, "Failure of consideration: myth and meaning in the English law of restitution", у David Johnston, Reinhard Zimmermann (уредници), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, 2002, стр. 103; Peter Birks, *Unjust Enrichment*, 2003, стр. 87.
- 34. Члан 6:111 (3) (а) Начела.
- 35. За детаљнију анализу видети Hellwege (фуснота 29) §§ 6-9.
- 36. Giuseppe Gandolfi (уредник), *Code Européen des Contrats: Avant-projet*, 2000.; за превод ових одредби на енглески језик видети: Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6) стр. 439. Уопштено о *Avant-projet*-у видети: Hans-Jürgen Sonnenberger, "Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs der Akademie Europäischer Privatrechtswissenschaftler – ein Meilenstein", 2001 *Recht der internationalen Wirtschaft*, стр. 409; Fritz Sturm, "Der Entwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuchs", 2001 *Juristenzeitung* стр. 1097.
- 37. Видети: Claus-Wilhelm Canaris, "Vorbemerkung", у Gandolfi (фуснота 35) xxv.
- 38. С обзиром на величину Академије (апендикс ове публикације набраја 85 чланова), тешко да је могло бити другачије.
- 39. Њихова имена могу се наћи у Lando/Beale I и II (фуснота 19) xiv и Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20) x.

ти известиоци, по природи свог ауторитета, стручности, карактеристика личности и моћи убеђивања, успели да сачувaju "своја" поглавља у већем или мањем делу. Ипак, велики број различитих чланова Комисије обављао је известилачуку дужност. Такође, почетни радови и накнадни нацрти правила презентовани су пред Комисијом, као и пред "Радном групом", где су расправљана предложена решења, критикована, редефинисана и враћана известиоцу по неколико пута од стране оба тела. Коначно, била су усвајана после два "читања" од стране Комисије и накнадно поново прегледана од стране друге групе, тзв. "Уредничке групе". За први део Начела Комисија за европско уговорно право састала се у пуном саставу 12 пута, за други део девет пута, а за трећи део пет пута, где је сваки састанак, по правилу, трајао недељу дана. Велики напори су уложени да се оствари консензус, чак и када је, за велики број питања, морало да се гласа.

Avant-projet је базиран на два основна модела. Један је италијански *Codice civile* (јер садржи комбинацију елемената француског и немачког права)⁴⁰⁾, а други је Уговорни законик сачињен од стране Комисије за енглеско права крајем 60-их (који, међутим, нити је примењен нити је икад објављен у Енглеској).⁴¹⁾ Аутори Начела европског уговорног права, с друге стране, учинили су све што је у њиховој моћи да избегну везивање њиховог рада за било који национални правни систем. Њихов приступ је по природи ствари био више упоредноправни. Они су покушали, колико је то могуће, да идентификују заједничко језгро уговорног права свих чланица Европске уније и да створе систем уговорног права на тој основи. Тако су, на неки начин, они имали за циљ да створе "*Restatement*" (зборник) европског уговорног права.⁴²⁾ Међутим, уједно су схватили да су суочени са далеко кретајнијим задатком неко аутори америчких *Restatement*-а. Постојеће разлике је требало решити на основу упоредноправне анализе искуства из различитих националних правних система, проценом и анализом европских и међународних трендова развоја права, или употребом других рационалних критеријума.

Начела су такође испирисана америчким *Restatement*-ом што се тиче стила и структуре њиховог објављивања. Сваки том Начела садржи текст чланова које је Комисија сачинила. Додатно, сваком члану је приододат коментар (укључујући и примере) и упоредне ноте, како би се читалац могао упознати са важећим правним правилима која се примењују у земљама чланицама ЕУ. Додатно, Начела упућују и на друге изворе права, као што су међународне конвенције. Објављивање *Avant-projet*, с друге стране, садржи поглавље које носи наслов "rapports du coordinateur" и упућује на правила садржана у *Codice civile* и Уговорном законику, истраживања решења других европских кодификација и резиме коментара свих чланова Академије. Образложение појединих правила садржаних у *Avant-projet*-у је упо-

40. Видети, на пример, за повреду уговора: Christian Resch, *Das italienische Privatrecht im Spannungsfeld von Code civil und BGB*, 2001.

41. Harvey McGregor, *Contract Code drawn up on behalf of the English Law Commission*, 1993 (издавач: Giuffré, Milano).

42. Lando/Beale (фуснота 18), xxvi.

редноправно посматрано танко. Очигледна карактеристика *Avant-projet*-а је да је објављен на француском језику. Чланови Начела европског уговорног права су објављени на француском и на енглеском језику. Током рада на Начелима, Комисија за европско уговорно право је нарочито инсистирала да сваки термин и институт употребљен у Начелима буде адекватно изражен, како на француском, тако и на енглеском језику. Комисија је, дакле, све време била свесна опасности употребе терминологије која је трајно обликована према специфичностима једног правног система.

2) UNIDROIT начела међународних трговинских уговора

На међународном нивоу конкуренцију Начелима европског уговорног права представљају Начела међународних трговинских уговора која је сачинио UNIDROIT.⁴³⁾ Оба рада су слична у многим аспектима. Пре свега, припремана су на сличан начин, имају сличне циљеве и написана су сличним стилом. Стил и структура објављивања такође наликује један другој (иако Начела међународних трговински уговора не садрже упоредноправне ноте). Налик Ландо комисији чланови радне групе UNIDROIT-а изабрали су назив "начела" иако овај назив суштински не одговара природи њиховог посла. У оба случаја текст чланова је допуњен коментарима (иако су аутори UNIDROIT-а избегавали да додају упоредноправне ноте). Оба скупа начела припремљена су мање-више симултано, иако је иницијално UNIDROIT био у предности, а касније Ландо комисија. Обе групе су биле упознате са радом друге и утицале су једна на другу у више погледа⁴⁴⁾. Две су основне разлике између ове групе: (1) циљ UNIDROIT-а је више глобални и не ограничава се само на хармонизацију европског уговорног права и (2) UNIDROIT пројекат се превасходно бави међународним трговинским уговорима, док Ландо комисија ствара правила општег уговорног права. У том светлу, може деловати изненађујуће да се поједина решења садржана у оба скупа правила међусобно много не разликују, а у одређеном броју области су идентична⁴⁵⁾. Доминантни утицај европске правне школе, чак и изван Европе, може служити као објашњење, барем што се прве наведене тачке тиче. Што се друге тачке тиче, може се рећи да оно што је разумно и применљиво на трговинске уговоре у великом делу се може сматрати исправним и

- 43. О Unidroit начелима међународних трговинских уговора из 1994. видети: Michael Joachim Bonell, *An International Restatement of Contract Law*, 2nd ed., 1997; Ernst A. Kramer, "Die Gültigkeit der Verträge nach den Principles of International Commercial Contracts", (1999) 7 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 209; Jürgen Basedow, "Die Unidroit-Prinzipien der internationalen Handelsverträge und das deutsche Recht", у *Gedächtnisschrift für Alexander Lüderitz*, 2000, стр. 1.
- 44. Ова координација се великим делом може приписати чињеници да су неки чланови једне групе истовремено били и чланови друге; видети 1995 *Juristenzeitung* стр. 480.
- 45. За теме обрађене првом делу Начела видети: Reinhard Zimmermann, "Konturen eines Europäischen Vertragsrechts", 1995 *Juristenzeitung* стр. 477; уопштено видети: Arthur Hartkamp, "Principles of Contract Law", у Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink *et al.* (уредници), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed., 2004.

разумним и за потрошачке уговоре и обрнуто. Ово потврђује и развој модерног права продаје: одредбе Директиве о продаји потрошачима из 1999. године⁴⁶⁾, нарочито оне које се тичу концепта саобразности робе и правних средстава за случај несаобразности, у великом делу осликовају правила садржана у Конвенцији УН о међународној продаји робе, иако она сама изричito искључује продаје крајњим потрошачима из области своје примене⁴⁷⁾. Сличност између ова два међународна правна инструмента значајно ће унапредити развој заједничког референтног оквира за разматрање и развој права продаје у Европи⁴⁸⁾. Исто се може рећи, на основу поређења UNIDROIT и Ландо принципа, за многе области општег дела уговорног права.

IV. Начела као модерна манифестација цивилистичке правне традиције

Које су интелектуалне и доктринарне основе Начела европског уговорног права и у којој мери се правила садржана у њима могу сматрати као модредна манифестација европске правне традиције?

1) Заједничка основа

a) Елемен̄ти уговорног права

У појединим аспектима Начела заиста представљају заједничку основу правних система земаља чланица ЕУ (којима се могу приодати и Швајцарска и Норвешка). Основни концепти као што су облигација, уговор, штета, услов или солидарност могу се споменути у овом контексту и интересантно је приметити да су француска и енглеска терминологија апсолутно идентичне у ових пет (а можда и више) случајева. Вреди поменути и сличности појединачних идеја од фундаменталног значаја за разумевање уговорног права: уговор се закључује путем понуде и прихвата, уговорне стране морају изразити намеру да буду везане уговором⁴⁹⁾, незаконити и неморални уговори не могу се одржати на снази⁵⁰⁾, итд. Постоје такође и посебни захтеви за поједина правила која су апсолутно идентична уз свим

46. Доступно у Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6) стр. 107.
47. Члан 2(a) Бечке конвенције. Видети: Stefan Grundmann, у: Massimo C. Bianca, Stefan Grundmann (урдници), *EU Sales Directive: Commentary*, 2002, Introduction, nn. 6, стр. 22.
48. Видети прве контуре Начела европског права продаје у Viola Heutger, "Konturen des Kaufrechtskonzeptes der Study Group on a European Civil Code – Ein Werkstattbericht", (2003) 11 *European Review of Private Law* стр. 155.
49. О рецепцији у Енглеској видети: A.W.B. Simpson, "Innovation in Nineteenth Century Contract Law", (1975) 91 *Law Quarterly Review* стр. 258 и 263; James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991, стр. 139 и 175; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, стр. 571; уопштено видети: Hein Kötz (фуснота 4), стр. 16 (понуда и прихват) и 71 (намера заснивања облигационог односа).
50. Reinhard Zimmermann, (фуснота 48), стр. 697; Kötz (фуснота 4), стр. 157.

западноевропским правним системима. У том смислу компензација је добар пример, јер је опште прихваћено да поверилац по једном основу мора бити дужник по другом, и обрнуто (захтев узајамности потраживања), да потраживања морају бити истородна и доспела⁵¹⁾. Наравно, мора се имати у виду да исти институт може имати унеколико различито значење у различитим правним системима и да услов за закључење уговора у смислу постојања заједничке намере уговорних страна да буду везане уговором може имати различито значење у зависности од тога на који начин конкретни правни систем утврђује озбиљност намере уговорних страна. Такве разлике, међутим, некада се пренаглашавају. Тако, на пример, често се каже да се англо-америчко схватање уговора не базира толико на стварању облигација већ на стварању одговорности за случај неиспуњења обавезе⁵²⁾. Ипак, у књизи sir Gentera Tretela уговор је дефинисан речима које су апсолутно разумљиве континенталним правницима, као што су “споразум којим се стварају облигације којима право признаје дејство и које су утуживе.⁵³⁾ Неке од ових заједничких црта постоје по природи ствари (видети, на пример, три претходно наведена услова за компензацију), док су друге последица чињенице да релевантне доктрине имају заједничке историјске корене. Кад је о закључењу уговора реч, ови корени леже у теорији природног права,⁵⁴⁾ док у другим случајевима (концепт облигације или услова)⁵⁵⁾ они сежу чак до Римског права.

б) Варијације на тему

Сувишно је питати се колико правила Римског права можемо наћи у мање или више изменјеном облику у Начелима, јер је Римско право, као резултат “рецепције”, постало основа европске правне традиције.⁵⁶⁾ Примењивано је у пракси и настављено да буде тумачено од стране генерација правника. У том процесу, било је предмет сталних измена и прилагођавања. Апсорбовало је елементе канонског права и средњевековне моралне теологије, трговачких обичаја и теорије природног права.⁵⁷⁾ Додатно, долазило је у контакт са локалним, регионалним и територијалним законима који су се примењивали на одређеном подручју, и прихватило је захтеве и систем вредности савременог друштва. Тако, Римско право које је примењивано у раним фазама модерне Европе није више оно старо Римско право,

- 51. Више о томе видети: Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25) стр. 44, 48 и 50.
- 52. Овај концепт датира још из времена Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, 1881, стр. 297.
- 53. Sir Guenter Treitel, *The Law of Contract*, 10th ed., 1999, стр. 1. За упоредноправну анализу видети: Coen (фуснота 29) стр. 19.
- 54. Gordley (фуснота 48), стр. 79.
- 55. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 1 и 716.
- 56. Видети: Helmut Coing, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft*, 1968 и *Europäische Grundlagen des modernen Privatrechts*, 1986; Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983; Reinhard Zimmermann, "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", 1992 *Juristenzeitung* стр. 10. и "Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe", у Arthur Hartkamp, Martijn Hesselink *et al.* (уредници), *Towards a European Civil Code*, 3rd ed., 2004; R.C. van Caenegem, *European Law in the Past and in the Future*, 2002, стр. 13 и 24.

већ "Heutiges Römisches Recht"⁵⁸⁾, односно "usus modernus pandectarum"⁵⁹⁾. У Холандији је реч о римско-холандском праву,⁶⁰⁾ у Фризији о римско-фризијском праву,⁶¹⁾ а у Шкотској о римско-шкотском праву.⁶²⁾ Велики број поједињих правних проблема решавано је различито од стране различитих правника у различита времена и у различитим деловима Европе. Али ове разлике, великом делом, представљале су само варијације заједничке основне теме, јер се развој права одиграо у оквирима установљеног оквира извора и метода, концепата, правила и аргумента. Значајне различитости и фундаментално интелектуално јединство подједнако су дали печат поменутој традицији.⁶³⁾

У том смислу, није тако једноставно указати на специфична правила која су нашла идентичну манифестацију у свим модерним европским кодификацијама. Чињеница да се за закључење уговора захтева понуда и прихват јесте напомена из уџбеника коју кодификације права пре претпостављају, него што јој дају законску форму. Конкретне разлике се, међутим, уочавају када се дође до одређених спорних питања која се тичу понуде (као што је њена одређеност, или опозивост) или прихвата.⁶⁴⁾ Мале варијације могу се наћи чак и код релативно апстрактних правних правила која су у принципу свугде прихваћена. Третман незаконитих и неморалних уговора може служити као пример у том смислу. Сва правила садржана у модерним кодификацијама базирана су на римском праву: *lex Non Dubium* императора Теодисија, које је развило законске забране до статуса *leges perfectae*⁶⁵⁾, и сузбило правне послове *contra bonos mores* од стране римских правника и императора⁶⁶⁾. Ипак, док члан 20 I Швајцарског грађанског законика (ШГЗ) говори о "уговорима са незаконитим садржајем", § 134 Немачког грађанског законика (НГЗ) говори о правним актима "који крше законске забране" а члан 3:40 (2) Холандског грађанског законика (ХГЗ) предвиђа поступке супротне

57. Reinhard Zimmerman, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, 2001, стр. 158. За карактеристичан пример видети Reinhard Zimmerman, "Christian Thomasius, the Reception of Roman law and the History of the Lex Aquilia", у Christian Thomasius, *Larva Legis Aquiliae*, уредила и превела Margaret Hewett, 2000, стр. 56.
58. Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1840-1849.
59. Samuel Stryk, *Specimen usus moderni pandectarum*, published in several volumes in the years following 1690; 10th ed., 1746-1780.
60. Robert Feenstra, Reinhard Zimmerman (уредници), *Das römischi-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, 1992.
61. Jan H.A. Lokin, Frits Brandsma, Corjo Jansen, *Roman-Frisian Law of the 17th and 18th Century*, 2003.
62. John W. Cairns, "The Civil Law Tradition in Scottish Legal Thought", у David L. Carey Miller, Reinhard Zimmerman (уредници), *The Civilian Tradition and Scots Law: Aberdeen Quincentenary Essays*, 1997, стр.191.
63. Ова идеја је развијена у Zimmerman, *The Civil Law in European Codes* (фуснота 2), стр. 259; видети и van Caenegem (фуснота 55).
64. Видети: Kötz (фуснота 4) стр. 18.
65. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 700.
66. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 706.

“императивним правним правилима”. Француски и италијански законици повезују релевантана правна правила са њиховом чувеном доктрином каузе, додуше не на у потпуности идентичан начин (“кауза је незаконита уколико је забрањена законом”: члан 1133. *Code civil*; “кауза је незаконита уколико је супротна императивним правним правилима”: члан 1343 *Codice civile*). У Аустрији и Швајцарској уговори супротни законским одредбама су ништави⁶⁷⁾, док § 134 NGZ ограничава примену ове санкције само на случајеве где друга правна последица “није предвиђена законом”. Холандски законик садржи сличну одредбу, која се додуше, односи на смисао закона⁶⁸⁾. Додатно, по овом закону уговор се може поништити, али се неће сматрати ништавим по самом законом, уколико је циљ императивних правних правила која су повређена заштита једне од угворних страна. Повреда *boni mores* предмет је свих досад поменутих законика,⁶⁹⁾ и она неизбежно води ништавости уговора. У Француској, Италији и Холандији, међутим, *l'ordre public, l'ordine pubblico* и *openbare orde* дат је исти значај као *boni mores*⁷⁰⁾. Енглеско право прави разлику између статутарне незаконитости и *common law* незаконитости. Сматра се да постоји *common law* незаконитост у случајевима у којима се уговор сматра супротним јавном поретку⁷¹⁾.

Начела, такође, задржавају класичну поделу. С једне стране, предвиђа се да уговор не производи правна дејства уколико је “у супротности са фундаменталним најчелима правних система земља чланица Европске уније”⁷²⁾. Коришћењем овакве формулатије избегла се употреба института као што су *boni mores* или јавни поредак које прати дугогодишња историја различитих интерпретација. С друге стране, Начела покривају ситуације у којима је уговор у супротности са “императивним правним правилима”⁷³⁾. Оно што чуди, на први поглед, јесте велика флексибилност у одређивању дејства статутарне незаконитости. Пре свега, мора се водити рачуна о дејство које је експлицитно предвиђено самим императивним правилом. Тамо где само правило не предвиђа какво ће дејство његова повреда имати на судбину уговора, уговору се може (а) дати пуна правна снага, (б) признати дејство у одређеним аспектима, (в) не признати дејство или (г) бити предмет модификација. Одлука мора бити одговарајућа и сразмерна повреди. Предвиђен је велики број критеријума о којим се мора водити рачуна у том смислу, међу којима и сврха правила које је повређено, као и озбиљност повреде⁷⁴⁾. Ови критеријуми су тако-

67. Члан 20 I Швајцарског грађанског законника (ШГЗ); § 879 I Аустријског грађанског законика (АГЗ).

68. Члан 3:40 (2) Холандског грађанског законника (ХГЗ) (“... voor zover niet uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit”).

69. Члан 1133 *Code civil*; § 879 I АГЗ; Члан 20 I OR; § 138 НГЗ; Члан 1343 *Codice civile*; Члан 3:40 (1) ХГЗ.

70. Члан 1133 *Code civil*; Члан 1343 *Codice civile*; Члан 3:40 (1) ХГЗ.

71. Видети, на пример, Ewan McKendrick, *Contract Law*, 5th ed., 2003, Chapter 15.

72. Члан 15:101 Начела.

73. Члан 15:102 Начела.

74. Члан 15:102 (2) and (3) Начела

ће признати и у немачком праву⁷⁵⁾, земљи у којој су судови за себе задржали далекосежну дискрецију у одлучивању о ништавости уговора, односно другог правног посла који је у супротности са законским забранама⁷⁶⁾. Посебно, судови се не ограничавају на одлучивање о ништавости односно пуноважности правног посла, већ такође, под одређеним условима, одржавају уговор на снази у изменјеном облику⁷⁷⁾. У суштини, дакле, члан 15:102 Начела отворено предвиђа правило које § 134 НГЗ прикрива иза кратке и одсечне фразе. Строго правило “*ex pacto illicito non oritur actio*” такође је непознато класичном римском праву из времена пре Теодосија, где налазимо степеничasti систем *leges perfectae*, *leges minus quam perfectae* и *leges imperfectae*⁷⁸⁾.

в) *Regulae Iuris*

На другим mestима, међутим, Начела садрже одређени број правила која се могу сматрати модерним облицима *regula iuris* старог *iis communi*. Ово је тачно кад се ради о *contra proferentem* правилу (тумачење уговорних одредаба које је једна страна сачинила у корист друге стране)⁷⁹⁾ као и за правило да ће странке обавезивати прави споразум а не привидни: *plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur*⁸⁰⁾. Одређени број одредаба који се тичу преклузије засноване су на основном принципу установљеном од стране Бартолуса: *agere non valenti non currit praescriptio* (преклузивни рок не тече према особи која није у могућности да поднесе тужбу)⁸¹⁾. Тако, сматра се да преклузивни рок не почиње да тече докле год је поверилац спречен од подношења тужбе из разлога изван његове контроле и које он разумно није могао избегти нити превазићи⁸²⁾. Почетак преклузивног рока у случају правне неспособности заснива се на истом правилу⁸³⁾, као и у случајевима где је једна од уговорних страна преминула.⁸⁴⁾ За праксу је од великог значаја правило да преклузивни рок не почиње тећи докле год поверилац не зна, и не може

75. Видети Othmar Jauernig, у *idem* (уредник), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10th ed., 2003, § 134, nn. 14 f. (сврха закона); Hans Hermann Seiler, "Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB)", у *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, 1987, стр. 729 (озбиљност повреде).
76. As analysed by Seiler (фуснота 74), стр. 725.
77. Franz Dorn, у Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (уредници), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. I, 2003, §§ 134-137, nn. 19.
78. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 697.
79. Члан 5:103 Начела; о пореклу овог правила видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 639.
80. Члан 6:103 Начела (према упоредним нотама ово правило је “признато у свим земљама чланицама ЕУ”); о пореклу овог правила видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 646.
81. Erwin Spiro, "Zur neueren Geschichte des Satzes ‘agere non valenti non currit praescriptio’", у *Festschrift für Hans Lewald*, 1953, стр. 585 и 588; Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25) стр. 132.
82. Члан 14:303 Начела.
83. Члан 14:305 Начела.
84. Члан 14:306 Начела.

разумно знати, идентитет дужника, или чињенице на основу којих може поднети тужбу.⁸⁵⁾ Регулатива делимичне ништавости садржана у Начелима више одговара начелу *utile per inutile non vidatur*⁸⁶⁾ него § 139 NGZ, јер члан 15:103 Начела установљава претпоставку да је преостали део уговора пуноважан. Међутим, како је ово правило такође подложно далекосежној одредби као и супротно правило § 139 NGZ, и Начела и немачко право у суштини остављају судији широку дискрецијону моћ да одлучи о последицама делимичне ништавости у складу са разумним интересима уговорних страна⁸⁷⁾. Овај приступ био је усвојен и од стране класичних римских правника⁸⁸⁾. Много мање флексибилности је садржано у немачком праву и примени § 817, 2 NGZ, односно кодификованој верзији правила *in pari turpitudine causa est melior possidentis*⁸⁹⁾, што је у изричitoј супротности са начином на који је ова максима била примењивана од стране римских правника⁹⁰⁾. Начела више не садрже конкретно правило у овом смислу. Ипак, идеја *in pari turpitudine* скривена је иза правила о реституцији у члану 15:104 Начела где одлука о одобравању реституције зависи од критеријума као што су сврха правила које је повређено, категорија лица чија се заштита овим правилом обезбеђује, и озбиљности саме повреде⁹¹⁾.

ѣ) Добра вера

Већина поменутих латинских правних изрека нашла је свој пут у модерне националне кодификације. Тако, оне припадају заједничком историјском наслеђу европског приватног права. Исто важи и за принцип садржан у члану 1:201 Начела: "Свака страна мора поступати у складу са начелом савесности и поштења". Историјат ове одредбе сеже до најплоднијег фактора развоја Римског права: појма *bona fides*⁹²⁾. У време *ius cottiunae* оно је служило као витални механизам за примену апсолутне правде⁹³⁾. Данас је начело савесности и поштења у испуњењу и одређивању уговорних права и обавеза исто тако од неизмерног значаја у свим

- 85. Члан 14:301 Начела; о вом правилу видети Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25) стр. 106.
- 86. О томе видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 75.
- 87. Док према члану 15:103 Начела, преостали део уговора наставља да постоји "осим уколико се након пажљивог разматрања околности случаја утврди да је неразумно да остане на снази", § 139 НГЗ се фокусира на (обично хипотетичкој) намери страна и наводи да је цео посао ништав "осим ако се може закључити да би био закључен и без ништаве одредбе", видети НКК/Dorn (фуснота 76), §§ 139-141, н. 18.
- 88. Hans Hermann Seiler, "Utile per inutile non vitiatur", у *Festschrift für Max Kaser*, 1976, стр. 127.
- 89. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 863.
- 90. Hans Hermann Seiler, "§ 817 S. 2 BGB und das römische Recht", у *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger*, 1969, стр. 381; Law of Obligations (фуснота 48), стр.846.
- 91. За интересантан преглед искуства ове две мешовите јурисдикције видети: Hector MacQueen, Alfred Cockrell, "Illegal Contracts", у Reinhard Zimmermann, Daniel Visser, Kenneth Reid (уредници), *Mixed Legal Systems in Comparative Perspective: Property and Obligations in Scotland and South Africa*, 2004. Један од аутора - Hector MacQueen био је известилац за поглавље о незаконитости у Ландо комисији.

правним системима Европске уније у једном или другом облику⁹⁴⁾. Не садрже сви они опште одредбе налик члану 1:201(1) Начела или одредби § 242 НГЗ⁹⁵⁾; а чак где такве одредбе и постоје значајне су разлике у начину на који се у пракси примењују⁹⁶⁾. Да ли ће се употребљавати начело савесности и поштења зависи од много фактора, међу којима и доступности друге, конкретније доктрине која води правичном резултату⁹⁷⁾. Тако, на пример, француско право познаје установу *abus de droit*, аустријски законик садржи две одредбе које упућују на поштени пословни обичај,⁹⁸⁾ а енглески судови користе се имплицитним уговорним одредбама⁹⁹⁾.

Аутори Начела су намеравали да ограниче употребу члана 1:201 тако што су предвидели појединачна правила која се могу сматрати конкретним манифестијама начела поштења и савесности и, истовремено, заједничким критеријумом процењивања. Тако, свака страна дугује другој обавезу сарадње како би се уговору дало пуно дејство¹⁰⁰⁾; уговорне стране имају обавезу да не ступају у преговоре уколико знају да неће закључити уговор са другом страном¹⁰¹⁾; оне не смеју откривати поверљиве информације које су сазнале од друге стране током преговора¹⁰²⁾, нити смеју искористити стање необазирности друге стране, односно незнаша, неискуства или недостатка преговарачких способности на начин који би био изузетно непоштен¹⁰³⁾. Захтев поштеног и савесног понашања има значајну улогу приликом сачињавања уговорних одредаба¹⁰⁴⁾, он представља потпору за правила као што су квалитет испуњења обавезе¹⁰⁵⁾ или промењене околности¹⁰⁶⁾; он омогућују

92. Simon Whittaker, Reinhard Zimmermann, "Good Faith in European Contract Law: surveying the landscape", у Reinhard Zimmermann, Simon Whittaker (уредници), *Good Faith in European Contract Law*, 2000, стр.16; за детаљну анализу видети: Martin Josef Schermaier, "Bona fides in Roman contract law", in the same volume, стр. 63.
93. James Gordley, "Good faith in contract law in the medieval ius commune", у Zimmermann/Whittaker (фуснота 91), стр. 93; Filippo Ranieri, "Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law", 1998 *Revue internationale de droit comparé* стр. 1055.
94. Видети студије случајева у Zimmermann/Whittaker (фуснота 91), стр. 143.
95. Аустријско право нема општу одредбу о поштењу и савесности; видети Ranieri (фуснота 92) стр. 1061. Ипак, начело савесности и поштења се често сматра, под немачким утицајем, као инхерентно Аустријском грађанском законику; видети Whittaker/ Zimmermann (фуснота 91) стр. 50.
96. За француско право видети: Whittaker/Zimmermann (фуснота 91) стр. 32; за примену у другим европским кодификацијама видети стр. 48.
97. Видети: Simon Whittaker, Reinhard Zimmermann, "Coming to terms with good faith", у Zimmermann/Whittaker (фуснота 91) стр. 653.
98. §§ 863 II and 914 АГЗ.
99. Видети Whittaker/Zimmermann (фуснота 91) стр. 39; Wolfgang Grobecker, *Implied Terms und Treu und Glauben: Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive*, 1999.
100. Члан 1:202 Начела.
101. Члан 2:301 (2) Начела.
102. Члан 2:302 Начела.
103. Члан 4:109 Начела.
104. Члан 6:102 Начела.
105. Члан 6:108 Начела.

је да страна отклони недостатке у испуњењу које је уследило пре договореног рока за испуњење¹⁰⁷⁾ и да одбије извршење обавезе уколико би му ово проузроковало неразумне потешкоће или трошкове.¹⁰⁸⁾ Одредбе о одлагању истека преклуживног рока у случају преговарања¹⁰⁹⁾ и код услова,¹¹⁰⁾ такође су изрази начела поштења и савесности.

2) Конвергенција и традиција

У великом броју случајева правна правила и институти развили су се у оквирима *ius cōmūne*, често на основу индивидуалних одступања од римских извора, која су, као таква, била непозната Римљанима или су чак у потпуности супротна установљеним принципима. *Pacta sunt servanda* је значајан пример у том смислу. Ово начело је признато у свим модерним европским правним системима, и као такво и у Начелима, али оно је установљено у супротности са римском максимом *ex iusto pacto non oritur actio*, од стране средњевековних канонских правника¹¹¹⁾. У одређеном броју случајева законици првог великог таласа кодификација још увек осликају старију фазу развоја *ius cōmūne* док кодификације након 1900. године садрже модернија решења. Оне су искористиле резултате пандектистичке школе која је, по чувеним речима Рудолфа фон Јеринга, понекад успевала да оде изнад Римског права користећи се алатима Римског права¹¹²⁾. Ово се може илустровати поређењем две најзначајније кодификације оба периода, француским *Code civil* и Немачким грађанским закоником. Решења која усваја НГЗ често су обликовају правце развоја права у другим европским земљама – било кроз правну доктрину било кроз законе – и некад, чак значајно, вршиле утицај на француско право. Не изненађује да у тим случајевима Начела прихватају оно што се може сматрати последњом фазом развоја *ius cōmūne*.

a) *Stipulatio alteri*

Ово је тачно, на пример, за уговоре у корист трећих лица¹¹³⁾. Генерације правника од времена гласатора су покушавале, са доста маште и на основу расутих индикација из римских извора, да ограниче, евентуално чак и пониште римски принцип *per extraneam personam nobis adquiri non potest*. Али, тек са 17. веком се *stipulatio alteri* прихвата на велика врата. Неко време се захтевало, међутим, да треће ли-

106. Члан 6:111 Начела.

107. Члан 8:104 Начела.

108. Члан 9:102 (2) (b) Начела.

109. Члан 14:304 Начела.

110. Члан 16:102 Начела.

111. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 537; Peter Landau, "Pacta sunt servanda: Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie", у "Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquerit": Festschrift für Knut Wolfgang Nörr, 2003, стр.457.

112. Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, vol. I, 6th ed., 1907, стр. 14.

113. Видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 34.

це мора прихватити право које му је понуђено на основу уговора између друга два лица, и у контексту овакве уговорне конструкције уговори у корист трећих лица су ушли у, између остalog, пруску кодификацију¹¹⁴⁾. Аустријски и француски законици су још конзервативнији¹¹⁵⁾. Тако је једино Немачки грађански законик успео да се у потпуности еманципију од римског концепта облигације као *vinculum iuris* која задржава своју индивидуалност на основу чињенице да је створена између две одређене стране и у том смислу директно овлашћујући трећу страну да добије право на одређени захтев по основу уговора у његову корист¹¹⁶⁾. Многе касније кодификације су прихватиле овај модел,¹¹⁷⁾ а чак су и француски судови током времена одустали од рестриктивних захтева садржаних у члану 1165. *Code civil*¹¹⁸⁾. Тако члан 6:110(1) Начела одражава широки консензус између европских правних система¹¹⁹⁾ и једног који се заиста може сматрати “прогресивним развојем”¹²⁰⁾ *ius commune*.

б) Заступништво

Концепт заступништва се такође много векова борио против римског схватања да нико не може имати права или обавезе из уговора закљученог између друга два лица.¹²¹⁾ Крајем 17. века битка је коначно окончана и *Code civil* признаје могућност заступништва. Ипак, писци овог законика нису сматрали заступништво независним правним институтом, већ у складу са Потијеовим учењем, институтом сличном римском мандату¹²²⁾. Тек су током 19. века Јеринг и Лабанд увели концептуалну разлику између давања овлашћења и правног односа на основу којег је заступник овлашћен да иступа у име свог принципала¹²³⁾. Раздавање оног што се може сматрати спољном и унутрашњом везом карактерише регулативу садржану у НГЗ, моделу који прате и грчки, италијански и холандски законици¹²⁴⁾. У Француској је такође дошло до значајне промене традиционалног схватања овог инсти-

114. § 75 I 5 Пруског грађанског законика.

115. § 881 АГЗ у свом оригиналном облику; чланови 1165, 1221 *Code civil*.

116. § 328 НГЗ.

117. § 881 АГЗ, са амандманима из 1916; члан 410 *Astikos Kodikas*; члан 1411 *Codice civile*; члан 6:253 ХГЗ.

118. Видети: Konrad Zweigert, Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (превод: Tony Weir), 3rd ed., 1998, стр. 462; *Law of Obligations* (фуснота 48), стр. 44.

119. Ипак, овај принцип је неоправдано угрожен од стране члана 6:110 (3) Начела; за критику видети: Reinhard Zimmermann, "Vertrag und Versprechen: Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich", у *Festschrift für Andreas Heldrich*, 2005. За примену исте основне идеје на јаснији начин видети Unidroit начела међународних трgovинских уговора и скорашње амандмане на члан 5.2.1.

120. Lando/Beale (фуснота 18), xxiv.

121. Видети: *Law of Obligations* (фуснота 48), стр. 45.

122. Видети, на пример, Jens Kleinschmidt, "Stellvertretungsrecht in Deutschland und Frankreich: Perspektiven für eine Rechtsvereinheitlichung", (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 700.

123. Видети: Kötz (фуснота 4), стр.220; Zweigert/Kötz (фуснота 117), стр. 434.

124. §§ 164 НГЗ; члан 211 *Astikos Kodikas*; члан 1387 *Codice civile*; члан 3:60 ХГЗ.

тута. Скоро сваки уџбеник облигационог права данас садржи посебан одељак о *représentation*¹²⁵⁾. Начела, у складу са модернијим законицима, регулисала су спољашњи однос¹²⁶⁾, што је у складу и са Женевском конвенцијом о заступању у међународној продаји робе¹²⁷⁾.

в) Промењене околности

Нешто мање једноставан био је развој идеје садржане у § 313 НГЗ (неиспуњење суштине правног посла)¹²⁸⁾. Морални филозофи старог доба били су први који су указали на чињеницу, да се након закључења уговора, могу појавити такве околности које у потпуности мењају тежину дужникове обавезе: понашање саобразно уговору постаје грех, а неиспуњење дужникова морална обавеза. Из оваквог семена у средњем веку је почела да клија доктрина *clausula rebus sic stantibus*. Процветала је у 16. и 17. веку, али изгубила популаритет у 18. веку. Начело *pacta sunt servanda* је имало примат, а општа одредба “*rebus sic stantibus*” нарушавала је поверење у правну и привредну сигурност. Тако ова доктрина није ушла ни у *Code civil*, ни у НГЗ (упркос подршци Бернарда Виншејда за њену модификованију верзију)¹²⁹⁾. Овај веома ригидан приступ, преовлађивао је до недавно у Француској. *Théorie de l'imprévision* била је прихваћена само у управном праву, а одбијана је њена примена за решавање спорова у приватном праву¹³⁰⁾. Тек у последњих пар година дошло је до одређеног попуштања оваквог става и то у случајевима где промена околности доводи до значајне неравнотеже у уговорној расподели права и обавеза, те се непривилегованој страни даје право да тражи поновно преговарање уговорних одредаба¹³¹⁾. Немачки судови су, с друге стране, не много по доношењу НГЗ почели да одбијају решења његових аутора о непризнавању *clausula rebus sic stantibus*¹³²⁾, као одговор на проблеме који су се јавили после Првог светског рата код извршења дугорочних уговора, и то кроз доктрину *Wegfall der Geschäftsgrundlage* установљеној од стране Империјалног суда¹³³⁾. Током “модернизације” немачког облигационог права,¹³⁴⁾ ова доктрина прихваћена је и у закони-

125. Kleinschmidt, (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 700; Kötz (фуснота 4), стр. 221.

126. Члан 3:101 Начела.

127. Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6), стр. 283. Конвенција је сачињена 1983. али још увек није ступила на снагу.

128. Видети: Law of Obligations (фуснота 48), стр. 579.

129. За Виншидову *Voraussetzungslehre* доктрину видети: Ulrich Falk, *Ein Gelehrter wie Windseheid*, 1989, стр. 193.

130. Zweigert/Kötz (фуснота 117), стр. 524

131. Bertrand Fages, "Einige neuere Entwicklungen des französischen allgemeinen Vertragsrechts im Lichte der Grundregeln der Lando-Kommission", (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 519.

132. Klaus Luig, "Die Kontinuität allgemeiner Rechtsgrundsätze: Das Beispiel der *clausula rebus sic stantibus*", у Reinhard Zimmermann, Rolf Knütel, Jens Peter Meincke (уредници), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 2000, стр. 171.

ку. Начела садрже правило које је веома слично овоме и по структури и по подршци коју ужива.¹³⁵⁾

ѣ) *Одређивање цене*

Одређивање цене је још једно питање где француско право заостаје за модерним развојем права у Европи. Члан 1108. *Code civil*-а предвиђа да сваки уговор мора имати “*un objet certain*”. Предмет уговора, у смислу овог члана и у смислу члана 1129. је на пример, контраизвршење за извршење услуге, изнајмљивање стана и сл. Члан 1591. *Code civil* иде даље од овог и предвиђа да се код уговора о продаји цена мора одредити и назначити од стране уговорних страна. *Code civil* је у овом смислу несумњиво под утицајем римског *certum pretium* захтева¹³⁶⁾. С друге стране, члан 6:104 Начела предвиђа да ће се сматрати да су уговорне стране уговориле разумну цену уколико уговором није предвиђена цена или начин за њено одређивање. Када цену треба да одреди једна страна, и то учини на изузетно неразуман начин, одредиће се разумна цена¹³⁷⁾. Начела, дакле, у основи прате либерални режим установљен у § 315 НГЗ¹³⁸⁾, који је базиран на пандектистичкој доктрини¹³⁹⁾. У међувремену, *Assemblée plénière* Касационог суда је учинила спектакуларни обрт и више не сматра да је неодређеност цене препрека за пуноважност уговора¹⁴⁰⁾. Ипак, овај нови приступ (који је сличан правилима садржаним у Начелима)¹⁴¹⁾ још увек се не односи на уговоре о продаји који су и даље подложни строгом режиму члана 1591. *Code civil*-а.

-
133. Joachim Emmert, *Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten*, 2001, стр. 247; Christian Reiter, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, 2002, стр. 36.
 134. Више о томе видети: Reinhard Zimmermann, "Modernizing the German Law of Obligations?", у Peter Birks, Arianna Pretto (уредници), *Themes in Comparative Law in Honour of Bernard Rutherford*, 2002, стр. 265.
 135. Члан 6:111 Начела.
 136. Видети: *Law of Obligations* (фуснота 48), стр. 253.
 137. Члан 6:105 Начела.
 138. Истовремено, Начела иду даље од члана 55. бечке конвенције. О контроверзама које су претходиле усвајању овог правила, и на очигледној контрадикторности између чланова 55. и 14. Бечке конвенције, видети: Günter Hager, у Peter Schlechtriem (уредник), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, 3rd ed., 2000, nn. 1; Peter Schlechtriem, у истом коментару, nn. 8; такође Kötz (фуснота 4), стр. 18.
 139. Hans-Joachim Winter, *Die Bestimmung der Leistung durch den Vertragspartner oder Dritte (§§ 315 bis 319 BGB) unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und Lehre des 19. Jahrhunderts*, Dr. iur. thesis, Frankfurt/Main, 1979.
 140. Видети: Kötz (фуснота 4), стр. 50; Claude Witz, Gerhard Wolter, "Das Ende der Problematik des unbestimmten Preises in Frankreich", (1996) 4 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 648; Fages, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 521.
 141. Fages, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 523.

д) Уговорна казна

Уговорна казна се одувек сматрала дозвољеном у цивилистичкој правној традицији¹⁴²⁾. Оно што је било спорно дуго времена јесте да ли се претерано високе суме које су уговорене као уговорна казна могу сматрати пуноважним. *Code civil* оставља одлуку о износу уговорне казне самим уговорним странама¹⁴³⁾. Немачки грађански законик, с друге стране, прихвата право суда да смањи ову суму на разуман износ¹⁴⁴⁾. Одлучујући импулс ка признању овакве модификације уговорне одредбе дали су средњевековни канонски правници¹⁴⁵⁾. Ово схватање је, независно од немачког права, прихваћено и у одредбама грчког, италијанског и холандског законика,¹⁴⁶⁾ а нашло је свој израз и у члану 9:509 Начела. Чак је и француски законик ревидиран 1975., тако да омогућава судско смањење прекомерних уговорних казни¹⁴⁷⁾.

ђ) Компензација

До компензације, према члану 1290. *Code civil*-а долази *ipso iure*: чим су две облигације такве да се могу пребити, обе се сматрају испуњеним “de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs”. Ово правило је базирано на два извора из *Corpus Juris Civilis*¹⁴⁸⁾. НГЗ, напротив, захтева да компензација буде у виду вансудске, неформалне и једностране изјава другој страни¹⁴⁹⁾. Аутори немачког законика, у овом смислу, ослањају се на Јустинијанов законик, којим је било предвиђено да се компензација посебно мора истаћи од стране туженог током судског поступка¹⁵⁰⁾. Изнад свега, међутим, они су засновали своју одлуку на судској практици врховних судова у Немачкој током друге половине 19. века, где је чак и вансудска изјава намере да се два потраживања преиђу имала дејство испуњења ових захтева¹⁵¹⁾. Немачки модел компензације је касније прихваћен у многим европ-

142. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 95.

143. Видети: Ralf-Peter Sossna, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen*, 1993, стр. 144. *Contra*: § 1336 II АГЗ.

144. § 343 НГЗ.

145. Sossna (фуснота 142), стр. 64. О контроверзама везаним за усвајање овог “аномалијског” права у НГЗ видети Sossna (фуснота 142), стр. 165.

146. Члан 409 *Astikos Kodikas*; Члан 1384 *Codice civile*; Члан 6:94 ХГЗ. За упоредно истраживање видети: G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, 1988, стр. 223; и Harriet Schelhaas, "The judicial power to reduce a penalty", (2004) 12 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*.

147. Члан 1152 II *Code civil*.

148. Inst. IV, 6, 30; C. 4, 31, 14 pr.; о Јустинијановом закону видети: Pascal Pichonnaz, *La compensation: Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, 2001, стр. 260.; о развоју у Француској видети: Pichonnaz, стр. 386.

149. § 388 НГЗ.

150. С. 4, 31, 14, 1 (“Ita tamen compensationes obici iubemus ...”; “... opponi compensationem”).

151. О развоју у Немачкој видети: Reinhard Zimmermann, у Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (уредници), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. II, у припреми за 2005, §§ 387-396, nn. 12.

ским земљама. Може се наћи у аустријском праву (упркос чињенице да § 1438 АГЗ ствара привид да прихвата *ipso iure* дејство компензације)¹⁵²⁾, као и у грчком и холандском грађанском законику¹⁵³⁾. Такође је широко прихваћен и у италијанском праву¹⁵⁴⁾. Француски судови и правна теорија нашли су да је примена режима из члана 1290. *Code civil* непрактична. Пратећи правила установљена од пандектиста они су ефикасно признали значај воље једне од уговорних страна да се узајамно угасе облигације¹⁵⁵⁾. Као резултат, с правом се може рећи да је дошло до “convergence avancée”¹⁵⁶⁾ која се осликова у одредби члана 13:104 Начела.

e) Други примери

У свим наведеним примерима тачка спајања била је дефинисана развојем права који је обликовао нове кодификације по моделу старог европског *ius commune*. Списак оваквих примера могао би се лако допунити. Тако, на пример, Начела изричito одбијају доктрину каузе романističke правне фамилије¹⁵⁷⁾. Право на раскид уговора због неиспуњења остварује се, као и у немачком праву, простом изјавом упућеној другој страни¹⁵⁸⁾. Француско право, с друге стране, традиционално захтева судски поступак како би се раскиду дало правно дејство¹⁵⁹⁾. Изненађујуће је, међутим, да је Касациони суд недавно признао могућност вансудског раскида уговора¹⁶⁰⁾. Насупрот француском праву, а налик § 254 НГЗ, груба непажња и пропуст да се смањи претрпљена штета се третирају на сличан начин¹⁶¹⁾. Накнада штете по основу *culpa in contrahendo*, у складу са члановима 2:301 и 2:302 Начела, сматра се као питање уговорног а не одштетног права. Испуњење услова не делује (као у француском праву) ретроактивно, већ има дејство за убудуће (као у немачком праву)¹⁶²⁾. У овом последњем случају ни једно ни друго решење нема значајни историјски легитимитет¹⁶³⁾. У корист немачког решења могу се употребити:

152. Видети Peter Rummel, у *idem* (уредник), *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. II, 2nd ed., 1992, § 1438, nn. 11; Silvia Dullinger, *Handbuch der Aufrechnung*, 1995, стр. 96.
153. Члан 441 *Astikos Kodikas*; Чланови. 6:127 (1), 6:129 ХГЗ.
154. Упркос члану 1242 *Codice civile* видети: Giorgio Cian, "Hundert Jahre BGB aus italienischer Sicht", (1998) 6 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 220.
155. Pichonnaz (фуснота 147), стр. 505; HKK/Zimmermann (фуснота 150), §§ 387-396, n. 21.
156. Pichonnaz (фуснота 147), стр. 601.
157. Видети члан 2:101 (1) ("... without any further requirement"); Lando/Beale (фуснота 18), стр. 140.
158. Члан 9:303 (1) Начела.
159. Члан 1184 *Code civil*; видети: Treitel (фуснота 145), стр. 323.
160. Видети: Fages, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 523.
161. Члан 9:504 Начела, за упоредно истраживање видети: Treitel (фуснота 145), стр. 179; Lando/Beale (фуснота 18), стр. 447.
162. Члан 16:103 Начела; за француско право видети члан 1179 *Code civil*, за немачко право видети § 158 НГЗ.
163. Law of Obligations (фуснота 48), стр.726.

бити речи Бернхарда Виншејда: ретроактивност је чудна правна конструкција која се мора избегавати што је више могуће¹⁶⁴⁾.

3) Развој права на међународном нивоу

Компензација, услови, уговорне казне, уговори у корист трећег лица, одређење цене: све доктрине о којима је писано у претходним деловима овог рада, припадају традиционалним темама старог *ius commune*. Начела европског уговорног права, у свим овим случајевима, прихватају ове вишевековне тенденције развоја у савремено европско право и надограђују историјско искуство европског приватног права. Постоје међутим и друге области права где ниједна од кодификација директно конципирана на традиционалној цивилистичкој доктрини не садржи задовољавајући скуп правила. Овде морамо гледати у модерније развоје који упркос далекосежној национализацији приватног права и доктрине приватног права још увек често следе заједнички модел. Упоредноправна анализа ових модела развоја пружа основу за стварање модерног униформног режима који се још увек може описати као интелектуални покушај да се продре, оригинално прилагоди, оживи и осавремени наслеђени правни материјал¹⁶⁵⁾. Једна од ових области јесте област преклузије. У старим кодификацијима (Француска, Аустрија, Немачка) налазимо ошти рок преклузије од 30 дана који се развио из старог *iis comitiae*, али и збуњујућу разноврсност краћих рокова за многе специјалне ситуације¹⁶⁶⁾. Овакав режим се навелико сматра неприхватљивим: он је некохерентан, непотребно комплексан, застарео, неизвестан, непоштен и неефикасан¹⁶⁷⁾. Тако је, на пример, у Немачкој преклузија једно од централних питања модернизације облигационог права. Ако погледамо развој правне регулативе преклузије у новим законима и наприма закона у европским земљама, као и широм света, наиђићемо на три доминантна тренда која су у складу са оштим начелима облигационог права¹⁶⁸⁾. Пре свега, постоји јасна тенденција ка краћим преклузивним роковима. Даље, постоји једнако јасан развој ка једнообразности. И, треће, тесно повезано са оштим трендом ка краћим преклузивним роковима, све се више подржава идеја да преклузив-

164. Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, vol. II, 7th ed., 1891, § 349, стр. 4.

165. Friedrich Carl von Savigny, "Ueber den Zweck dieser Zeitschrift", (1815) 1 *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* стр. 6.

166. За Немачку видети: Reinhard Zimmermann, "Extinctive Prescription in German Law", у Erik Jayme (уредник), *German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law in Athens 1994*, 1994, стр. 153.; за друге извештаје по земљама видети. Ewoud H. Hondius (уредник), *Extinctive Prescription: On the Limitation of Actions*, 1995.

167. Ове речи су коришћене за Енглеску од стране правне комисије у свом раду за консултације бр. 151, под називом "Limitation of Actions", 1998, стр. 241. За Француску видети: Alain Bénabent, "Le chaos du droit de la prescription extinctive", у *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, 1996, стр. 123; за Немачку видети: Frank Peters, Reinhard Zimmermann, "Verjährungsfristen", у *Bundesminister der Justiz* (уредник), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, vol. I, 1981, стр. 186.

168. Више о томе видети: Zimmermann, *Comparative Foundations* (фуснота 25), стр. 76.

ни рок не сме тећи осим ако је поверилац знао (или морао знати) за његово потраживање. Четврта карактеристика модерног режима преклузије произилази из последњег: максимални рок након којег се тужба више не може поднети, независно од сазнања повериоца, неопходна је контратежа начелу спознаје. Модел исцртан по контурама ових правила представља базу регулативе садржане у поглављу 14. Начела и то на конзистентнији начин него у НГЗ након модернизације облигационог права,¹⁶⁹⁾ где још увек можемо наћи, примера ради, посебан режим за тужбе за накнаду штете по основу продавчеве одговорности за скривене мање¹⁷⁰⁾.

4) Једнообразно право

a) Бечка конвенција и европска правна традиција

Најзначајнији документ за међународни развој централног дела облигационог права јесте Конвенција Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција), која је досад ратификована од стране 12 од 15 земаља чланица Европске уније¹⁷¹⁾. То значи да је међународна продаја између привредних субјеката регулисана на исти начин у већем делу Европске уније. Додатно, Бечка конвенција је извршила значајан утицај на Директиву о продаји потрошачима¹⁷²⁾ и одиграла значајну улогу у реформи националних права када је реч о уговору о продаји и повреди уговора¹⁷³⁾. Очигледно је да су аутори Начела у свом раду били вођени инструментом који не само да је данас од изузетног значаја, већ се може сматрати и савременим оличењем европске правне традиције. Ова Кон-

169. За упоредно истраживање видети: Reinhard Zimmerman, "Das neue deutsche Verjährungsrecht – ein Vorbild für Europa?", у Ingo Koller, Herbert Roth, Reinhard Zimmerman, *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002*, 2002, стр. 9.

170. За критику видети: Detlef Leenen, "Die Neuregelung der Verjährung", 2001 *Juristenzeitung* стр. 552; Reinhard Zimmerman, Detlef Leenen, Heinz-Peter Mansel, Wolfgang Ernst, "Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes", 2001 *Juristenzeitung* стр. 688. Ово питање је на задовољавајућ начин решено у новом аустријском праву: §§ 932 АГЗ; видети Rudolf Welser, Brigitte Jud, *Die neue Gewährleistung, Kurzkommentar*, 2001.

171. Видети списак ратификација у: Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6), стр. 239.

172. Видети: Grundmann, у Bianca/Grundmann (фуснота 46), Introduction, nn. 1; Ulrich Magnus, "Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht", у Stefan Grundmann, Dieter Medicus, Walter Rolland (уредници), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung der deutschen Schuldrechts*, 2000, стр. 49; *idem*, "The CISG's Impact on European Legislation", у: Franco Ferrari (уредник), *The 1980 Uniform Sales Law: Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences*, 2003, стр. 129.

173. За Немачку видети: Bundesminister der Justiz (уредник), *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, стр. 19; Peter Schlechtriem, "Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland", (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 217; *idem*, "10 Jahre CISG – Der Einfluss des UN-Kaufrechts auf die Entwicklung des deutschen und des internationalen Schuldrechts", (2001) 1 *Internationales Handelsrecht* стр. 12.; Schlechtriem, у Schlechtriem (фуснота 137), Einleitung, sub III. 4.

венција је конципирана на Хашким једнообразним законима о међународној продаји робе и закључењу уговора о међународној продаји робе. Покретачка сила иза ових једнообразних закона био је Ернст Рабел, аутор који је увек наглашавао виталну везу између прошлости и садашњости, који је константно гледао у правну историју с циљем разумевања модерног права¹⁷⁴⁾ и који је написао књигу о праву продаје робе која се још увек сматра моделом за модерне монографије, која је истовремено и историјска и упоредноправна¹⁷⁵⁾. С овом монографијом Рабел је установио темеље за хармонизацију права модерне продаје (и имплицитно централне области општег дела уговорног права).

б) Повреда уговора

Чак 52 од 132 члана садржаних у прва два дела Начела европског уговорног права имали су за узор одредбе Бечке конвенције. Веома често, међутим, дошло је до промене у формулатијама или мањих измена¹⁷⁶⁾. Очигледно, повреда уговора и закључење уговора су две области где је најизраженији утицај Бечке конвенције. Право које регулише повреду уговора, подељено је у оба текста у односу на природу правних средстава које повређеној страни стоје на располагању, а не у односу на различите врсте повреда. Раскид уговора¹⁷⁷⁾ и накнада штете¹⁷⁸⁾, концепт битне повреде уговора¹⁷⁹⁾, ослобођење одговорности за околности изван дужникова контроле¹⁸⁰⁾ и антиципаторне повреде уговора¹⁸¹⁾, су есенцијални структурни елементи које Начела преузимају од Бечке конвенције. Извршење уговора је правно средство које се показало као проблем у раду на Бечкој конвенцији и пред којим је она капитулирала.¹⁸²⁾ Начела су покушала да нађу компромисно решење које би премостило разлике између *common law* и *civil law* приступа¹⁸³⁾. Начела, за разлику од Бечке конвенције,¹⁸⁴⁾ садрже унiformно решење за право да се суспендује извршење у духу правила *exceptio non adimpteti contractus*¹⁸⁵⁾. Правила о

174. Reinhard Zimmermann, ““In der Schule von Ludwig Mitteis”: Ernst Rabels rechtshistorische Ursprünge”, (2001) 65 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 1.

175. Gerhard Kegel, у Gerd Kleinheyer, Jan Schröder (уредници), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4th ed., 1996, стр. 504.

176. Погледати табелу у Harry M. Flechtner, "The CISG's Impact on International Unification Efforts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law", у Ferrari (фуснота 171), стр. 169.

177. Члан 9:301 Начела.

178. Члан 9:501 Начела.

179. Члан 8:103 Начела.

180. Члан 8:108 Начела.

181. Члан 9:304 Начела.

182. Видети члан 28 Бечке конвенције и коментар Ulrich Huber, у Schlechtriem (n. 137), nn. 1.

183. Члан 9:102 Начела.

184. Видети: Christoph Kern, "Ein einheitliches Zurückbehaltungsrecht im UN-Kaufrecht?", (2000) 8 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 837.

185. Члан 9:201 Начела. О *exceptio non adimpteti contractus*, видети: Wolfgang Ernst, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages*, 2000.

повраћају у пређашње стање након раскида уговора одступају од незадовољавајућег модела усвојеног у Бечкој конвенцији¹⁸⁶⁾ (мада се, у овом случају, испоставило да је решење у Начелима још мање задовољавајуће)¹⁸⁷⁾. Право купца да захтева смањење цене је претворено у опште правно средство које проширује поље примене члана 50. Бечке конвенције¹⁸⁸⁾.

в) Закључење уговора

Што се механизма закључења уговора тиче, ова два документа већим делом кореспондирају један другом (у погледу услова за правно дејство понуде, опозива понуде, услова за прихват, измене уговора, закаснелог прихвата, повлачења прихвата)¹⁸⁹⁾. Очигледно је да су аутори Начела пратили модел установљен Бечком конвенцијом. Међутим, тако поступајући они су унели и извесне модификације и регулисали одређена спорна питања која се јављају приликом примене Бечке конвенције. Један такав проблем, који је од великог практичног значаја, тиче се питања да ли одређивање рока за прихват чини понуду неопозивом. Компромисно решење усвојено у члану 16(2) Бечке конвенције може се тумачити на различит начин од стране уговорних страна уколико је једна, примера ради из Енглеске, где су понуде увек опозиве, а друга из Немачке, где је понудилац по природи ствари везан својом понудом¹⁹⁰⁾. Члан 2:202 Начела предвиђа да опозив понуде неће имати дејство уколико је у понуди одређен рок за прихват. Ово правило усваја континентално схватање: одређивање рока за прихват у понуди, увек чини понуду неопозивом.

ѣ) Друге међународне конвенције

Друга међународна конвенција која је значајно утицала на садржај 11. поглавља Начела јесте Конвеција УН о асигнацији потраживања у међународној трговини из 2001. године¹⁹¹⁾. И ова Конвенција и Начела стреме олакшавању асигна-

186. Члан 81 Бечке конвенције; за критику видети: Ulrich Magnus, *y Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener UN-Kaufrecht, Neubearbeitung 1999*, n. 4; Markus Krebs, *Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht*, 2000, стр. 91.; Hans G. Leser, Rainer Hornung, *y Schlechtriem* (фуснота 137), nn. 16. и п. 27a.

187. *Supra*.

188. Члан 9:401 Начела. Начела, у овом смислу, рефлектују међународну тенденцију. Видети: Andrea Sandrock, *Vertragswidrigkeit der Sachleistung*, 2003, стр. 209. Ново немачко облигационо право није учинило ово правно средство општим упркос настојању да споји сва купчева правна средства заштите, коликог год је то могуће, са општим делом о повреди уговора.

189. За детаље видети: Eva Luig, *Der internationale Vertragsschluss*, 2002, стр. 33.

190. Schlechtriem, *y Schlechtriem* (фуснота 137), п. 10; E. Luig (фуснота 188), стр. 121.

191. Објављено у Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6) стр. 333. За коментар видети: Spiros V. Bazinas, "Der Beitrag von Uncitral zur Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften über Forderungsabtretungen: Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Abtretungen von Forderungen im internationalen Handel", (2002) 10 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 782.

ције потраживања која чине изузетно битна средства размене. Истовремено, они морају да обезбеде да дужникова права не буду угрожена овим послом¹⁹²⁾. Средства која оба документа користе с циљем постизања ових циљева идентична су у више аспекта. Око неколико питања, међутим, Начела садрже боље решење, као са аспекта интелектуалне конзистентности тако и са аспекта практичности¹⁹³⁾. Конвенција УН о застарелости потраживања у међународној продаји робе¹⁹⁴⁾, с друге стране, само је делимично коришћена с обзиром да се односи на само једну врсту потраживања те да не представља одговарајући модел за општи режим застарелости.

5) "Прогресивни развој"

Очигледно је да су аутори Начела критички анализирали међународне конвенције и покушали да продуктивно развију идеје садржане у овим инструментима. Сличан критички приступ био је усвојен и у другим областима права где још увек немамо у потпуности међународне (или европске) текстове који омогућују корисну почетну тачку за критички осврт. Често су Начела усвојила неконвенционална решења која чак и не представљају већински став међу европским правним системима, а још мање њихово заједничко језгро. Чак и у овим случајевима, међутим, можемо указивати на "прогресиван развој",¹⁹⁵⁾ у оквирима интелектуалног оквира установљеног од стране старог *ius commune*. Два примера ће то најбоље илустровати.

a) Још једном: компензација

Свуде у Европи, изузев у Скандинавији, Ирској и Великој Британији, (тј. у свим земљама где је у овом смислу прихваћено Римско право) компензација функционише на један од два начина: или обе облигације престају *ipso iure* "од дана њихове коегзистенције", или право на компензацију мора да се оствари обавештењем друге стране. У том случају, сматра се да су облигације престале да постоје у моменту када су као подобне за компензацију први пут супротстављене једна другој¹⁹⁶⁾. Ово друго решење је, као што је већ поменуто, модерније и боље из више разлога. Међутим, оно пати од озбиљног доктринарног пропуста: ретроактивности. Ретроактивност је представљала покушај немачке правне доктрине 19. века да се помире две сукобљене групе римских извора од којих је једна била за компензацију *ipso iure*, а друга за истицање приговора компензације. Временом, институт рестроактивности је чврсто установљен у преовлађујућој правној идео-

192. О оба питања видети: Horst Eidenmüller, "Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung", (2004) 204 *Archiv für die civilistische Praxis*.

193. За детаљну анализу видети: Eidenmüller, (2004) 204 *Archiv für die civilistische Praxis*.

194. Лако доступно у Radley-Gardner/Beale/Zimmermann/Schulze (фуснота 6) стр. 269.

195. Lando/Beale (фуснота 18), xxiv.

196. О развоју доктрине о ретроактивности видети: HKK/Zimmermann (фуснота 150), §§ 387-396, nn. 14 и 23.

логији као суштинска карактеристика приговора компензације¹⁹⁷⁾. Ипак, овај институт је базиран на вишевековном неспоразуму¹⁹⁸⁾. Фраза *ipso iure* је класичног порекла- коришћена је од стране римских правника у посебном контексту банкарске *agere cum compensatione*¹⁹⁹⁾. Али ова фраза је требало само да укаже да се ова врста компензације разликује од оне коју налаже судија. Сам банкар, био је проморан да употребом ове формуле од стране претора смањи потраживање за износ потраживања друге стране. Тужилац је дакле био принуђен *ipso iure*, тј. снагом закона, да предузме компензацију. Вероватно је и Јустинијан још увек приписивао *ex nunc* дејство компензацији²⁰⁰⁾. Одлучујућа промена наступила је са гласаторима који су поновним тумачењем компензације *ipso iure* дошли до закључка да је реч о облику компензације који наступа аутоматски, *sine facto hominis*. Овај неспоразум још увек баца сенку на (као што би се рекло у 19 веку) "конструкцију" компензације: у Француској и свим земљама на које је француско право извршило утицај, или такође и у Немачкој²⁰¹⁾ и земљама које прате немачко право²⁰²⁾. Из извора које су сакупили и приредили Јакобс и Шуберт сазнајемо да је током рада на НГЗ Бернард Виншејд предложио да се компензацији призна само дејство за убудуће²⁰³⁾ и то је учинио упркос чињеници да је као пандектиста претходно учинио интелектуално најамбициознији покушај да објасни тензију између компензације *ipso iure* и компензација по захтеву стране²⁰⁴⁾.

б) Једнострана изјава воље

Други пример можемо извући из члана 2:107 Начела у којем изричito стоји: "Једнострана изјава воље дата с намером да обавезује и без прихвате је обавезујућа".²⁰⁵⁾ Ово је изненађујуће решење с обзиром, да велика већина европских правних система традиционално прати Хуга Гроцијуса захтевајући прихват пре него што се обећање може сматрати правно обавезујућим²⁰⁶⁾. Једино у изузетним

197. Видети: Zimmerman, *Comparative Foundations* (фуснота 25), стр. 39.

198. Видети: Pichonnaz (фуснота 147), стр. 9, 127 и 295; HKK/Zimmermann (фуснота 150), §§ 387-396, nn. 5.

199. Paul. D. 16, 2, 21; C. 4, 31, 4 (Alex.).

200. Pichonnaz (фуснота 147), стр. 260.

201. § 389 НГЗ.

202. Као што је то недавно учинило холандско право: члан 6:129 ХГЗ.

203. HKK/Zimmermann (фуснота 150), §§ 387-396, п. 24. У другој комисији, Gottlieb Planck је поново поставио ово питање; и он је предложио *ex nunc* дејство компензације, видети: HKK/Zimmermann (фуснота 150) §§ 387-396, п. 25.

204. Bernhard Windscheid, Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9th ed., 1906, § 349.

205. За системску и упоредну анализу ове одредбе видети: Zimmerman, *Festschrift Heldrich* (фуснота 118).

206. Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amsterdami, 1631, Lib. II, Cap. XI, § 14. Гроцијева доктрина је била заснована на Leonardus Lessius, *De iustitia et iure* (see Gordley (n. 48), 80 f.); захваљујући Платеју нашла је своје место у Француској и Енглеској: за Француску видети: Murad Ferid, Hans Jürgen Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht*, 2nd ed., 1994, vol. I/1, 1 F 63; за Енглеску, видети Simpson, (1975) 91 LQR 259.

случајевима усвајано је другачије мишљење. НГЗ, на пример, садржи посебну одредбу којом се, јавним обећањем “награде за извршење радње, нарочито за постизање резултата”, признаје дејство једнострanoј изјави воље независно од приhvата²⁰⁷⁾. Ова одредба је познатија као *Auslobung*. Законик, у овом смислу, прихвата становиште предложеног од стране великог броја пандектиста²⁰⁸⁾, становиште за које постоје тек трагови у римским изворима²⁰⁹⁾. На генералном нивоу, Гроцијусово схватање није прихваћено од стране најутицајнијег институтционалног аутора у Шкотској - Висконта Стера, који сматра да је за дејство једнострane изјаве воље неопходно да она буде прихваћена²¹⁰⁾. Овакво схватање се очигледно темељи на канонском праву²¹¹⁾. Доктрина једнострane изјаве воље, као што Стер образлаже, преживела је и остала део шкотског права²¹²⁾. И заиста, може се поставити питање зашто би ослобађању од обавезе, примера ради, било признато дејство само ако се дужник са тим сложи. Искуство из немачке праксе указује да се судови често суочавају са великим проблемима када покушавају да утврде да ли је понуда, од стране повериоца, за закључење уговора о оправству дуга прихваћена од стране дужника²¹³⁾. Изненађујуће је да је очигледна илустрација из члана 2:107 Начела изостављена из коментара овог правила.

в) Недозвољен утицај у цивилистичком стилу

Члан 2:107 Начела није једини пример за један други интересантан феномен: поновну појаву одређених решења, односно средстава, усвојених у старом *ius commune* која су касније потиснута. Члан 4:109 Начела може се споменути у овом контексту. Овај члан даје једно уговорној страни право раскида уговора уколико је, у

207. § 657 НГЗ. За порекло ове одредбе видети: Fanz Philipp von Kübel, "Das einseitige Versprechen als Grund der Verpflichtung zur Erfüllung", у Werner Schubert (уредник), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 3*, 1980, стр. 1171; idem, "Einseitiges Versprechen", у Werner Schubert (уредник), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1*, 1980, стр. 475. за упоредни преглед видети: Reinhard Zimmermann, Phillip Hellwege, "Belohnungsversprechen: "pollicitatio", "promise" oder "offer"?": Schottisches Recht vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklungen", (1998) 39 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* стр. 137; James Gordley, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, 2001, стр. 300.

208. Heinrich Dernburg, *Pandekten*, 6th ed., 1900, vol. II, § 9; J. Baron, *Pandekten*, 4th ed., 1882, § 211.

209. Law of Obligations (фуснота 48), стр. 496.

210. Sir James Dalrymple, Viscount of Stair, *Institutions of the Law of Scotland* (уредник: David M. Walker), 1981, Book I, Title 10, §§ 3.

211. W.D.H. Sellar, "Promise", у Kenneth Reid, Reinhard Zimmermann (уредници), *A History of Private Law in Scotland*, 2000, vol. II, стр. 252.

212. Zimmermann/Hellwege, (1998) 39 *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* стр. 133; Sellar (фуснота 211), стр. 267 и 277; Martin Hogg, *Obligations*, 2003, стр. 36.

213. За детаљну анализу видети: Jens Kleinschmidt, *Der Verzicht im Schuldrecht: Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht*, 2004.

време закључења уговора, била зависна од друге стране или са њом била у односу поверења, а друга страна искористила ситуацију прве на изузетно неправичан начин, или из тога извукла прекомерну корист. Ова одредба, која одговара компартивно ужој доктрини “претње” тј. *duress* (Енглеска) или сила и страх (Шкотска)²¹⁴⁾ – је очигледно инспирисана енглеским концептом “недозвољеног утицаја” (енгл. *undue influence*)²¹⁵⁾. Уговор о јемству закључен од стране блиских чланова породице главног дужника, и одговарајућа судска пракса, су демонстрирали потребу за установљењем сличног правила и у континенталним правним системима. У Немачкој, на пример, морала се употребљавати општа *boni mores*-одредба из § 138 I НГЗ да би се постигли задовољавајући резултати²¹⁶⁾. Старо *ius commune* је развило, на основу индивидуалних тачака разилажења од римских извора, институт *metus reverentialis*²¹⁷⁾. Тако, према Акурзијановој гласи, удата жена која прода или оптерети предмет који је у њеном власништву у страху или из оданости може опозвати такав посао. Исто важи и за члана клера који “*metu et reverentia episcopi*” опозове своју стипендију²¹⁸⁾. Ово је правило и за оне ситуације где изостане претња физичког напада. Нарочито интересантан пример недозвољеног утицаја је забележио Матеус де Афликтис, иако вазано за једну другу врсту правног посла. Муж је тајно ушао у собу где је његова умирућа жена сачињавала свој тестамент. Прислонио је своју главу на њену (“*posuit faciem super faciem Catherineae*”) и наговарио је да остави своју непокретну имовину њему. Овај тестамент “*metu reverentiали marito factum concurrentibus importunis precibus in damnum alterius*” је накнадно поништен²¹⁹⁾. Преко Потијеа ове идеје су прихваћене у Енглеској. Доктрина недозвољеног утицаја, зауврат, развила се у Енглеској од стране *Chancery* суда и накнадно поново уведена преко шкотских и јужноафричких судова у цивилистичко правно окружење²²⁰⁾.

214. Члан 4:108 Начела.

215. Видети: Treitel, *The Law of Contract* (фуснота 62), стр. 378; Royal Bank of Scotland v. Etridge (No 2), [2002] 2 AC 773.

216. Mathias Habersack, Reinhard Zimmermann, "Legal Change in a Codified System: Recent Developments in German Suretyship Law", (1999) 3 *Edinburgh Law Review* 1cīup. 272; Astrid Stadler, у Jauernig (n. 74), § 765, n. 4.

217. Pap. D. 29, 6, 3; Ulp. D. 44, 5, 1, 6; Ulp. D. 50, 17, 4; C. 2, 19 (20), 11. За детаљну анализу видети: Jacques du Plessis, Reinhard Zimmermann, "The Relevance of Reverence: Undue Influence Civilian Style", (2003) 10 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* стр. 345.

218. *Digestorum novum, seu pandectarum iuris civilis, tomus tertius*, Geneva, 1625 (col. 879).

219. Matthaeus de Afflictis, *Decisionum sacri regni neapolitani consilii*, Francofurti, 1600, Dec. LXIX; cf. also Iacobus Menochius, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indicis commentaria*, Lugduni, 1608, Li. IV, Praes. XII, nn. 8.

220. Видети: Joseph Story, *Commentaries on Equity Jurisprudence*, 3rd ed. (уредник A.E. Randall), 1920, §§ 234.; Gerhard Lubbe, "Voidable Contracts", у Reinhard Zimmermann, Daniel Visser (ype-дници), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, 1996, стр. 296; Du Plessis/Zimmermann, (2003) 10 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* стр. 366.

6) Особености поједињих правних система

Очигледно је да су аутори Начела учинили велики напор да избегну утицај правних правила и доктрина које су установљене у поједињим правним системима из разумљивих историјских или системских разлога, али које истовремено, компаративно посматрано, представљају такве особености ових правних система које се тешко могу дефинисати изван њиховог традиционалног хабитата због чега представљају неодговарајући модел за европску правну хармонизацију. Доктрина каузе и традиционални *pretium certum* захтев француског права спада у ову категорију, као и доктрина противнакнаде (*consideration*) или ништавости, у принципу, уговорних казнених одредаба у енглеском праву. Што се Немачке тиче, расцепкани метод регулативе повреде уговора није се показао прихватљивим на међународном нивоу, као ни разликовање различитих врста штете (као што је предвиђено у § 280 НГЗ) и са централним фокусом на извршење уговора²²¹⁾.

Ипак, с времена на време Ландо комисија није била у потпуности успешна у избегавању доктринарних специфичности које произилазе из поједињих правних система. Укључивање “заједничких обавеза” као треће врсте облигационих односа са више дужника (поред солидарних и недељивих облигација) у 10. поглављу Начела представља један такав пример.²²²⁾ Схватање заједничких обавеза, непознато већини правних система, очигледно води порекло из немачке правне доктрине²²³⁾. Односи се на случајеве где је сваки од дужника у обавези да сарађује са другима како би обезбедили заједничко испуњење обавезе. Ово правило се, примера ради, примењује на чланове симфонијског оркестра, или на групу уметника. Претма мишљењу аутора Начела, основна оригиналност 10. поглавља лежи у директном признавању ове врсте облигација²²⁴⁾. Широка дефиниција заједничких обавеза која се налази у члану 10:101(3) Начела, међутим, носи са собом опасност да ће је правници из различитих правних система на различит начин тумачити²²⁵⁾. Тако, француски правник ће бити на искушењу да мисли на *indivisibilité*²²⁶⁾, енглески правник ће мислити на заједничку одговорност²²⁷⁾. Штавише, може се тврдити да овде није реч о проблему од практичног занчаја. Тако аутори НГЗ ово питање намерно остављају нерегулисаним²²⁸⁾.

221. Више о томе видети: Reinhard Zimmermann, "Remedies for Non-Performance: The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law", (2003) 6 *Edinburgh Law Review* стр. 286.

222. Чланови 10:101 (3) и 10:104 Начела.

223. Walter Selb, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldndern*, 1984, стр. 189 ; Dieter Medicus, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 14th ed., 2003, стр. 398. Видети: Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20) стр. 62: "Немачко право је једини правни систем који познаје заједничке обавезе".

224. Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (фуснота 20) стр. 62.

225. Ово је истакла Sonja Meier, у Mathias Schmoekel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (урдници), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. II, у припреми за 2005, §§ 420-432.

226. Члан 1217 *Code civil*.

227. A.S. Burrows, у Chitty on Contracts, 28th ed., vol. I, 1999, Chapter 18.

V. Начела и реевропеизација приватног права

1) Циљеви и перспективе развоја

Покушао сам да покажем да се Начела европског уговорног права могу сматрати производом дуге традиције и савременом манифестацијом духа европског уговорног права. Какав су допринос она, заузврат успела да дају европеизацији уговорног права? Сами аутори Начела спомињу одређен број циљева које су имали на уму током рада на Начелима²²⁹⁾. Они су желели да олакшају прекограницну трговину у оквиру Европе тако што ће уговорним странама омогућити скуп неутралних правила, независних од специфичности било ког националног правног система, коме могу подвргнути свој правни посао. Додатно, аутори Начела сматрали су свој посао модерном формулатијом *lex mercatoria* којом се могу користити, на пример, арбитри који имају да реше случај према “међународно прихваћеним правним правилима”.²³⁰⁾ Ово су веома практични циљеви. Али аутори Начела виде овај документ и из мање практичног, а више дугорочног угла. Схваћено на овај начин, Начела омогућавају концептуалну и систематичну инфраструктуру за законодавство Заједнице из области уговорног права и која се истовремено може сматрати првим кораком ка Европском грађанском законику²³¹⁾.

2) Начела и развој националних правних система

По мом мишљењу, један други аспект је од централног значаја: Начела као извор инспирације за национално законодавство, судове и правну доктрину²³²⁾. У додгледној будућности ми ћемо и даље бити суочени са коегзистенцијом неколико националних правних система приватног права у Европи. Доста тога би, међутим, било постигнуто када би ови могли да се постепено или органски асимилују. Начела европског уговорног права могу играти кључну улогу у овом процесу.

a) Законодавство

Дизинтеграција старог *ius commune* водила је развоју нових дисциплина упоредног права. Изворно, међутим, пажња је искључиво поклањана страном законодавству, које је проучавано с циљем унапређења квалитета сопственог законодавства. По свом пореклу, дакле, нова дисциплина је била дисциплина компаративног законодавства (*législation comparée*): “La comparaison des lois étrangères est une étude de législation bien plus encore que de jurisconsulte.”²³³⁾ Аутори нових закона, током 19. века, обично су проучавали начине на које је конкретан проблем решаван у зако-

228. Видети: HKK/Meier (фуснота 226) §§ 429-432.

229. Lando/Beale I and II (фуснота 19) xxi; Zimmermann, 1995 *Juristenzeitung* стр. 487.

230. Lando/Beale I and II (фуснота 19) xxi, xxiv.

231. Lando/Beale I and II (фуснота 19) xxii, xxiii.

232. Ово се наслућује из Lando/Beale I and II (n. 19) xxii, чак и ако је само за судове и законодавце и за решавање честих проблема за које већина националних права не предлаже решење.

нодавствима других земаља. Ово је најпре примењивано на нове бројне области права у развоју, а касније и на кодификације које регулишу класичне области приватног права.²³⁴⁾ Аутори НГЗ, на пример, су веома пажљиво проучавали француске и аустријске кодификације, као и бројне друге законе и нацрте закона у Немачкој и Швајцарској. Ова традиција је настављена и у 20. веку. Припрема новог Холандског грађанског законика представља одличан пример²³⁵⁾. Последњих година, једнообразно право продаје добило је изузетан значај као помиритељ националних правних реформи. Различити кораци на путу ка модернизацији установа повреде уговора и продаје у немачком праву били су у великој мери инспирисани најпре ULIS конвенцијом, а затим и Бечком конвенцијом. Начела европског уговорног права представљају модел закон који има потенцијал да добије слични значај. Једна од основних критика такозваног "Нацрта за дискусију" закона за модернизацију немачког облигационог права, објављеног септембра 2000. године, била је у пропуштању укључивања десет година правног развоја у Европи, као што је то учињено у Холандском грађанском законику, Начелима европског уговорног права и Начелима међународних трговинских уговора²³⁶⁾. Тако су тек у последњим фазама процеса реформе немачког облигационог права Начела узета у разматрање²³⁷⁾. Ипак, преклусија је била једина област права где су они успели да изврше значајан утицај. Немачка влада је изричito нагласила да је у великом делу усвојила модел предложен Начелима европског уговорног права²³⁸⁾.

б) Судови

Постојећи национални закони су интерпретирани, развијани и прилагођавани новим околностима од стране националних судова. Овај процес је често мењао националне системе приватног права подједнако значајно као и интервенција законодавца. Већ дуже време, сматра се да достигнућа упоредног права треба да играју

- 233. Видети: Helmut Coing, "Rechtsvergleichung als Grundlage von Gesetzgebung im 19. Jahrhundert", (1978) 7 *Ius Commune* стр. 160.; *idem*, *Europäisches Privatrecht*, vol. II, 1989, стр. 56; Zweigert/Kötz (фуснота 117), стр. 48; цитат је из Edouard-René Laboulaye, оснивача *Société de législation comparée*, првог удружења за упоредно право у Европи; видети Coing, *Europäisches Privatrecht II*, стр. 61 и Helmut Coing, Laboulaye, (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 519.
- 234. Видети: Bernd Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, 2004, стр. 63.
- 235. Ulrich Drobnig, "Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht", (1993) 1 *European Review of Private Law* стр. 174.
- 236. Barbara Dauner-Lieb, "Die geplante Schuldrechtsmodernisierung – Durchbruch oder Schnellschuss?", 2001 *Juristenzeitung* стр. 15; Ulrich Huber, "Das geplante Recht der Leistungsstörungen", у Ernst/Zimmermann (фуснота 1), стр. 108; Zimmermann, *Modernizing* (фуснота 133), стр. 284.
- 237. Huber (фуснота 238), стр. 31; Claus-Wilhelm Canaris, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", 2001 *Juristenzeitung* стр. 499.
- 238. "Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucksache 14/7052", лако доступно у Claus-Wilhelm Canaris (урдник), *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, 2002, стр. 1051 и "Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, BT-Drucksache 6857", у Canaris стр. 569. За компаративну анализу видети: Zimmermann, *Das neue deutsche Verjährungsrecht* (фуснота 168), стр. 9.

исту улогу у том контексту²³⁹⁾. Некадашњи председник немачког Федералног врховног суда, Валтер Одерски, је отишао чак даље заступајући, по његовом мишљењу, хармонизујући метод интерпретације: национални судија, током примене његовог националног права и доношења одлуке, може легитимно да води рачуна о томе да ли ће таква одлука допринети хармонизацији европског права. Са растућом европском интеграцијом овај аргумент добија све већу тежину²⁴⁰⁾. Истовремено, међутим, Одерски указује на проблеме у примени оваквог приступа²⁴¹⁾. Чак и судијама националних врховних судова практично је немогуће да заузму мишљење о конкретном питању које ће помирити решења правних система свих других земаља чланица ЕУ. Некад ће му у томе помоћи релевантна правна литература која није увек лако доступна и обично није писана с циљем хармонизације европског права. Начела, поред уџбеника и књига извора европског уговорног права,²⁴²⁾ могу играти значајну улогу у овом смислу. Јер она представљају основу, установљену на темељима компаративног истраживања и међународне сарадње, која може да служи као водич у тумачењу и развоју националних правних система. Чини се да у Немачкој, за сада, ова идеја још увек није заживела. Ово не чуди с обзиром да се “нормално” компаративно тумачење изузетно ретко примењује²⁴³⁾. Много континентални правници били су изненађени када би знали да је House of Lords био први европски врховни суд који је у својој одлуци цитирао правило из Начела. Ово је учињено у одлуци из 2001. године која је анализирала концепт “поштења и савесности” у контексту регулативе о нелојалним одредбама у потрошачким уговорима²⁴⁴⁾. У Холандији, велики број закључчака пријатеља суда позиционишу се на Начела, али их хашки суд још увек није цитирао²⁴⁵⁾.

-
239. Видети на пример, Konrad Zweigert, "Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode", (1949/50) 15 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* стр. 5; Zweigert/Kötz (фуснота 117), стр. 18.
240. Walter Odersky, "Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur", (1994) 2 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 1.
241. Odersky, (1994) 2 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 4.
242. Kötz (фуснота 4); Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz, Denis Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2002.
243. Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen*, vol. I, 2001, стр. 43. За упоредни преглед видети: Ulrich Drobniq, Sjef van Erp (уредници), *The Use of Comparative Law by Courts*, 1999.
244. Director of Fair Trading v. First National Bank Š2002/1 A.C. 481 (H.L.) на стр. 500 (Lord Steyn) и 502 (Lord Hope). О овој одлуци видети Simon Whittaker, "Assessing the fairness of contract terms: the parties' "essential bargain", its regulatory context and the significance of the requirement of good faith", (2004) 12 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 75.
245. Мањина у одлуци Шведског врховног суда се позвала на члан 2:205 (1) Начела: 2000 *Nytt Juridiskt Arkiv* 747. Захвалан сам судији Torgny Hastad на овој информацији.

в) Правна наука

На првом месту је задатак правне науке да води рачуна о Начелима, да омогући критички коментар и дискусију, и да их интелектуално веже за различите националне правне системе. Ово не треба да буде једносмеран процес. Јер исто колико национални развој права треба да се процењује у односу на Начела, толико и Начела не могу избећи критику када се упоређују са позадином националних правних искустава сакупљених током дугог временског периода и обликованих од стране судова и правне доктрине. Постоји велики број недостатака у Начелима. Чудно триплицирање правила која се тичу повраћаја користи примљених по основу уговора који је престао да постоји већ је поменуто као пример.²⁴⁶⁾ У многим другим случајевима, међутим, поређење открива рупе и недостатке националних правних система и води њиховом поновном промишљању. У Немачкој је поступак упоредне процене инициран на симпозијуму о "Унификацији европског уговорног права и немачко право" која је одржана на Макс-Планк Институту у Хамбургу 1999. године²⁴⁷⁾. Циљ ове конференције био је поновно успостављање интелектуалних контаката између доктрине приватног права и упоредног права под окриљем Начела европског уговорног права и Начела међународних трговинских уговора. На скорањем двогодишњем састанку удружења немачких професора приватног права се на два од четири предавања дискутовало о Начелима европског уговорног права, једном обрађујући тему повреде уговора,²⁴⁸⁾ а други пут право цесије.²⁴⁹⁾ У другом раду технички квалитет и унутрашња конзистентност 11. поглавља Начела је наглашена и, на тој основи, препоручен је одређен број измена немачког права цесије. Начела су предмет разматрања и новог историјског коментара немачког грађанског законника²⁵⁰⁾. У другом тому ово ће бити још очигледније него у првом. Нажалост, Начела још увек нису нашла пут у уџбенике и коментаре немачког приватног права.²⁵¹⁾ Холандски аутори се, с друге стране, рутински користе Начелима, чак и када решавају питања чисто холандског права. Скорија збирка радова, случајева и материјала о енглеском уговорном праву упућује на Начела у неколико случајева иако није посебно назначена као уџбеник упоредног

246. За критику члана 6:110 (стипулација у корист трећег лица), видети Zimmermann, *Festschrift Heldrich* (фуснота 118).

247. Basedow (фуснота 1). За Француску видети: Pauline Rémy-Corlay, Dominique Fenouillet (уредници), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes de droit européen des contrats*, 2003.

248. Heinz-Peter Mansel, "Die Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des Leistungsstörungsrechts", (2004) стр. 204 *Archiv für die civilistische Praxis* и Zimmermann, (2002) 6 *Edinburgh Law Review* стр. 271.

249. Eidenmüller, (2004) 204 *Archiv für die civilistische Praxis*.

250. Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (уредници), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. I, 2003; vol. II (о општем делу облигационог права) у припреми за 2005.

251. Видети коментар Helmut Grothe о новом немачком преклузивном року у: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4th ed., vol. 1a, 2003, §§ 194.

права²⁵²⁾. У Холандији је покренута још једна занимљива иницијатива. Пет аутора је систематски испитивало њихов сопствени правни систем из угла Начела и тако, користећи супранационални референтни оквир, учинили холандско право разумљивије страним правницима.²⁵³⁾

ѣ) Аутомна конвергенција

Данас смо takoђе сведоци нечега што се може назвати поступак аутономне, односно спонтане хармонизације европског уговорног права. Бертранд Фагс је недавно указао на одређен број значајних развојних тенденција, које је предузео Касациони суд, а које су практично окренуле француско уговорно право у смеру опредељења усвојених од стране Европских начела²⁵⁴⁾. Нарочито значајни, у том смислу, јесу растући значај начела поштења и савесности, нови приступ у одређивању цене и признање вансудског начина раскида уговора након повреде уговора. Овакав развој не може се приписати утицају Начела о којима највероватније судије нису ни водиле рачуна. Али уколико француски судови образложе своје одлуке на начин сличан оном у Начелима, онда се ово може сматрати потврдом приступа усвојеног у Начелима. Други пример аутономне конвергенције могло би пружити енглеско право преклузије, чим извештај правне комисије представљен јула 2001. године буде примењен. Овај извештај предлаже режим који, у својим основним одликама, осликова модел усвојен у Начелима²⁵⁵⁾.

đ) Правно образовање

Законодавци, судије и професори били су и још увек јесу активни учесници правног развоја у Европи²⁵⁶⁾. Њихова размишљања су увек била обликована правним образовањем којем су били подвргнути. Интелектуално јединство старог *ius commune* је већим делом омогућено правним образовањем на основу истих извора. Данас, такође, европеизација приватног права значајно зависи од европеиза-

252. Ewan McKendrick, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, 2003, стр. 55, 102, 133, 276, 552, 615 . За Шкотску видети коментаре Hector L. MacQueen, "Mixing It? Comparative Law in the Scottish Courts", (2003) 11 *European Review of Private Law* стр. 751, два скорашиња текста уговорног права, која се у великој мери ослањају на Начела: Hector L. MacQueen, Joe Thomson, *Contract Law in Scotland*, 2000 и W.W. McBryde, *The Law of Contract in Scotland*, 2nd ed., 2001.

253. Danny Busch, Ewoud Hondius, Hugo van Kooten, Harriet Schelhaas, Wendy Schrama, *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, 2002; Danny Busch, Ewoud Hondius, "Ein neues Vertragsrecht für Europa: Die Principles of European Contract Law aus niederländischer Sicht", (2001) 9 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 223.

254. Fages, (2003) 11 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 514.

255. The Law Commission, "Limitation of Actions", Law Com No 270, 2001. Начела се не спомињу и извештају Комисије, што не чуди с обзиром на чињеницу да у том тренутку она још нису била објављена. Ипак, она су играла значајну улогу јер је један од комисионара - Hugh Beale, био вишегодишњи члан Ландо комисије, коју је тек 2000. године напустио по именовању у правну комисију,

256. R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors*, 1987; *idem*, *An Historical Introduction to Private Law*, 1988, стр.170.

ције правног образовања које се пружа на бројним универзитетима широм Европе²⁵⁷⁾. И овде Начела могу играти веома значајну улогу. Она пружају нуклеус око коге се општа теорија европског уговорног права може кристализовати: општа теорија која лако може стећи исту позицију коју је имало *ius commune* у слушаоницама немачких универзитета 19. века. “ Ни Пруски законик, ни право *Code civil* или *Badisches Landrecht*, нити право Саксонског грађанског законика нису постали централна тачка правног образовања на универзитетима поменутих земаља,” стоји у меморандуму из 1896. године.²⁵⁸⁾ Изучавање старог *ius commune* сматрало се погодним за пружање адекватног увода за разумевање кодификованих права. Тако, “постојала је могућност да грађани Прусије, Саксонци или грађани Бадена стекну правно образовање на универзитету у другој земљи докле год, на крају студија, стекну... знање правног система који ће морати да примењују до kraja живота.” Наша данашња позиција се унеколико разликује. Али визија европског правног образовања упркос различитости националних правних система у великој мери осликова реалност старог доба. За што онда данас не би било могуће да Начела буду почетна тачка за курсеве уговорног права у Немачкој исто колико и у Француској или Енглеској? Студенти би тако били упознати са заједничким референтним оквиром који би им омогућио да много боље разумеју контуре сопственог правног система и, истовремено олакшају разумевање другима. Ово олакшава и чињеница да су Начела писана веома јасним и разумљивим стилом и да су преведена, и још увек се преводе, на многе европске језике²⁵⁹⁾. С обзиром да Европи недостаје заједнички језик,²⁶⁰⁾ ово је једини начин да се омогући Начелима да постану темељни текст европског приватног права.

257. Видети: Filippo Ranieri, "Der europäische Jurist: Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe", (1990) 17 *Ius Commune* стр. 9; Hein Kötz, "Europäische Juristenausbildung", (1993) 1 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 268; Roy Goode, "The European Law School", (1993) 13 *Legal Studies* стр. 1; Bernhard Grossfeld, "Europäisches Recht und Rechtsstudium", 1993 *Juristische Schulung* стр. 710; B. de Witte, C. Forder (уредници), *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, 1992; Axel Flessner, "Deutsche Juristenausbildung", 1996 *Juristenzeitung* стр. 689; Peter Häberle, "Der Europäische Jurist", (2002) 50 *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* стр. 123.

258. Emil Friedberg, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtsstudiums nach den Beschlüssen der Eisenacher Konferenz*, 1996, стр.7.

259. Следећи преводи су до данас припремљени: Georges Rouhette, Isabelle de Lambeertie, Denis Tallon, Claude Witz, *Principes du droit Européen du contrat*, 2003; Carlo Castronovo, *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, 2001; Christian von Bar, Reinhard Zimmermann, *Grundergeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II*, 2002; Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, *Principios de derecho contractual europeo, Partes I y II*, 2003.

260. Видети: Tony Weir, "Die Sprachen des europäischen Rechts: Eine skeptische Betrachtung", (1995) 3 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* стр. 368.

VI. Закључак

Све у свему, данас је очигледно да су се дискусије о европском уговорном праву значајно интензивирале последњих пар година²⁶¹⁾. Главни глумци на бини институционализоване Европе, тј. Савет министара, Комисија и Парламент Европске уније су чак замислили и могућност кодификацији европског уговорног права. Уколико на крају до тога и дође, академска јавност ће бити одговорна уколико на време не почне са припремама и критичном анализом интелектуалних основа за европско уговорно право. Начела европског уговорног права представљају покушај да се установи таква основа. Она морају бити предмет разматрања не само од стране правника који се баве упоредним правом већ нарочито од стране оних који су укључени у обликовање и развој националне правне доктрине. Начела могу побећати свест о специфичностима националних правних система и пружити инспирацију за њихово тумачење и развој. Тако, она могу служити као катализатор за "меку" хармонизацију европских правних система. Истовремено, сви истраживачи националног приватног права могу допринети дискусијама о европском приватном праву и извршити утицај на његово даље обликовање. Неслагаша налик онима које је истакла немачка академска заједница током реформе немачког облигационог права²⁶²⁾ могу се на овај начин избећи.

Мека хармонизација се на дуги и средњи рок чини као пожељна алтернатива централистичкој регулативи и у складу са традицијом старог *ius commune*²⁶³⁾. Истовремено, она може утабати пут ка кодификацији уговорног права која би у Европи била подједнако распострањена као *Code civil* у Француској и НГЗ у Немачкој.

**Reinhard Zimmerman,
Hamburg**

The Principles of European Contract Law

Summary

The Principles of European Contract Law represent the most complex and internationally recognized project directed towards harmonization of European contract law. «Lando Commission» when preparing these Principles intended to integrate the non-

261. Видети Jansen (фуснота 3), стр. 2.

262. Видети на пример прилоге Wolfgang Ernst, Reinhard Zimmerman, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001.

263. Reinhard Zimmerman, "Savigny's Legacy: Legal History, Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science", (1996) 112 *Law Quarterly Review* стр. 576.; *idem, Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe* (фуснота 55). За балансирани приказ дебате видети: Walter van Gerven, "A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?", (2001) 9 *European Review of Private Law* стр. 485.

mandatory customary principles of contract law which should serve as a model for commercial subjects, to ease the dispute settlement and to provide incentives for the legal reform. As the Commission itself has pointed out, its work represents only the first step towards creation of the future European Code of Contract Law.

The author dedicates the whole section of its paper to the work of «Lando-Commission», with special emphasis on three faults of the development of said Principles. The length of the period of drafting these rules has often lead to changes of conception, which have resulted at the end in deficiencies of coordination between certain sections, as well as the complete neglecting of some significant institutes of contract law. Later, the author compares The Principles of European Contract Law with other competing projects on legal harmonization, above all with Avant-project on European Contract Code and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

In the fourth section of its paper, prof. Zimmermann attempts to answer the question in what respect the rules contained in Principles of European Contract Law represent the modern manifestation of the European legal tradition embodied in the rules of Roman law. After emphasizing its common core, the author provides numerous examples of derogations from the traditional solutions. Within this section, the important influence of Vienna Convention on shape of the institutes of European Principles is emphasized, especially in the area of contract formation and avoidance of contract. The Principles have critically analyzed international conventions, by which the attempt is made to efficiently develop the ideas contained in these documents. For those reasons, the Principles contain the solutions which were not adopted by most of the European national laws, and as examples of these solutions the author states set-off and unilateral promise.

At the end, the author questions the contribution of the Principles of European Contract Law to re-Europeanization of contract law. Under his opinion, the main importance of the Principles lies in the fact that they represent a source of inspiration for the national legal systems, court practice and legal doctrine.

Key words: *Principles of European Contract Law, Avant-Project, UNIDROIT Principles, Vienna Convention, Progressive Development, Re-Europeanization of Contract Law.*

Проф. др Зоран Арсић (LL.M. Columbia University)
Правни факултет, Нови Сад

Одговорност за садржину проспекта

Резиме

Аутор разматра различне правне аспекти одговорности за садржину простира (недостатке простира, одговорна лица, режим одговорности) при чему указује на могуће правце додградње законске регулативе.

Кључне речи: простира, емисија, акције

Проспект је писани јавни документ који садржи податке који инвеститору омогућавају увид у правни и финансијски положај издаваоца хартија од вредности, у његове пословне могућности и у права и обавезе које произлазе из хартија од вредности, као и друге податке битне за доношење инвестиционе одлуке. Као што се види, циљеви проспекта су да својом садржином обезбеди неопходну транспарентност и могућност инвеститору да донесе независни инвестициону одлуку. Његова одлука се правно изражава кроз једнострани правни акт – упис акција – који представља понуду за закључење уписног уговора. Прихваташњем те понуде од стране друштва настаје уписни уговор, као правни основ за настанак субјективних права и обавеза.

Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (у даљем тексту Закон) су утврђене различите санкције због нетачне, или непотпуне садржине проспекта. Пре свега, у чл. 20. предвиђена је одговорност за

штету коју претрпи уписник (инвеститор). Осим одговорности за штету, законом је утврђена и кривична одговорност због нетачне или непотпуне садржине проспекта (чл. 245) при чему је запрећена новчана казна и казна затвора.

У даљим излагањима биће говора о грађанској одговорности за штету услед нетачне, или непотпуне садржине проспекта.

1. Нетачна или непотпuna садржина проспекта

Садржину проспекта (чл. 18) утврђује Комисије за хартије од вредности. У том смислу Комисија је донела Правилник о садржини и форми проспекта и других докумената који се подносе ради дистрибуције хартије од вредности, при чему посебан значај има Прилог И тог правилника.

Објављена садржина проспекта може одступати од прописаног садржаја тако што су објављени подаци нетачни, или је садржина непотпuna. Садржине је нетачна ако садржи чињеничне наводе који нису тачни. Она је неатачна и ако ствара погрешну општу представу, као и ако садржи прогнозе или наводе који нису засновани на чињеницама, или нису у складу са разумном пословном проценом.¹⁾ Садржина је непотпuna ако не одговара захтевима који су у том погледу установљени споменутим Правилником. Ипак, треба имати у виду да то важи само начелно. Могуће је, наиме, да, независно од тога што садржи све прописане елементе садржине, проспект ствара погрешну општу представу. У таквим ситуацијама могу бити неопходна додатна објашњења.²⁾ Када је реч о стварању погрешне представе, напомињемо да она није предвиђена у закону, али се спомиње у садржини Правилника о садржини и форми проспекта и других докумената који се подносе ради дистрибуције хартија од вредности (чл. 9. ст. 4.). Није, међутим, свака нетачност или непотпуност садржине проспекта правно релевантна. Да би се могло говорити о одговорности за штету због садржину проспекта, потребно је да недостаци садржаја проспекта буду такви да су утицали на одлуку инвеститора да изврши упис. Ово зато што, према општим правилима о одговорности за штету, мора постојати узрочна веза између радње и наступеле штете. С тим у вези поставља се питање терета доказивања. У упоредном праву су позната решења према којима постоји претпоставка узрочна веза у случају да је стицање хартија од вредности извршено у одређеном року од објављивања проспекта. Ова претпоставка је обориве природе, али и тада терет доказивања је на туженом. Када је домаће право у питању, одговарајућа норма не постоји, због чега се морају применити општа правила према којима тужилац мора доказати узрочну везу.

Захтеви у погледу садржине проспекта – тачност и потпуност – морају бити испуњени у тренутку објављивања проспекта. С тим у вези треба имати у виду постојање допуне проспекта из чл. 26. Закона.

1. Adolff Johannes, Meister Burkhardt, Randell Charles, Stephan Klaus – Dieter, Public Company Takeovers in Germany, München 2002, стр.75-76.

2. Ibidem.

2. Штета

Штета узрокована садржином проспекта настаје тако што уписник закључењем уписног уговора преузима на себе обавезу извршења чинидбе, чија вредност превазилази вредност хартије коју добије. Таква штета, која настане услед нетачне или непотпуне садржине проспекта представља појавни облик чисте економске штете (pure economic loss; reiner vermögensschaden). Ради се правном питању које се оцењује као једно од најважнијих у материји одговорности за штету, посебно деликтној одговорности.

Споран је, пре свега, појам чисте економске штете. У теорији и неким националним законодавствима доминира негативан приступ утврђивању појма чисте економске штете – појмовно одређивање се своди на то шта не представља чисту економску штету. Тако се указује да је чиста економска штета погоршање нечијег укупног економског стања (губитак зараде, смањење вредности имовине итд.), које није директно узроковано телесном повредом, или оштећењем одређене ствари.³⁾ Овакво одређење, и поред недостатака које са собом носи негативно дефинисање, има квалитет који се изражава у могућности разграничења према индиректној штети. Разграничење се заснива на појму "чиста", у смислу "искључиво". До економске штете може доћи и када је она узрокована телесном повредом – оштећени је претрпео штету коју представља губитак зараде, до којег је дошло зато што је претрпео телесну повреду због које није могао да ради. У оваквом случају се не ради о чисто екомској штети, него о посредној штети, зато што је она узрокована телесном повредом. С тим у вези се указује да се чиста економска штета и посредна штета не разликују у принципу и по врсти, него по околностима у којима су настале и ограничењима у погледу њихове накнаде.⁴⁾

Као што смо већ указали, проблематика чисте економске штете везује се за деликтну одговорност. Због тога се одговорност за садржину проспекта решава у оквирима уговорне, односно квази уговорне, одговорности, о чему ће доцније бити говора.

Ипак, треба указати да постоји висок степен неизвесности у погледу утврђивања висине штете. Ово зато што тржишна вредност акција није условљена само елементима садржаним у проспекту, него читавим низом других чинилаца.⁵⁾ Не постоје, наиме, утврђени прецизни критеријуми за утврђивање износа штете, као у неким земаљама. Овај проблем постоји у још неким законодавствима и оцењује се као чинилац који обесхрабрује инвеститора да поднесе захтев за накнаду штете.⁶⁾

3. Према: Bussani Mauro, Vernon Valentine Palmer, Pure Economic Loss in Europe, Cambridge 2003, стр. 6.

4. Bussani M., Palmer V.V., op.cit., стр. 8.

5. Bianchi A.C., Rogers A. Catherine, Ventoruzzo Marco, Legal Resources to Protect Shareholders Interest, International Corporate Governance Network, 8th Annual Conference, Milano 18 luglio 2003, стр. 6.

6. На пр. Италија. Ibidem.

С обзиром на стање домаћег права, а у складу са неким моделима познатим у упоредном праву, сматрамо да у погледу утврђивања износа штете треба разликовати две ситуације. Прво, штета се утврђује као разлика између куповне цене по којој је стечена хартија и продајне цене коју је тужилац постигао у случају њене продаје. У обзир се узима куповна цена ако она није већа од емисионе вредности – у супротном се узима у обзир емисиона вредност. Ако тужилац још увек има хартију од вредности, он има право да тражи пуну куповну цену у замену за хартије од вредности које предаје туженом. Узима се у обзир куповна цена, и у овом случају, ако није већа од емисионе цене, а у супротном узима се у обзир емисиона вредност. У сваком случају тужилац има право да тражи и уобичајене трошкове.

3. Оштећени

Као потенцијални тужиоци јављају се лица која су прерпела штету стицањем хартија од вредности. Имајући у виду неке моделе познате у упоредном праву, као озбиљан недостатак Закона јавља се одсуство временског ограничења, односно периода у оквиру којег стицање хартија до вредности мора бити извршено.

4. Одговорна лица

Круг лица која су одговорна за штету услед непотпуне или нетачне садржине проспекта, као и природа одговорности је предмет различитих определења.

Када је природа одговорности у питању постоје три концепта. Према једном схватању ради се о уговорној одговорности. Други концепт се заснива на деликтној одговорности, односно одговорности сличној деликтној одговорности. При томе се одговорност слична деликтној своди на одговорност за поверење, односно *culpa in contrahendo*.⁷⁾

Неспорно је једино да за штету одговара емитент, односно лице које је објавило проспект, или за кога је проспект објављен. Независно од тога да је неспорно да то лице треба да одговара за садржину проспекта, споран је основ његове одговорности. И поред тога што постоји уписни уговор између емитента и уписника, чини се да није прихватљив став о уговорној одговорности. Ово зато што се узрок штете налази ван уговора – после његовог закључења емитент није урадио ништа чиме би повредио закључени уговор. Уговорни концепт није прихватљив и зато што уговора и нема када су у питању одговорна лица која нису емитенти. Као прихватљива варијанта се јавља повреда начела савесности и поштења, и предуговорна одговорност (*culpa in contrahendo*).

Када се ради о повреди начела савесности и поштења (чл.12 Закона о облигационим односима) треба имати у виду да се принцип примењује и на заснивање

7. Bischoff Kai, Internationale Börsenprospekthaftung, Aktiengesellschaft 9/2002, стр. 491.

уговорних односа. Овај приступ је могућ зато што уписни уговор, мада има корпоративне карактеристике, има и облигационо правне елементе.

Као што се види, решење у погледу одговорности издаваоца проспекта се не тражи на терену деликтне одговорности. Ово зато што је узрок штете настао у тренутку када је већ успостављен "социјални контакт" између емитента и уписника. Тиме се, на теоријском плану, врши разграничење између деликтне одговорности и *culpa in contrahendo*.⁸⁾ Осим тога, на тај начин се елиминишу потешкоће везане за могућност накнаде чисто економске штете по основу деликта. Треба, ипак, напоменути да се заступају и схватања о деликтној одговорности, односно о одговорности сличној деликтној. У том смислу се указује да одговорност за садржину проспекта настаје као повреда обавезе учесника на тржишту капитала у погледу саопштавања информација.⁹⁾

Када се ради о одговорности трећих лица треба указати да није спорна њихова одговорност према издаваоцу проспекта. Уколико он буде обавезан да накнади штету уписнику, издавалац проспекта се може обратити трећем лицу, које је учествовало у изради проспекта (на пр. ревизору), са регресним захтевом. Овај захтев се заснива на уговорном односу који постоји између емитента и трећег. За такве ситуације се, у упоредном праву, везују различите варијанте уговорног ограничења одговорности. Тако на пр. уговор између емитента и ревизора садржи одредбу према којој емитент не може да дистрибуира ревизорски налаз без писмене сагласности инвеститора са клаузулом ограничења одговорности.¹⁰⁾

У погледу директне одговорности трећих лица, осим емитента, према инвеститору (уписнику) постоје дилеме, од којих неке имају правно политички карактер. Указује се, наиме, да трећа лица, посебно ревизори, не би требало да буду одговорни за штету узоковану садржином проспекта. У том смислу се наглашава постојање тзв. информативне асиметрије. Истиче се да је ревизор, приликом израде свог налаза, у великој мери везан информацијама које добија од предузећа које је предмет налаза. Осим тога, када је ревизорски извештај сачињен и предат наручиоцу, ревизор остаје без икакве контроле над његовом дистрибуцијом и коришћењем. Коначно, указује се да инвеститор није беспомоћан и да може да подвргне провери ревизорски налаз.¹¹⁾ Насупрот томе, истиче се став према којем одитора (и других експерата) и трећег лица може бити квалификован као квази уговорни однос, односно као *culpa in contrahendo*. Експерт сматра да заслужује поверење и позива друге да се ослоне на његове изјаве. Други се понашају сагласно његовим очекивањима и заснивају своје одлуке на експертским информацијама. Тиме су се,

8. Стојановић Драгољуб, Савесност и поштење, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, књ.III, стр.109-110

9. Bischoff K.op.cit., стр.491

10. Coester Michael, Markesinis Basil, Liability of Financial Experts in German and American Law. An Exercise in Comparative Methodology, American Journal of Comparative Law, Vol.51/2003, стр.305

11. Coester M., Markesinis B., op.cit., стр.295

према том схватању, које нам се чини исправним, стекли класични елементи *culpa in contrahendo*.¹²⁾ Уговона концепција у овом случају није прихватљива, будући да никакав уговор и не постоји.

У одговору на дилему о директној одговорности других лица која су учествовала у изради проспекта према инвеститору, уносе се и измене у национална законодавства. Измене се врше у општим прописима (на пр, Немачка). или у посебним прописима. Тако је поступљено и у домаћем праву. У чл.20 ст.3 Закона предвиђена је одговорност лица која су учествовала у његовој припреми. Осим издаваоца, на воде се организатор дистрибуције хартија од вредности и ревизор. И поред недовољно добре формулатије, сматрамо да се ради о примеричном набрајању најважнијих учесника. С тим у вези указујемо да постоје схватања према којима, под одређеним условима, као одговорно лице може да се јави и лице са посебним економским интересом у емисији и које је остварило утицај на садржину проспекта – доминирајући акционар емитента.¹³⁾

Законом је предвиђен и изузетак од одговорности. Изричитом нормом ст.4 чл.20 искључена је одговорност Комисије за хартије од вредности. У упоредном праву постоје дилеме у погледу овог питања. Тако на пр. у иностраној судској пракси (Италија) постоји став према којем одговарајућа институција (Consob) улази у круг одговорних лица. У образложењу пресуде се указује да се она заснива на надзорној функцији и овлашћењима које ова институција има. У одсуству споменуте законске норме слично гледиште би се могло заступати и у погледу Комисије за хартије од вредности. При томе треба посебно имати у виду овлашћења Комисије из чл.21. У коментарима италијанске одлуке истиче се да се ради о одговорности за случај да се ради о суштинским недостацима проспекта и то оним недостацима који су јасни, али да то не значи да инвеститор може да тужи споменуту институцију сваки пут када се ослони на нетачну садржину проспекта. Оцењује се да то представља сигнал о већој пажњи коју судство посвећује мањинским акционарима и инвеститорима.¹⁴⁾

5. Одговорност

Законом је предвиђено да одговорна лица одговарају солидарно. На њихову солидарну одговорност се примењују општа правила о солидарној одговорности (чл. 414-424. Закона о облигационим односима).

Одговорно је лице које је знало, или морало знати да су подаци неистинити или непотпуни. С тим у вези поставља се питање терета доказивања. Формулација Закона није доволјно јасна, због чега се закључивање мора заснivати на општим прописима. Законом о облигационим односима је предвиђена претпоставка кривице (код деликтне одговорности у чл.154), односно претпоставка одговорности

12. Coester M., Markesinis B., op.cit., str.289

13. Adolff J., Meister B., Randell Ch., Stephan K., op.cit., strp.75

14. Bianchi A.C., Rogers A. Catherine, Ventoruzzo Marco, op.cit., str.8

(код уговорне одговорности у чл. 263). Зато се, у случају одговорности за садржину проспекта, терет доказивања налази на туженом – да би се ослободио одговорности он мора доказати да није знао нити могао знати да су подаци у проспекту нетачни или непотпуни. У том смисли треба размислити о промени формулатије ст.3 чл.20, будући да би супротно решење отежало положај оштећеног и довело у питање ефекте регулативе. Осим тога требало би доградити регулативу и регулисањем кривице. Тужени би требао да докаже и одсуство намере или грубе непажње. У том погледу потребна је посебна регулатива зато што према општим прописима, кривица постоји у случају намере и непажње (чл. 158 Закона о облигационим односима), што обухвата и обичну непажњу, а не само намеру и грубу непажњу. Ово је значајно и због могућности уговорног искључења или ограничења одговорности, о чему ће доцније бити речи. Спорно је да ли се исти стандард пажње може захтевати од свих потенцијално одговорних лица.¹⁵⁾ На ово питање се, на целно, даје негативан одговор. При томе се указује да се емитент тешко може повикавати на непознавање сопствених послова. За разлику од тога, сматра се неспорним да се исти степен познавања пословања емитента не може очекивати од спонзора емисије. Дилема, с тим у вези, постоји у погледу степена ублажавања стандарда пажње који се примењује на емитената када се ради о другим одговорним лицима.¹⁶⁾

Регулатива би требало да буде допуњена и уношењем посебних основа за ослобођење од одговорности. У том погледу би требало размотрити неколико ситуација. Прву ситуацију би представљао упис који је извршен независно од мана проспекта. Тада нема узрочне везе између нетачности, или непотпуности проспекта и наступеле штете. Друга ситуација настаје када је уписник знао да су подаци у проспекту нетачни или непотпуни. При томе та свест о нетачности или непотпуности проспекта мора постојати најкасније у тренутку уписа. Трећу ситуацију представља јасно извршена исправка нетачности или непотпуности пре извршења уписа на начин који је Законом утврђен за објављивање релевантних података, односно допуне проспекта. У свим овим посебним случајевима ослобођења од одговорности терет доказивања лежи на туженом.

На застарелост захтева за накнаду штете због нетачности или непотпуности проспекта примењују се општи прописи (чл.360-393 Закона о облигационим односима). Сматрамо да би требало иновирати регулативу посебним прописом о застарелости захтева за накнаду штете, према којем би захтев застаревао у року од годину дана од дана сазнања за нетачност или непотпуност проспекта, али у сваком случају после истека рока од три године од дана објављивања проспекта.

15. Adolff J., Meister B., Randell Ch., Stephan K., op.cit., стр.76

16. Ibidem

6. Уговорно ограничење или искључење одговорности

Регулатива Закона не даје одговор на питање могућности уговорног ограничења или искључења одговорности за нетачност или непотпуност пропсекта.

Према општим прописима одговорност се не може унапред искључити за најмеру или грубу непажњу (чл. 265 Закона о облигационим односима). Могуће је, дакле, унапред искључити одговорност за обичну непажњу уз могућност почињаја овакве одредбе у закону предвиђеним случајевима. Уговорно искључење одговорности за недостатке садржине проспекта није од значаја ако не би постојала одговорност за обичну непажњу, о чему је било речи у ранијим излагањима.

Према ст. 3 чл. 265 Закона о облигационим односима допуштено је уговорно ограничење одговорности. Поверилац, ипак, има право на пуни износ штете у случају намере или грубе непажње. И у случају ограничења одговорности релевантан је случај обичне непажње.

Имајући у виду излагања која се односе на опште прописе о уговорном искључењу или ограничењу одговорности, сматрамо да би требало унети законску одредбу према којој би био ништав сваки уговор којим би се искључила или ограничила одговорност за непотпуност или нетачност садржине проспекта. Ово не би било неопходно ако не би постојала одговорност за случај обичне непажње.

7. Примена општих правила о одговорности

Будући да је чл. 20 установљен посебан режим одговорности за штету насталу због нетачне или непотпуне садржине проспекта, поставље се питање односа према општем режиму уговорне или деликтне одговорности. Потешкоћу у том погледу представља одсуство посебне регулативе, која би била пожељна с обзиром на постојећа решења у упоредном праву. Одсуство посебне регулативе може водити закључку да одговорност из чл. 20 представља посебна пропис и да примена општих правила није допуштена. Насупрот томе, сматрамо да је примена општих правила уговорне и деликтне одговорности није искључена у погледу даљих захтева општећеног.

8. Сходна примена правила о одговорности за садржину проспекта

У чл. 60 Закона је предвиђена сходна примена правила о одговорности за истинитост и потпуност садржине проспекта за истинитост и потпуност података у следећим ситуацијама: извештају о битном догађајима, годишњем и полугодишњем рачуну, изводу из годишњег рачуна, годишњем извештају о пословању, обавештавању о поседовању акција са правом гласа и извештају учесника на организованом тржишту.

С обзиром на акцијско правне последице посебан значај има обавештавање о поседовању акција са правом гласа. Неизвршавање обавезе обавештавања о посе-

довању акција са правом гласа, осим акцијско правне последице – губитка права гласа – може довести и до грађанско правне одговорности за штету. Замисливо је да буде одржана скупштина, на којој су, приликом одлучивања узети у обзир и гласови акционара који није извршио обавезу обавештавања, због чега може бити по-ништена скупштинска одлука. Трошкови сазивања нове скупштине представљају штету за друштво, коју оно може да тражи од акционара који није извршио обавезу обавештавања. С тим у вези потребно је, пре свега, указати да акцијско правна санкција наступа независно од кривице.¹⁷⁾ За разлику од тога, одговорност за накнаду штете наступа ако је одговорно лице знало или морало знати да је обавезано да изврши обавештавање, односно да су подаци у обавештењу нетачни или не-потпуни. Одговорност за штету наступа, дакле, за случај неизвршења обавезе обавештавања, односно манљивог извршења те обавезе.

Као што се види могуће је да наступи акцијско правна последица, али да се нису стекли услови за накнаду штете. С тим у вези посебно треба указати на проблем који изазива пасивни контакт са законом утврђеним процентом гласова. То је ситуација када акционар није предузео радњу усмерену на стицање или располагање акцијама, али је због промене висине основног капитала наступила обавеза обавештавања.¹⁸⁾ Тада се, у околностима конкретног случаја, може јавити питање да ли је акционар знао или је морао знати да је наступила обавеза обавештавања. Акционар као тужени може истицати да је на пр. дуже време био одсутан и да није знао нити је могао знати да је наступила његова обавеза обавештавања. Акционар тада треба да докаже да се незнაње о наступању обавезе не заснива на намери или грубој непажњи. Спорно остаје, како смо раније указали, питање обичне непажње.

**Prof. Dr Zoran Arsić (LL.M Columbia University)
Faculty of Law, Novi Sad**

Liability for the Content of Prospect

Summary

The author analyses different legal aspect of liability for the content of prospect (deficiencies of the prospect, responsible persons, liability regime) and proposes possible directions of improving the legal framework.

Key words: Prospect, Emission, Stocks.

17. Арсић Зоран, Обавештавање о поседовању акција са правом гласа, Право и привреда 1-4/
2004 стр.21-28

18. Ibidem

*Др Небојша Јовановић,
ванредни професор Правног факултета
Универзитета у Београду*

Мањкавости српског правног режима преузимања акционарских друштава¹⁾

Резиме

Писац у реферату излаже штета која нису уређена у важећем српском праву у вези преузимања привредних друштава. То чини упоређивањем правила о преузимању акционарских друштава садржаних у Закону о тржишту хартија од вредносћи и других финансијских инструмената из 2002. године са одговарајућим прописима других земаља, које су ту појаву целовито и вељано уредиле. Након објашњавања појма преузимања, те његових предносци и мана, писац излаже српски правни режим преузимања друштава, да би тогом указао на недостајућа правила у њему и на проблем који се створио у приватизацији. У закључку се посебно разматра широта примене правног режима преузимања на циљно друштво. Писац закључује да је српски правни режим преузимања привредних

1. *Найомена –* Овај чланак је изложен као реферат, под насловом "Празнице законског уређивања преузимања привредног друштва у српском праву", на међународном саветовању правника у Игалу септембра 2003. г., у организацији немачког Фонда за међународну техничку и правну сарадњу (скр. ГТЗ). Како зборник са тог саветовања још није објављен, а питање је тренутно значајно, због припрема измена Закона о тржишту хартија од вредности, писац је одлучио да га објави. Реферат је изменењен, због доношења Правилника Комисије за хартије од вредности о форми и садржини понуде за преузимање у октобру 2003. г., као и због усвајања Директиве ЕУ о понуди за преузимање од априла 2004. г. (J.O. ЕЦ 2004/25).

друштава бла^г и да га је законодавац намерно завео, ради омо^зућавања имаоцима крутног капитала да лако "покоре" приватизована предузећа у Србији.

Кључне речи: преузимање, владајуће учешће, привредно друштво, акционарско друштво.

УВОД – У последње време су учествали и ојачали процеси прегруписавања капитала унутар и између акционарских друштава, уз нагле промене курсева њихових акција и других вредносних папира. Док је у Сједињеним Америчким Државама усредређивање и прегруписавање капитала између акционара у акционарским друштвима постао озбиљан економски процес већ крајем XIX века, у Европи је почeo да јавља тек 60-их година XX века.²⁾ Због тога га је Америка уредила низом закона у областима корпоративног и противмонополског права већ крајем XIX и у првој половини XX века, настојећи да онемогући или, бар, ублажи његове штетне последице, а да подстакне корисне. У континенталној Европи је процес прегруписавања капитала почeo да изазива пажњу правника тек крајем XX века, кад су се десила прва огромна преузимања великих европских компанија.³⁾ Немајући искуства у правном уређивању преузимања, европско-континентални правници су се ослонили на пословна правила о преузимању у Британији. Европска унија је априла 2004. године коначно усвојила 13-ту Директиву компанијског права о понудама за преузимање (енг. *Directive on Company Concerning Takeover Bids*), чији је први предлог био утврђен још 1989, а коначан 1997. године.⁴⁾ Српским правом је однедавно, такође, уређено преузимање, иако у Србији још није било правих преузимања друштава, ако се изузму несамостална и неекономска преузимања друштвених предузећа од стране државе пре приватизације или од стране њихових купаца у приватизацији.⁵⁾

ПОЈАМ - Преузимање привредног друштва (енг. *takeover*, фр. *prise de contrôle*, нем. *Übernahme*) је скуп радњи, којим једно лице (преузималац, купац, стица-

2. Merle Philippe, *Droit commercial - Societes commerciales*, Dalloz, Paris, 6 ed., 1998, с. 693.
3. Осамдесетих и деведесетих година ХХ века буру у јавности изазвало је највеће преузимање у пословној историји света, које је извршила британско-америчка компанија за мобилну телефонију "AirTouch" у немачком концерну "Mannesmann" по цени од чак 180 милијарди америчких долара. Претходно је у Немачкој било у јужни разматрања спајање између компанија "Daimler-Benz" и "M.B.B.", те "Krupp" и "Tissen". У Британији је британско-немачки "GEC-Siemens" преузео "Plessey", чиме је Сименс постао трећа светска компанија по величини у телефонији. У Француској је 1996. г. компанија "Auchan" преузела компанију "Mammouth" по цени од 110 милијарди франака, чиме је постала четврта малопродајна групација у тој земљи. В. Петрикић Радивоје, "Правни режим преузимања друштава у Европи", Право и привреда, Београд, бр. 5-8/2000, с. 205; Merle P., *op. cit.*, с. 673, 720.
4. Разлог одувлачења уређивања овог питања била је несагласност држава чланица о дужности неутралности управе циљног друштва при преузимању. Директива је ступила на снагу маја ове године. В. Apfelbacher Gabriele, Barthelmess Stephan, Buhl Thomas, Christof von Dryander, *German Takeover Law – A Comentary*, Verlag C.H., Munchen, 2002, с. 4.

лац) стиче владајуће учешће у капиталу и управљању привредног друштва, потискујући дотадашњег "владаоца". Владајуће учешће је свако учешће у капиталу привредног друштва (даље: "друштво", "циљно друштво" или "циљ"), које свом имаоцу омогућава одлучујући утицај на управљање тим друштвом. Апсолутно владајуће учешће је већинско учешће, јер имаоцу омогућава већину свих гласова у органима друштва, а пре свега у његовој скупштини. Често је, међутим, довољно и мање учешће у капиталу за владавину друштвом (нпр. 30%, 25%, чак и 10%), у случају кад је такво учешће знатно веће од учешћа једног или више других чланова друштва заинтересованих за управљање, тако да они не могу да спрече остваривање воље владаоца у управљању друштвом ("релативно" или сразмерно владајуће учешће). Таква владавина је могућа у случају велике распострањености (раздробљености) капитала друштва у рукама великог броја ситних чланова (најчешће акционара), када статутарна техника управљања друштвом омогућава одлучивање са малим кворумом и простом већином гласова по капиталу (тј. већином гласова присутних и гласалих) чланова на заседању скупштине или другог зборног органа друштва. Отуда је преузимање могуће само путем стицања учешћа са правом гласа, и то само у друштвима капитала, јер се њима управља сразмерно уложеном капиталу, а не и у друштвима лица, где се управља по начелу равноправности чланова. Акционарска друштва котирана на берзи су најподложнија преузимањима, али су им подложна и друга друштва капитала, у којим је слободан пренос акција одн. удела (тзв. отворена друштва), иако им се акције одн. удели не корирају у берзи.

КОРИСТИ И ШТЕТЕ – Преузимање је, с једне стране, економски корисно, али, с друге стране, може да изазове и озбиљне штете у привреди, као и правне размирице. Пошто се као економска нужност не може правно да забрани, битно је да га право ваљано уреди, како би подстакло његове корисности, а онемогућило или, бар, ограничило његове штетне последице.

Основна економска корист од преузимања је повећање економске снаге и тиме конкурентности привредних субјеката, који се преузимањем повезују у привредну групацију. Друго, тиме презималац долази до нових технолошких достигнућа и сложених производних процеса циљне компаније, што је брже него да их сам развија. Треће, груписањем друштава путем преузимања омогућава се привредно делотворнија расподела производних и природних добара између чланица групације. Четврто, преузималац тиме стиче брз приступ новим тржиштима, које

5. Преузимање друштвених предузећа и привредних друштава са већинским друштвеним капиталом од стране државе по сили закона извршено је изменама Закона о предузећима из 2002. године. Изменама је тим предузећима забрањено да предузимају ванредне послове без сагласности Агенције за приватизацију (Сл. л. СРЈ, 29/96, 36/02, чл. 13 Измена). У банкарству је држава преузела већину српских банака Законом о регулисању односа са Париским клубом (Сл. л. СРЈ, 36/03, 7/03), стичући већинско учешће фиктивном конверзијом свог наводно регресног потраживања за преузете дугове банка према страним повериоцима (чл. 3.).

је циљно друштво већ освојило. Пето, преузимање олакшава циркулисање капитала између друштава, чиме се убрзава привредна делатност. Шесто, пошто преузималац често мења дотадашњу управу циљног друштва, преузимање је ефикасно средство спољне контроле његове управе, која се каткад учаври у друштву, оне-могућавајући акционарима остваривање њихових права и слабећи друштво. Најзад, седмо, све то доприноси ефикаснијем пословању, чиме се повећава друштвено богатство.

Главна слабост преузимања је у ризику стварања монопола, што је погубно за тржишну утакмицу, као главног покретача привредног раста. Друга мана је опасност од оштрих борби ("ратова") заинтересованих и конкурентских компанија око владавине над одређеним друштвом, што економски може да исцрпи не само "борце", већ и само циљно друштво. Треће, често долази до поремећаја цена акција учествујућих друштава на тржишту. То може да настане нарочито у случају тзв. непријатељског преузимања, кад се управа циљног друштва њему опира. Четврто, честа су оштећивања мањинских акционара, кад се преузимање обави у договору само са великим акционарима, по вишој цени стицања њихових акција, без могућности да и мали акционари продају своје акције преузимаоцу по вишој цени. Пето, понекад се деси да преузималац није уопште заинтересован за делатност циљног друштва, него га преузима само да би га распачао и распродАО по деловима, по укупно вишој цени него што је цена преузимања. Најзад, можда је за циљно друштво најгорча и најштетнија последица могућност да преузималац, као нови "владар" (газда), надокнади цену коју је платио акционарима у преузимању из добити које је циљно друштво остварило пре преузимања. Тиме, економски гледано, циљно друштво преузимаоцу само плаћа трошкове сопственог преузимања.⁶⁾

ПРАВНИ ИЗВОРИ – Монополске последице преузимања државе уређују против-монополским правом. Само преузимање се уређује на различите начине у упоредном праву. Разликује се амерички, енглески и немачки систем. У америчком систему преузимање је уређено у оквиру закона којим се уређује тржиште вредносница, јер се, у ствари, ради о уговору или скупу уговора, којим постојећи акционари препродају преузимаоцу своје акције или друге управљачке вредносне папире у циљном друштву.⁷⁾ Овај систем је примењен и у Србији, где је преузимање уређено Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године (даље: Закон), мада и Закон о предузећима из 1996 уређује преузимање акционарског друштва на основу добровољне понуде за преузимање.⁸⁾ Закон не уређује свој однос са Законом о предузећима. Пошто није јасно да ли уређује само обавезну понуду за преузимање или и добровољну, није ни

6. Hamilton W. Robert, *The Law of Corporation*, St. Pauls, Minnesota, 1990, с. 298; Арсић Зоран, "Преузимање контроле као облик надзора над радом пословодног органа", Право и привреда, 11-12/95, Београд, с. 23; Merle P., *op. cit.*, с. 693; Петричић Р., *op. cit.*, с. 206, 207.

7. У САД је то учињено тзв. Вилијамовим законом из 1968. г., којим је допуњен Закон о ефектним берзама из 1934. г.

јасно да ли укида правила Закона о предузећима о преузимању на основу добровољне понуде. Због мана успостављеног режима преузимања у Србији се разматра и могућност да се оно уреди посебним законом, по угледу на суседне државе (Хрватска, Словенија). Енглески систем уређује преузимање углавном недржавним правилима пословног света, мада су нека правила садржана и у компанијском закону и закону о тржишту вредносница.⁹⁾ Најзад, немачки систем уређује преузимање посебним законом, којим га целовито и детаљно уређује. Овај систем су прихватиле Република Српска, Хрватска и Словенија.¹⁰⁾

СТРОГОСТ РЕЖИМА - Када држава одлучи да правно уреди преузимање, основно правнополитичко питање је питање строгости правног режима преузимања. То значи да законодавац треба да одлучи да ли прописима да отежа или олакша преузимање привредних друштава. Што је режим строжи, преузимање је теже, те се мање дешава, због јаке правне заштите циљног друштва и његових мањинских акционара, и обрнуто. Слаба страна строгог режима је могућност учаушења лоше управе у циљном друштву, отежавање груписања и прегруписавања капитала, те ризик стагнације привреде. Слаба страна благог режима преузимања су потреси у привреди због скупих и неисплативих борби око презимања циљних друштава, оштећивања малих улагача и исцрпљивање циљног друштва. Ако се по строгости упореде упореднopravni режими преузимања привредних друштава, закључује се да постоје три режима. Најблажи режим је амерички, а најстрожи немачки, док је између њих британски режим.

8. Закон о тржишту хартија од вредности ... (Сл. л. СРЈ, 65/02; даље у фуснотама: ЗСРБ); Закон о предузећима (Сл. л. СРЈ, 29/96), чл. 411, 413, 415. Овај систем прихватају још Румунија, Бугарска и Мађарска.
9. У Британији је пословни свет из Ситија, финансијске четврти Лондона, предвођен Лондонском ефектном берзом, донео тзв. Зборник о преузимањима и сједињавањима 1968. г. (енг. City Code on Take-overs and Mergers), који је постао општеприхваћено право у матерiji груписања компанија. Поред њега, преузимање је уређено и Правилима о значајним стицањима акција (енг. Substantial Acquisitions of Shares Rules, скр. SARS). Осим ова два приватна извора права, и Закон о финансијском тржишту и услугама из 1986. г. (измењеним 2000) и Закон о компанијама из 1985. г. (измењеним 1989) садрже нека правила о преузимању. Овај систем је примењен и у Француској. Она је уредила преузимање путем неколико основних правила Законом из 1989. г., као допуном Трговинског законика из 1807. г., или је главнина правила садржана у Општем правилнику о преузимањима Савета ефектних берзи, као највишег берзанског органа у тој земљи, као и у Правилнику Комисије за берзанске послове, као највишем државном органу за надзор берзи. Чешка је детаљно уредила преузимање Трговачким закоником из 2002. г. (чл. 183a-x). В. Gower, Prentice & Pettet, Gower's Principles of Modern Company Law, Sweet & Maxwell, London, 1992, s. 704; Merle P., *op. cit.*, c. 716.
10. Закон о стицању вредносница и преузимањима Немачке из 2001. г. (даље у фуснотама: ЗНEM; нем. Wertpapierwerbs und Übernahmegesetz); Закон о преузимању акционарских друштава Републике Српске из 2002. г. (Сл. гл. РС, 64/02; даље у фуснотама: ЗРС); в. Раичевић Марко, "Закон о преузимању акционарских друштава Републике Српске", Право и привреда, Београд, 5-9/03, с. 82 и даље.

СРПСКИ РЕЖИМ – За разлику од Закона о предузећима, којим се уређују само основна питања преузимања акционарског друштва по основу добровољне понуде преузимаоца (нпр. објављивање понуде, садржина, обавештење о намерама, накнадна сагласност савезног органа, принудан откуп акција од несагласних акционара, принудна продаја акција преузимаоцу), Законом се системски уређује преузимање већим бројем одредаба (чл. 67–83.). Те одредбе чине, у ствари, српски правни режим преузимања.

Лице које у Србији жели да купи најмање 25% акција са правом гласа у неком акционарском друштву, сме то да учини само "понудом за преузимање акција" (чл. 67.). У супротном, нема право гласа по основу стечених акција (чл. 69.).¹¹⁾ Једино је држава ослобођена од те обавезе. Систематским тумачењем се закључује да ни лице које бесплатно стекне (значи без "куповине", како то Закон захтева – чл. 67.) гласачке акције, као и акције без права гласа, такође не мора да истакне понуду за преузимање, иако је прецло означен праг.¹²⁾ Акцијама с правом гласа се сматрају и други вредносни папир, по основу којих преузималац може да стекне акције с правом гласа најкасније у року од 60 дана од "дана понуде за преузимање", као и акције циљног друштва, које држи преузимаочево зависно предузеће (чл. 68.).¹³⁾ Понуда за преузимање не сме да се истакне без одобрења Комисије за хартије од вредности, као званичног надзорног органа на тржишту вредносница. Комисија одлучује у року од 30, а најкасније 60 дана од дана пријема преузимаочевог захтева за допуштање понуде.¹⁴⁾ Ако Комисија ћути у прописаном року, сматра се да је захтев одбила. Ако понуду одобри, ова се истиче на обрасцу, на начин и са садржином коју прописује Комисија (чл. 69, 70.). Понуда се даје под истим условима за све акционаре циљног друштва (чл. 74.).

Поред обавезне понуде, преузималац може, по Закону о предузећима, да покуша преузимање и објављивањем добровољне понуде за куповину акција акцио-

11. Исту санкцију предвиђа Закон о предузећима (чл. 411, ст. 8). Директива ЕУ о понуди за преузимање (даље: Директива ЕУ) не уређује "праг" за наступање обавезе истицања понуде за преузимање, већ то препушта националним правима чланица Уније.
12. Таквим тумачењем наше право би се приближило изузетцима од обавезне понуде за преузимање предвиђеним Директивом ЕУ. Директива, међутим, предвиђа да ни преузималац на основу претходно истакнуте добровољне понуде упућене свим акционарима циљног друштва није дужан да, по преласку прага, понови понуду за преузимање. Она, такође, овлашиће државе чланице да уведу и друге изузетке, под условом да се тиме не врећа начело равноправности акционара циљног друштва.
13. ЗСРБ не дефинише шта је понуда за преузимање (тј. да ли је јавна) и коме мора да се упути (свим или само неким акционарима), нити уређује шта се сматра "даном понуде за преузимање", тако да ова законска правила нису јасна. Комисија је својим Правилником о преузимањима из 2003. г. (Сл. гл. Срб. 102/203 и 25/04) "појаснила" да преузималац мора да објави понуду за преузимање најмање у једним националним дневним новинама са тираџом од бар 50.000 примерака (чл. 10.).
14. ЗСРБ чл. 221, у вези чл. 208. Закона о општем управном поступку из 1997 (Сл. л. СРЈ, 33/97).

наrima циљног друштва у гласилу берзе (чл. 411.). Добровољна понуда се објављује у прописаној садржини (врста, број, цена акција, рок прихвата у трајању најмање 21 дан) у року 30 дана од дана објављивања обавештења о намери. За разлику од обавезне понуде, где се тражи претходна сагласност Комисије за њено истицање, код добровољне понуде Закон о предузећима тражи сагласност Комисије тек након "прихватања". Могуће је, међутим, да се тумачи да је и добровољна понуда за преузимање уређена Законом о тржишту хартија, те да ова правила Закона о предузећима више не важе. Како није јасно да ли Закон о тржишту хартија уређује и добровољну понуду за преузимање, није сигурно какав би став заузео суд у евентуалном спору.¹⁵⁾

Рок прихватања понуде траје најкраће 21 дан, при чему се већ од дана "отварања" понуде мора да омогући акционарима да је прихвате депоновањем својих акција на посебном рачуну преузимаоца (чл. 80.).¹⁶⁾ Иако Закон не уређује шта значи "отварање" понуде, вероватно се мисли на дан њеног објављивања или на неки каснији дан означен у понуди, од којег се рачуна рок њеног трајања ради упућивања прихвата преузимаоцу (пишчева напомена). Крајњи рок њеног важења је 50 дана по Правилнику о садржини и форми понуде за преузимање. (чл. 5.). Закон допушта и делимичну понуду за преузимање, којом преузималац (понудилац) не тражи куповину свих преосталих акција у циљаном друштву, већ само у понуди означеног броја (процента) акција, који недостаје преузимаоцу да стекне владајуће учешће. То се закључује из правила о сразмерном умањивању броја купљених акција сваком акционару, као продавцу, у случају када су акционари циљног друштва прихватили понуду у већем обиму, него што је преузималац тражио (чл. 79.).¹⁷⁾ Преузималац мора пре почетка преузимања да обезбеди новчана средства за куповину свих акција, које је понудом тражио, и то на посебном рачуну код банке чланице Централног регистра хартија од вредности или да за тај износ положи банкарску гаранцију. Управни одбор циљног друштва, са своје стране, може, али није дужан, да обавести све понуђене акционаре о свом ставу поводом понуде. У том обавештењу може, али не мора, да препоручи акционарима прихватање или одбијање понуде. Ако не да никакву препоруку, то мора да образложи (чл. 72.).¹⁸⁾

Понудилац мора у преузимању да понуди акционарима циљног друштва најмање ону цену и остале услове по којим је купио акције у последњих 30 дана пре истицања понуде за преузимање (чл. 74.).¹⁹⁾ За време трајања понуде циљно друштво

-
- 15. Директива ЕУ јасно разликује добровољну од обавезне понуде за преузимање.
 - 16. Директива ЕУ предвиђа да рок за прихватање мора да буде између две и 10 недеља, с тим што утврђивање коначног распона трајања препушта правима држава чланица.
 - 17. У Немачкој, Француској и Републици Српској делимична понуда је забрањена, јер је допуштена само потпуна (неограничена) понуда, којом мора да се тражи куповина свих акција у циљном друштву, ако њихови имаоци хоће да их продају под понуђеним условима. У Британији је допуштена делимична јавна понуда за преузимање, али само уз изричиту претходну дозволу Одбора за преузимања и сједињавања, као специјализованог надзорног органа за преузимање. В. ЗНЕМ, чл. 19 и 32; ЗРС, чл. 2, ст. 2; Merle P., *op. cit.*, с. 718; Gower, Prentice & Pettet, *op. cit.*, с. 723.

тво не сме да врши емисију нових гласачких акција, а понудилац сме да стиче акције циљног друштва само под условима из понуде (чл. 73., 80. ст. 5). Преузимаоцу је забрањено да током трајања понуде истовремено продаје трећим лицима акције које је купио по основу понуде за преузимање (чл. 75.).²⁰⁾ Најмање 20 дана након "затварања" понуде, понудиоцу је забрањено да купује акције циљног друштва под друкчијим условима него што су они из понуде (чл. 76.). Понудиоцу је дозвољено да повиси цену акција из понуде пре њеног истека, с тим што је повишену цену дужан да исплати и акционарима који су већ прихватили понуду по нижој цени (чл. 77., 82. ст. 3). Ако се током трајања понуде за преузимање промене околности, тако да то битно утиче на одлуку акционара да прихвате понуду, понудилац је дужан да обавести о новим околностима све акционаре, Комисију и циљно друштво (чл. 71.).²¹⁾ Прихватиоци понуде су повлашћени у односу на општа правила о закључењу уговора, јер им се даје право да своје прихвате повуку (тј. одустану од продаје) давањем писменог налога било којег радног дана док траје понуда (чл. 81.).²²⁾

По истеку рока за прихватење понуде, преузималац утврђује њен укупан број купљених акција и исплаћује цену продавцима у року од три дана. Ако одлучи да продужи трајање понуде, мора претходно да исплати цену за дотад купљене хартије, а ако цену повиси, мора да је исплати у повишеном износу и ранијим прихватиоцима (чл. 82.).²³⁾ Понудилац је дужан да утврди исход понуде у року од 20 дана од њеног затварања и да о томе обавести Комисију. Ако је понуда успешно окончана, онда је дужан да је обавести и о укупном броју купљених акција (чл. 83.). Пошто је могуће да понуда буде и неуспешна, изгледа да Закон допушта могућност и условних понуда, по којим понудилац престаје да буде везан понудом, ако до истека

18. ЗНЕМ предвиђа да је управа циљног друштва дужна да акционарима објави своје образложено мишљење, нарочито у погледу намера да ли да прода или не своје акције у друштву (чл. 27.). Слично предвиђа и ЗРС (чл. 28.). Иста дужност терети и управу циљног друштва у Британији, и то у року од 14 дана од дана објављивања преузимаочевог писма о намерама (Gower, *op. cit.*, с. 724).
19. Овај "претходни рок" за утврђивање минималне цене Комисијин Правилник о преузимањима продужава на шест месеци (чл. 5.). Питање је да ли је ово правило Комисије законито, с обзиром да је у Закону предвиђен краћи рок. Директиве ЕУ допушта државама да националним правима предвиде рок за утврђивање минималну цене у трајању од шест до 12 месеци пре истицања понуде. Већина држава је прихватила рок од шест месеци, осим неколико њих, које су га продужила на годину дана (нпр. Хрватска и Република Српска).
20. Међутим, није му забрањено да нуди на продају те акције и да се обавезује да их након успешног окончања преузимања прода и преда трећем лицу, чиме се омогућава изигравање ове забране (ауторова напомена). И нуђење на продају је забрањено у ЗНЕМ (чл. 17.).
21. У упоредном праву је уобичајено, да се у случају измена понуде, било вольних или принудних, по сили закона продужава рок трајања понуде, како би се акционарима оставило време за размишљање. ЗСРБ то продужење не предвиђа.
22. У упоредном праву је уобичајено да се прихватиоцима даје право одустанка само у прописаним случајевима (нпр. накнадне измене понуде за преузимање, давање конкурентске понуде, инсолвентност понудиоца).

одређеног рока не успе да купи означенни број акција. То је у упоредном праву обично забрањено.²⁴⁾

ПРАВНЕ ПРАЗНИНЕ – На први поглед, лаику за преузимања изгледа да је Законом "заокружен" систем преузимања и да је оно свеобухватно и детаљно уређено. Стручњаку, међутим, одмах падају у очи бројна питања која нису уређена, тако да се стиче утисак да је, у процесу "изградње" система преузимања, "кућа стављена само под кров", а да није довршена и "оспособљена за употребу". Још је горе што ни Комисија за хартије од вредности није Законом овлашћена да својим прописима попуни те празнине у систему. То се закључује тумачењем на основу разлога супротности, јер је Комисија, по Закону, овлашћена да прописима уреди само тачно предвиђена питања, и то: 1) образац и садржину понуде, 2) образац захтева за допуштање понуде и прилоге, 3) начин упућивања понуде за преузимање акционарима, 4) образац и начин упућивања обавештења о изменама понуде и 5) образац и начин упућивања обавештења управе (чл. 69 – 72.). Ипак, то овлашћење би Комисија могла да заснује на општем правилу о надлежности да доноси акте ради спровођења Закона (чл. 218.). Чини се да је Комисија претерала у широком схватању својих овлашћења, јер је Правилником о садржини и форми понуде за преузимање уредила бројна питања, која Закон није уредио, при чему су нека питања уређена супротно Закону.

Празнине су бројне и озбиљне. Могу да се поделе на више група према фази преузимања.

У фази пре истицања понуде има најмање четири празнине. Прва је да Закон уопште не садржи начела о преузимању, чиме се битно отежава тумачење његових одредби у овом питању, што ће свакако изазивати бројне спорове у пракси. Уобичајена начела су начело равноправности акционара циљног друштва (1), њихове благовремене и довољне обавештености (2), хитности поступка преузимања (3), заштите интереса циљног друштва (4) и спречавања поремећаја на тржишту вредносница.²⁵⁾ Друга празнина је што Законом није уређено писмо о намерама, које преузималац често може или мора да упути управи друштва, пре него што уопште истакне понуду за преузимање. Циљ тог писма је да се управа циљног

23. Упоредно право обично предвиђа крајњи рок трајања понуде, што не предвиђа ЗСРБ. Нпр. ЗНЕМ превиђа да понуда траје означено време, али најкраће четири недеље, а најдуже 10 недеља од часа објављивања (чл. 16), ЗРС, да траје најкраће 30, а најдуже 60 дана од дана објављивања (осим ако је продужена због конкурентске понуде, чл. 15). француско право, да траје најкраће 25, а најдуже 35 берзанских радних дана (Merle P., *op. cit.*, c. 724), а британско, да траје најкраће 21 дан, а најдуже 60 дана од дана објављивања (Gower, *op. cit.*, c. 726, 727).
24. Нпр. в. ЗНЕМ, чл. 18. Ипак, ЗРС допушта понудиоцу, који је истакао вољну понуду за преузимање, да одбије прихвате, условљавањем да понуђене му акције буду без терета (нпр. залога, ужитак), или да купи најмање већинско учешће у циљном друштву, рачунајући и акције које већ има (чл. 14).
25. ЗНЕМ, чл. 3; ЗРС, чл. 3.

друштва приволи на сарадњу, уверавањем да је преузимање у интересу циљног друштва, како би се избегле тешкоће непријатељског преузимања. Упоредно право га детаљно уређује (дужност давања, форму, време давања, садржину, адресате, објављивање и сл.), често предвиђајући обавезу његовог објављивања у прописано време и са прописаном садржином.²⁶⁾ Трећа празнина је да се Законом не уређују рокови за подношење захтева Комисији за допуштање понуде, за одлучивање Комисије о захтеву, као ни за истицање понуде акционарима циљног друштва. Тиме се омогућава изигравање постојећих правила и манипулисање на тржишту акцијама циљног друштва.²⁷⁾ Четврта празнина је што Закон не уређује која су овлашћења Комисије при одобравању понуде за преузимање, а нарочито да ли може дискреционо да одбије захтев за вольну понуду. Упоредно право јој углавном не даје или јој битно ограничава дискрецију, тачно предвиђајући разлоге забрањивања понуде за преузимање (нпр. мане у садржини понуде, мане у објављивању или трајењу њеног допуштања).²⁸⁾

У фази истицања понуде празнине су, такође, бројне. Прво, није јасно да ли је Законом уређена само принудна или и добровољна понуда за преузимање. Отуда није јасно да ли се његов правни режим примењује и кад прузималац вольно истакне јавну понуду за преузимање, иако на њу није обавезан. Упоредно право уређује истим правилима преузимање на основу и вольне и принудне понуде, с тим што за принудну понуду предвиђа одређене изузетке или посебна правила.²⁹⁾ Друго, није уређен начин давања добровољне понуде за преузимање, тако да није јасно на који се начин саопштава акционарима циљног друштва. Чак није изричito предвиђено да се упућује свим акционарима друштва, али се то закључује из одредбе о истоветности понуђених услова за све акционаре (чл. 74.). Тиме се омогућава изигравање законског режима о преузимању, путем упућивања понуде са ограниченом јавношћу (нпр. усмено на ТВ или радију, или у месним новинама, које се не продају у месту седишта циљног друштва и сл.). Ни у Правилнику Комисије није јасно да ли се његова правила односе и на вольну понуду или само на обавезну понуду, јер се њиме само упућује на понуду из Закона.³⁰⁾ Треће, иако је уређена обавеза давања понуде за преузимање кад "намерник" жели да стекне прописано гранично учешће од 25% капитала циљног друштва, није предвиђено да ли се понуда за преузи-

26. Немачко и америчко право предвиђају дужност објављивања писма о намерама без изузетака кад прузималац одлучи да истакне јавну понуду за преузимање, иако на то није дужан (ЗНЕМ, чл. 10). ЗРС прузимаоца на то не обавезује уопште (чл. 5), а британско и француско право га обавезују у прописаним случајевима (кад прузималац чврсто одлучи да покуша преузимање, или ради спречавања штетних гласина или поремећаја на тржишту). В. Gower, *op. cit.*, с. 710, 711.
27. ЗНЕМ нпр. предвиђа рок објављивања понуде од 10 дана од дана пријема Комисијине дозволе (чл. 14, ст. 2), ЗРС од 7 дана (чл. 18), а у британском праву тај рок је 28 дана од дана објављивања писма о намерама (Gower, *op. cit.*, с. 724).
28. ЗНЕМ, чл. 15.
29. ЗНЕМ, чл. 39; ЗРС, чл. 5 – 7.
30. ЗНЕМ, чл. 14.

мање мора да истакне и кад је преузималац већ стекао гранично учешће.³¹⁾ То опет омогућава изигравање дужности давања понуде и оштећивање ситних акционара. Упоредно право обично обавезује преузимаоца да истакне јавну понуду за преузимање свим акционарима циљног друштва, кад стекне прописано учешће у капиталу циљног друштва (у ЕУ обично око 30%), у које се урачунава већ постојеће учешће преузимаоца.³²⁾ Четврто, Законом нису предвиђени бројни оправдани изузети од обавезе истицања понуде за преузимање. Само је од те обавезе изузета држава. Упоредно право предвиђа неколико случајева, који се углавном своде на непостојање намере стицања владајућег учешћа у предметном друштву. Ти случајеви су, рецимо: кад је прописано учешће стечено наслеђем, или деобом брачне тековине, или у стечају циљног друштва, његовом припајању, или без намере стицања владајућег учешћа, или кад друго лице има веће учешће у истом друштву и друго.³³⁾ Пето, Закон не уређује ни основну садржину понуде за преузимање, чиме се Комисији даје велика слобода у уређивању тог питања.³⁴⁾ Осим тога, требало је Законом да се берза изричito овласти да донесе детаљнија правила о јавној понуди за преузимање циљног друштва, које се у њој котира, као што је то свуда у свету. Шесто, Законом није искључена одговорност Комисије за тачност и потпуност података у понуди за преузимање, чије истицање је одобрila, ако понуђени акционари претрпе штету због њене нетачности или непотпуности.³⁵⁾ Отуда би оштећени акционари имали право да од ње траже накнаду штете, по општим правилима о имовинској одговорности државних органа и њихових службеника.

У фази трајања понуде и њеног прихватања празине су зачуђујуће. Најпре, Законом није уређено рекламирање понуде за преузимање, чиме се омогућава претерано утицање на вољу неуких акционара циљног друштва, употребом разним манипулативних средстава психолошког утицаја (нпр. телефонски позиви, кућне по-

31. Додуше, ову празнину донекле попуњава Закон о предузећима, којим је предвиђена обавеза за стицаоца већинског учешћа у капиталу акционарског друштва, да откупи акције свих осталих акционара, ако му они то понуде (чл. 413).
32. ЗНЕМ предвиђа учешће од 30% (чл. 29, 32, 35, 37), а ЗРС од 25% (чл. 4). Француско и британско право предвиђају два случаја обавезног истицања јавне понуде: 1) кад одређено лице стекне 30% (у Француској 1/3) акција циљног друштва, заједно са оним које већ има, дужно је да истакне јавну понуду и за куповину свих осталих акција циљног друштва; 2) кад неко лице има више од 30% (у Француској 1/3) свих акција циљног друштва, али мање од половине, дужно је да истакне јавну понуду за свако будуће "крупно" стицање акција. Крупно стицање је куповина више од 2% капитала циљног друштва у току 12 узастопних месеци. В. Merle P., *op. cit.*, с. 717; Gower, *op. cit.*, с. 719 – 721; Скица, чл. 556.
33. У Немачкој стицаоца граничног учешћа може да ослободи обавезе давања понуде за преузимање само надлежни савезни надзорни орган, који иначе даје дозволе за објављивање вољних понуда, а у Републици Српској његова одлука није потребна (ЗНЕМ, чл. 37; ЗРС, чл. 7).
34. ЗНЕМ, чл. 11; ЗРС, чл. 12. Ову празнину отклања Комисијино упутство о садржини и форми понуде за преузимање акција (Сл. гл. Срб. 102/03). Чини се, ипак, да би се правна сигурност улагача боље заштитила да је Законом уређена основна садржина понуде, уз овлашћење Комисије да је својим прописима разради.
35. ЗНЕМ, чл. 12. ЗРС, чл. 32.

сете, презентације, дељење летака на улици). Упоредно право обично то питање јасно уређује, предвиђајући да се додатни огласи и агитовање ради преузимања пре и за време његовог тока могу да објављују одн. предузимају само уз претходну сагласност надлежног званичног надзорног органа (нпр. Комисије), преко професионалног трговца вредносницама и уз његову солидарну одговорност за штету акционарима.³⁶⁾

Друго, нису уређене посебне врсте јавне понуде, као што је делимична, условна, алтернативна и конкурентска понуда. Док су делимична и условна понуда забрањене или битно ограничена упоредним правом, дотле су алтернативна и конкурентска понуда допуштене и јасно уређене. Обично се допушта да вольна понуда буде условна, па и делимична, уз претходно допуштење званичног надзорног органа, али је то забрањено за обавезну понуду. Алтернативном понудом преузималац нуди акционарима циљаног друштва алтернативну накнаду у новцу или вредносним папирима, чији је емитент преузималац или друго лице. У пракси се најчешће пријатељско преузимање и врши уз алтернативне понуде.³⁷⁾ Конкурентска (такмичарска) понуда је понуда трећег лица акционарима циљаног друштва, под поボљијим условима од понуде првобитног преузимаоца. Упоредно право обично првобитном преузимаоцу даје право, након истицања такмичарске понуде, да побољша услове у својој понуди и да јој продужи рок, а акционари који су прихватили његову првобитну понуду нису више везани својим прихватима.³⁸⁾ С обзиром да су посебне врсте понуде врло веште технике изигравања законских забрана, било је нужно да се нашим Законом утврде бар основна правила за преузимање котираних друштава, уз овлашћивање Комисије и берзе да предвиде детаљнија правила. Ове празнине је Комисија уредила Правилником о преузимањима, иако су јој правила о актернативној и конкурентској понуди доста површна, добро је што их је Комисија донела, јер је боље да се имају бар некаква правила. Питање је, међутим, да ли је уопште на то била овлашћена, јер по Закону она није стваралац права на тржишту вредносница, већ само њихов "примењивач".

Треће, измене понуде, вольне или принудне због промењених околности, толико су површно Законом уређене, да готово ни на шта не обавезују преузимаоца. Упоредно право их, напротив, јасно уређује, тако да преузималац тачно зна кад мора да измени и објави измену понуде и на који начин. Осим тога, обично се због измена понуде при крају њеног трајања продужава рок њеног прихваташа, како би се оставило време за размишљање акционарима циљаног друштва. Такође, ако су измене за њих неповољне, онда се прихватиоци не сматрају више везаним својим прихватима, а ако су повољне, онда се побољшање односи и на раније прихватиоце по сили закона.³⁹⁾

36. ЗНЕМ, чл. 17, 28; Gower, *op. cit.*, с. 728-731.

37. Merle P., *op. cit.*, с. 720-722.

38. ЗНЕМ, чл. 22; ЗРС, чл. 15, 16; Gower, *op. cit.*, с. 727; Мерле, *op. cit.*, с. 724.

39. ЗНЕМ, чл. 21, 22; ЗРС, чл. 13, ст. 5; Gower, *op. cit.*, с. 727.

Четврта празнина је можда најзначајнија, јер се због ње потпуно губи смисао свих законских правила о преузимању друштава. Она се састоји у томе што Законом није уређено заједничко (групно, сложно) стицање владајућег учешћа у циљном друштву. Да би избегао законску обавезу истицања понуде за преузимање, често преузималац образује групу за стицање са другим лицима, тако да сваки члан групе стиче мало учешће, испод прописаног граничног учешћа, али тако да она у укупном збиру превазилазе гранично учешће, омогућавајући преузимаоцу тајну владавину друштвом. Због тога упоредно право успоставља фикцију да се сви чланови групе за стицање сматрају једним лицем у вези обавезе истицања понуде за преузимање. Ради олакшаног доказивања, обично се успостављају претпоставке о томе која лица су повезана са преузимаоцем, тако да чине групу за стицање. Та лица су обично ближи чланови његове породице, други укућани, повезана лица у смислу компанијског права и слично. Осим тога чланом групе се сматра и лице које стиче акције у циљном друштву у своје име, а за рачун преузимаоца.⁴⁰⁾Нашим Законом се само предвиђа да у групу за стицање улази зависно предузеће стицаоца граничног учешћа (чл. 68.). Комисија није ни покушала да уреди поменутим правилником групно стицање.

Пета празнина се односи на забрану управи циљног друштва да предузима одбрамбене мере у своју личну корист, ако је преузимање корисно и за друштво и за његове акционаре, коју наше право не садржи. Упоредно право допушта одбрану од непријатељског преузимања, али само ако тако одлучи скупштина циљног друштва. Његова управа не сме самостално да предузима одбрамбене мере. Нашим законом је, међутим, забрањено циљном друштву само да током трајања преузимања обави емисију акција са правом гласа (чл. 80, ст. 5.), што, као усамљена одредба у материји одбране циљног друштва, делује прилично бесмислено. Осим тога, упоредно право обично уређује основне допуштене технике одбране (нпр. "златни падобран", "бели вitez", "отровна пиљка" и др.), како се не би учествујућим друштвима створиле веће штете него користи, што нашим законописцима није било ни на крај памети да унесу у Закон.⁴¹⁾Са друге стране, и понудиоцу је забрањено да током преузимања предузима одређене послове, а нарочито ради олакшаног стицања ван услова из понуде акција у циљном друштву. Иако, неке забране наш Закон садржи, оне су сувише уопштене, те се лако избегавају у примени (чл. 73–77.).

Шеста празнина се тиче законске неуређености најниже цене у понуди за преузимање. Суштина упоредног права у овом питању је да се натера преузималац да од акционара циљног друштва купи акције најмање по цени по којој их је стекао гранично учешће или по вишој цени, ако је она накнадно на тржишту скочи-

40. Директива ЕУ уређује на сличан начин фикцију групног стицања. По угледу на њу, док је још била у фази предлога, многе земље су на исти начин уредиле ово питање. В. ЗНЕМ, чл. 30; ЗРС, чл. 8.

41. ЗНЕМ, чл. 26, 33; ЗРС, чл. 11; Merle P., *op. cit.*, с. 726-730; Gower, *op. cit.*, с. 712, 732 - 737; Петрикић Р., *op. cit.*, с. 213-216.

ла.⁴²⁾ Ово питање је како тако уређено Правилником Комисије, иако је било боље да је јасно уређено законом.

Седма празнина се тиче забране управи циљног друштва да буде преузималац, осим уз сагласност скупштине друштва (енг. *management buy-in*). Управи је такође упоредним правом забрањено, да и кад стекне владајуће учешће, цену стечених акција исплаћује прихватиоцима њене понуде из профита које је циљно друштво стекло пре преузимања. Иста забрана постоји и за спољног преузимаоца (енг. *leverage buy-out, leverage buy-in*). Нашим Законом то уопште није ни поменуто.⁴³⁾

Најзад, осмо, врло опасна празнина је што се Законом уопште не уређује непосредно стицање владајућег учешћа, без истицања јавне понуде, на основу приватне нагодбе преузимаоца са крупним акционарима циљног друштва. Њима он исплаћује вишу цену, занемарујући ситне акционаре, којим такву куповину не прихвата, пошто је већ стекао владајуће учешће. Ипак, против ове могућности стоји обавеза истицања понуде за преузимање, која је предвиђена нашим Законом, за случај да неко лице намерава да стекне најмање 25% учешћа у капиталу акционарског друштва. Али, ако је преузимаоцу довољно и мање учешће за владавину друштвом, та обавеза га не терети, те је потпуно слободан да приватно уговора са крупним акционарима какве год хоће цене, повређујући начело равноправности акционара циљног друштва. Упоредно право у таквом случају обавезује преузимаоца да по истој ценi купи и акције ситних акционара, и то јавно. Ако он то неће, онда је дужан да умањи број акција које купује крупним акционарима сразмерно учешћу ситних акционара у капиталу циљног друштва, како би по истој ценi омогућио и ситним акционарима да му продају сразмеран део својих акција.⁴⁴⁾

Последња група празнина се односи на фазу окончања преузимања, у којој се утврђује исход преузимања. Наше право предвиђа да преузималац сам утврђује исход и о томе извештава Комисију у року од 20 дана након затварања понуде. Иако Законом није уређено значење израза "затварање понуде", вероватно се мисли на истек последњег дана рока за њено прихватавање. Упоредно право обично предвиђа да исход утврђује званични надзорни орган, на основу података које му доставља преузималац и циљно друштво, као и берза, ако је циљно друштво котирано у њој. Такође, ако је вољна јавна понуда за преузимање била неуспешна, јер понудилац није успео да купи означен број акција или да стекне означено учешће (нпр. због успешне одбране циљног друштва), или ако је понудилац од понуде одустао због промењених околности, успеха конкурента или других оправданих разлога, или му је преузимање званични орган забранио због кршења прописа, упоредно право изричito таквом неуспелом понудиоцу забрањује да прописано време стекне ма и једну акцију истог циљног друштва (обично следећих 12 месеци).⁴⁵⁾

42. ЗНЕМ, чл. 31; ЗРС, чл. 15.

43. Матић Зоран, "МБО и МБИ као приватизационе мере", Право и привреда, Београд, 5-8/2003, с. 1006–1007.

44. Juglart Michel et Ippolito Benjamin, Traité de droit commercial, tome 7: Banques et bourses, ed. 3, par Lucien M. Martin, Montchrestien, 1991, с. 846, 847; Gower, *op. cit.*, с. 721.

ЦИЉНО ДРУШТВО – Већина националних права ограничава примену посебног режима преузимања на акционарска друштва котирана на берзи (Директива ЕУ, Немачка, Француска), а понека и на сва отворена (јавна) акционарска друштва (Република Српска, Мађарска, Румунија, Бугарска, Чешка, Хрватска, Словенија).⁴⁶⁾ Изузетак је британско право, које га примењује на сва друштва капитала, укључујући и друштва с ограниченом одговорношћу, без обзира да ли су им акције односно удели у јавном промету и да ли се котирају у берзи.⁴⁷⁾ Изгледа да је оправданији шири, британски, приступ уређивања овог питања. Иако до преузимања најчешће долази у берзански котираним акционарским друштвима, суштина преузимања се огледа у правним ограничењима преносивости учешћа са правом гласа у капиталу одређеног друштва. Ако је пренос учешћа (акција или удела) слободан, онда је већа могућност презимања владавине друштвом противно вољи управе друштва и његовог дотадашњег владаоца, без обзира на организациони облик друштва. Отуда за примену посебног режима није значајно да ли се стиче учешће у капиталу у облику акција, што је случај са акционарским друштвом, или удела, што је случај са друштвом с ограниченом одговорношћу. Битно је да по закону или статуту циљног друштва чланови имају право на слободан пренос својих учешћа било на друге чланове истог друштва или на трећа лица (тзв. отворено друштво). Кад постоји слобода преноса учешћа у капиталу, постојећи владалац теже контролише величину учешћа осталих чланова друштва, тако да може да се деси да одређено лице, противно његовој вољи, постане нови владалац. Ако је слобода преноса учешћа ограничена (нпр. правом прече куповине постојећих акционара или самог друштва, сагласношћу управе друштва и сл.) у циљном друштву (тзв. затворено друштво), онда је могућност преузимања много ограниченија, мада није искључена. Због тога може да се закључи, имајући у виду циљеве правног уређивања преузимања (равноправност и обавештеност акционара, заштита циљног друштва, исплативост преузимања и стабилност тржишта вредносних папира), да посебан правни режим преузимања треба да се примењује на сва друштва у којим се по општим правилима може слободно да стиче учешће у капиталу (отворено друштво), без обзира на њихов организациони облик и да ли се котирају на берзи.

ПРЕУЗИМАЊЕ У ПРИВАТИЗАЦИЈИ – Од кад је Закон почeo да се примењујe (1. октобар 2003. г.), код нас је настао проблем у приватизацији. Он се састоји у томе што су Законом изузети од обавезе истицања понуде за преузимање само купци, који акције у приватизацији стичу у *емисији* од субјекта приватизације (предузеће са државним или друштвеним капиталом). Акције које на тај начин ни-

45. ЗНЕМ, чл. 26; Gower, *op. cit.*, с. 231; Merle P., *op. cit.*, с. 724.

46. ЗНЕМ, чл. 1. и 2. ст. 3. и 7; Merle P., *op. cit.*, с. 713, 716; ЗСРБ, чл. 42, 67, 261; ЗРС, чл. 2; Закон о предузећима ограничава примену режима добровољних понуда само на берзански котирана друштва (чл. 411).

47. Закон о компанијама Британије, део XIIIА; в. Gower, Prentice & Pettet, *op. cit.*, с. 732.

су продате у приватизацији, по сили закона прелазе на Акцијски фонд. Он је дужан да их продаје на тзв. "секундарном" тржишту заједно са акцијама, које нису бесплатно подељене по основу укинутог Закона о својинској трансформацији из 1997. г., јер су и оне прешли на њега по сили закона. Међутим, купци акција од Акцијског фонда, као акционара (а не издаваоца), нису Законом изузети од обавезе истицања понуде за преузимање (тј. од обавезе куповине акција по истој цени) и осталим акционарима предузећа у приватизацији. Значи, ако купац намерава да од Акцијског фонда купи 25% или више учешћа у капиталу неког предузећа, мора да истакне понуду за куповину и осталим његовим акционарима (обично запосленима и пензионарима) по истој цени. То је поштено и у складу са начелом равноправности акционара циљног друштва, које штити правни режим преузимања. Међутим, са продајама акција из Акцијског фонда се стало, јер су Акцијски фонд и Агенција за приватизацију очекивали да њихове купце држава ослободи такве обавезе и тиме их повласти. Такво очекивање се брани потребом убрзавања приватизације и постизања што веће цене "државних" акција. Због тога су и тражили од Комисије за хартије од вредности да заузме такав став, иако он није заснован на Закону. Комисија је, међутим, одбила да званично заузме такав став, што је, чини се, исправно са становишта заштите поштености трговине хартијама и заштите поверења малих акционара у иницијатије и законитост на финансијском тржишту. Отуда нема правне сметње да се настави са продајама акција из Акцијског фонда, с тим што су купци "државних" учешћа преко прописаног "прага" сада дужни да поштују режим преузимања и да купе акције и од малих акционара, а не само од Фонда. То ће свакако да обори цену државних акција на тржишту, али ће и да спреци олако и јефтиније стицање владајућих учешћа у нашим предузећима куповинама само од једног великог акционара (државе) уз касније "злостављање" малих акционара од новог "газде" у предузећу.

Овде треба да се нагласи да су неке суседне државе изузеле продаје државних великих учешћа у акционарским друштвима у приватизацији из општег режима преузимања. То су учиниле, рецимо, Република Српска и Румунија, без ограничења изузећа. Словенија је изузела само домаће инвестицијоне фондове од обавезе истицања понуде за преузимање у случају куповине великих државних учешћа, а Хрватска је свом Приватизационом фонду, који тамо има улогу нашег Акцијског фонда, наметнула обавезу да обавести Комисију за вредносне папире у року од 14 дана од ступања на снагу Закона о преузимању акционарских друштава из 2003. г. о томе у којим предузећима намерава да отуђи велика учешћа, која су иначе под режимом преузимања, да би своје купце ослободио обавезе истицања понуде за преузимање, уз додатан услов да таква учешћа заиста прода у наредних шест месеци (чл. 7).⁴⁸⁾ Таквих изузећа у западним земљама нема.

ЗАКЉУЧАК – Из изложеног је очигледно да је српски правни режим преузимања привредних друштава, због бројних и значајних празнина, као и због низа

48. ЗРС, чл. 7; Уредба о вредносницама, инвестицијама и регулисаним тржиштима Румуније из 2002, чл. 135; Закон о преузимањима Словеније из 1997, чл. 80-82.

нејасних и неодговарајућих правила, недовршен, тешко примењив и неефикасан у контроли недозвољених, преварних и штетних радњи преузимаоца, крупних акционара и управе цијльног друштва. Такође је очигледно да лако може да се изигра, чиме се избегава његова примена (нпр. заједничким стицањем или непосредном погодбом до граничног учешћа) и омогућава имаоцима крупног капитала да лако и јефтино стичу владајућа учешћа у привредним друштвима у Србији, а на штету ситних акционара (углавном радника у приватизацији) и цијльног друштва. Кад се то има у виду, питање је да ли је такав правни режим заведен намерно или случајно, рецимо, због нестручности или површности законописаца. Ако се има у виду да су земље из блиског окружења Србије, донеле посебне и ваљане законе о преузимању (Република Српска, Немачка, Хрватска), изговор нестручности законописаца није убедљив, јер су лако могли да те законе прибаве и проуче. Чини се да је по среди намера законописаца да повлађују грамзивости и безочности ималација крупног капитала, како би се, наводно, остварио виши економски и политички интерес земље, а то "домаћинско газдовање" привредом. То се нарочито закључује кад се лакоћа преузимања повеже са постојећим стањем у акционарству Србије и осталим решењима Закона о тржишту хартија од вредности. Наиме, пре завођења новог система приватизације 2002. године у Србији су била приватизована бројна друштвена предузећа углавном бесплатно расподелом акција њиховим радницима. Отуда је акционарство по претходном режиму уситњено и многобројно. Нови систем приватизације има за циљ укрупњавање капитала, с тим што настоји да укрупни капитал у рукама малог броја нових власника не само још у неприватизованим, него и у раније приватизованим предузећима. То се може лако постићи благим уређивањем система преузимања владајућег учешћа од "радничке сиротиње", која држи акције из претходних приватизација, често у добростојећим предузећима. Да је то тако, доказ је и ретроактивност Закона (чл. 261, ст. 2), која принуђава да сва раније приватизована предузећа буду отворена акционарска друштва, са неограниченом преносивишћу акција, котирана на берзи, без обзира што многа од њих уопште нису спремна да изађу на јавно берзанско тржиште због своје економске слабости и неискуства у берзанском трговини. Како су овакве намере законодавца безочне, неморалне и неправичне, и сам Закон је такав, те би требало што хитније да се измени. Како су, пак, мане Закона у свим питањима које уређује крупне, укључујући и питање преузимање владајућег учешћа, сигурно је да се не могу отклонити обичним изменама. Због тога је потребно да се донесе цео нов закон о тржишту вредносница, који би ту материју уредио ваљано, како је то учињено у свим озбиљним земљама, и то у општем интересу свих ученика у пословању вредносницама (емитентата, професионалаца, улагача и државе).

**Ph.D. Nebojša Jovanović,
Associated Professor at the Faculty of Law
University of Belgrade**

THE SERBIAN LAW'S LOOPHOLES IN REGULATING TAKEOVER OF COMPANIES

Summary

In this conference paper the author explains questions that are not regulated in current Serbian law on takeovers of companies. He does that by comparing the rules on takeover of companies limited by shares in the Securities and Other Financial Instruments Market Act from 2002 with adequate regulations in other countries, which regulate that phenomenon in proper way. After contemplation of the notion of takeover in general, as well as its advantages and disadvantages, the author explains Serbian legal regime on takeovers, pointing to the loopholes within it and to the problem, which it has created in privatization. In conclusion, the author especially contemplates the scope of the takeovers special legal regime regarding to the organizational shape of a target company. Finally, he concludes that the Serbian legal regime on takeover of companies is "mild" one and that the legislator introduced it intentionally in order to enable the holders of large capital to "conquer" easily wealthy Serbian privatized companies.

Key Words: Takeover; Governing Holding; Company; Company Limited by Shares

*Др Боса Ненадић,
судија Усавног суда Србије*

Отворена питања финансирања надлежности Државне заједнице Србија и Црна Гора

Р е з и м е

У овом раду је извршиена анализа усавнотравних решења и досадашње траксе финансирања надлежности државне заједнице Србија и Црне Горе. То нам је дало за право да констатујемо да Државна заједница нема изворне приходе (сем минорних), да њен законодавни орган не распореда "буџетском функцијом", и да она нема ни акти који се зове буџет, већ својеврсни рачун прихода и расхода који Савет министара у "садејству" с надлежним органима Државе чланица предложе Скупштини Србије и Црне Горе. Све то утиче на закључак да Државна заједница нема деловирна овлашћења у обезбеђивању средстава за финансирање својих надлежности, већ да њена "финансијска моћ" у постуности зависи од воље државе чланица.

Кључне речи: Усавна повела државне заједнице Србија и Црна Гора; финансирање надлежности сложено уређених држава; акт о годишњим приходима и расходима - квазибуџет Државне заједнице; дојриноси државе чланица и изворни приходи Државне заједнице.

Веома је деликатан и одговоран задатак који има уставотворац сваке сложено уређене државе приликом утврђивања одредаба о начину финансирања њених надлежности и надлежности њених држава чланица (тзв. финансијски устав),¹⁾ јер

то је област у којој се најбоље одсликава целина односа два нивоа власти. Ове уставне одредбе треба да омогуће обезбеђивање неопходних материјалних претпоставки за остваривање како функција државне заједнице, тако и функција њених држава чланица. Теоријски гледано, та уставна решења морају бити таква да теже успостављању својеврсне равнотеже између уставних функција сложене државе и уставних функција њених држава чланица, с једне стране, и представа потребних за обављање тако расподељених функција, с друге стране. Идеално би решење било, када би приходи одговарали расподели функција између та два нивоа власти, и када би и сложена држава и њене државе чланице имале на располагању толико представа колико им је за обављање њихових функција (надлежности) неопходно. Међутим, у стварности то није случај. Пракса говори да таква равнотежа није постизана, и да су или државна заједница или њене државе чланице у одређеном периоду располагале са мање представа него што им је за обављање њихових функција било потребно.²⁾

Анализа уставноправних решења у савременим сложено уређеним земљама показује да у овим земљама постоје: извори прихода који припадају искључиво сложеној државној заједници (нпр. царине, одређени облици пореза, поједине таксе); затим извори прихода који се деле између два нивоа власти - државне заједнице и држава чланица (нпр. одређени облици пореза); и на крају, извори прихода који представљају искључиво приход држава чланица.

Такође, треба рећи да упоредна пракса показује да савремене сложене државе (сем незнатних изузетака), располажу високим степеном самосталности у погледу утврђивање врсте и висине прихода за финансирање својих функција. У пракси њихов буџет је тај који садржи много већа средства од представа којима располаже буџет било њене државе чланице.

1. Уставна концепција финансирања надлежности државне заједнице Србија и Црна Гора

Питање финансирања савезне државе и република чланица у развоју југословенске федерације имало је интересантну еволуцију. Решења о финансирању савезне државе у уставним текстовима и законодавству југословенске федерације кретала су се, од прецизне расподеле прихода између федерације и њених чланица (коју је вршила федерација) до решења која су умногоме ограничавала финансијску самосталност федерације. Устав СРЈ из 1992. године спадао је у ред устава који је садржао релативно мали број одредаба о финансирању савезне државе, али је федерација по том Уставу имала потпуну самосталност у одређивању врсте и висине прихода савезног буџета. Савезни законодавац био је властан да ову област у

1. Уставна Повеља државне заједнице Србија и Црна Гора говори о "финансирању надлежности државне заједнице Србија и Црна Гора" (наслов изнад члана 18. Повеље), односно о финансирању "надлежности поверилих Србији и Црној Гори" (члан 19. Повеље.).
2. М. Јовичић, *Савремени федерализам*, Београд, 1973, стр. 190.

суштини самостално уређује, без значајнијих уставних ограничења. Међутим, у пракси се ова уставна решења нису ни издалека остваривала.³⁾

У овом раду нећемо улазити у одређивање карактера државне заједнице Србија и Црна Гора - да ли је то конфедерација нарочитог облика, савез држава, унија држава, међународна организација, уговорна творевина и сл., већ ћемо, за потребе овог рада, поћи од тога да је државна заједница Србија и Црна Гора (у даљем тексту: Државна заједница), по свом уређењу сложена држава, чији модел није једноставан, а ни теоријски сасвим јасан.⁴⁾

1. Одредбе Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора (у даљем тексту: Уставна повеља) о финансирању надлежности Државне заједнице веома се разликују у односу на решења која су карактерисала Устав СРЈ. Ове одредбе су израз промена до којих је дошло у карактеру заједничке државе Србије и Црне Горе, а које се, поред осталог, огледају у: а) значајном сужењу обима, односно броја и домашаја функција (надлежности) које су поверене Државној заједници; б) изузетно високом степену функционалне и укупне зависности Државне заједнице од учешћа држава чланица у остваривању њених надлежности; в) веома високом степену самосталности држава чланица уопште (које често иступају и као самосталне државе).

Савремена заједничка држава Србије и Црне Горе, по Уставној повељи, нема изворних надлежности, већ само "пренете надлежности" које извршно остају у државама чланицама. Те надлежности Државне заједнице су далеко малобројне, него што је то било по Уставу СРЈ, па је отуда и за њихово вршење неопходно обезбедити мањи износ средстава. Међутим, и међу тим малобројним и по домашају скромним функцијама које су "пренете" у надлежност Државне заједнице, нашле су се и поједине изузетно важне државне функције (као што су нпр. одбрана и спољни послови), чије вршење захтева значајна финансијска средства. С тог становишта, у упоредној пракси се те функције сматрају "скупим државним функцијама". Ипак, у целини гледано у надлежности Државне заједнице преовладавају "јефтиније функције" чије вршење захтева скромнија финансијска средства. Наиме, Државна заједница претежно уређује друштвене односе у областима које су јој пренете у надлежност Уставном повељом, а њене институције само изузетно обезбеђује извршавање појединих закона и других одлука.⁵⁾

За сагледавање *уставне концепције финансирања Државне заједнице* од значаја су решења Уставне повеље према којима:

3. Вид. опширније Б. Ненадић, *Финансирање функција Савезне Републике Југославије*, Право, бр. 3-4, 1996, стр. 5. до 26.
4. О карактеру Државне заједнице вид. Д. Поповић, *Основи уставног права*, Београд, 2004., стр. 158. и д.
5. У већини области које су у надлежности Државне заједнице не постоји истовремено, нити у истом обиму (димензији), законодавна и извршна функција Заједнице. Уставном повељом напуштен је систем "двоструког колосека" извршавања закона, тако да само поједине законе и прописе Државне заједнице извршавају њене институције, а све остale њене прописе извршавају државе чланице.

- 1) државе чланице обезбеђују финансијска средства за обављање поверилих надлежности и додатих послова Србије и Црне Горе (члан 18);
- 2) Скупштина Србије и Црне Горе доноси акт о годишњим приходима и расходима неопходним за финансирање надлежности поверилих Србији и Црној Гори (члан 19. став 1. алинеја 10);
- 3) акт о годишњим приходима и расходима за финансирање надлежности Србије и Црне Горе доноси се на предлог Савета министара и надлежних органа држава чланица.⁶⁾

Из изнетог следи да Скупштина Србије и Црне Горе не располаже буџетским правом, те да Државна заједница и нема буџет (мада га има свака јединица локалне самоуправе), већ својеврсни рачун прихода и расхода неопходних за финансирање надлежности поверилих Србији и Црној Гори - квазибуџет, у коме се на годишњем нивоу утврђују њени приходи и расходи. Отуда се у уставној доктрини примећује "да је у погледу буџетског права мала балканска конфедерација заостала за својим узором, какав у многоме представља Европска Унија, чији парламент располаже буџетским правом".⁷⁾ Средства за финансирање надлежности Државне заједнице по Уставној повељи обезбеђују државе чланице. То значи, да Државна заједница средства за финансирање свих надлежности не обезбеђује из изворних прихода, већ та средства непосредно обезбеђују државе чланице. Уставна повеља нема одредаба о томе на који начин државе чланице обезбеђују та средства, нити о којој врсти средстава се ради. Међутим, како стоји у одредбама чл. 18. и 19. Уставне повеље, рекло би се да основни приход Државне заједнице у суштини чине доприноси држава чланица, које републички законодавац сада зове "трансфер на средства Србији и Црној Гори", односно "приходи из буџета држава чланица".⁸⁾ Такође, Уставна повеља не садржи ни начелно одређење по ком критеријуму државе чланице учествују у обезбеђивању средства за финансирање надлежности Државне заједнице. Питање критеријума за учешће држава чланица у обезбеђивању средстава за финансирање надлежности Државне заједнице, с обзиром на њену специфичност, доста је деликатно. Ради се о двочланој заједници, са веома различитом економском снагом и бројем становника држава чланица, па се основано поставља питање како и по ком критеријуму ће се обезбеђивати средстава за финансирање њених надлежности.⁹⁾ У упоредном праву уобичајено је да те доприно-

6. Уставна повеља не говори о томе који су то надлежни органи држава чланица. Било би логично да су то владе, али у досадашњој пракси обим прихода и расхода за потребе Државне заједнице фактички су опредељивала републичка министарства финансија.
7. Д. Поповић, *Организација властите у државној заједници Србија и Црна Гора*, Зборник радова "Уставни суд Србије - у сусрет новом уставу", Београд, 2004, стр. 278.
8. Закон о буџету Републике Србије за 2003. годину ("Службени гласник РС", бр. 86/02 и 35/03), у члану За говорит да је део "примања буџета Републике Србије" намењен "трансферима Србији и Црној Гори у износу од 38.219.095.000 динара за обављање поверилих надлежности и додатих послова, на начин утврђен овим законом". Вид. и члан ба Закона о буџету Републике Србије за 2003. годину

се државе чланице уплаћују сразмерно својој економској снази, а ређе, и сразмерно броју становника.

У Уставној повељи нема одредаба ни о томе да Државна заједница може уводити, односно прописивати таксе и друге накнаде за услуге које врше њене институције. О томе да ли је Државна заједница власна да уведе ове приходе, мишљења су подељена. По једном, она не може уводити таксе ни друге дажбине као своје изворне приходе. Заговорници овог става, полазе од тога, да према члану 17. Уставне повеље, Државна заједница нема изворних (оргинерних) надлежности, већ само "поверене" надлежности које су изричito утврђене у Уставној повељи, а међу тим надлежности нема поменутог овлашћења. Према другом мишљењу, Државна заједница није ограничена Уставном повељом у погледу утврђивања и увођења одређених прихода које остварују њене институције, јер уређујући организацију и рад својих институција (за шта је надлежна), Државна заједница може увести поједине таксе, као и одређене накнаде за услуге које пружају њене институције. Заговорници овог става позивају се и на садашњу праксу, јер органи Државне заједнице и њихове службе остварују одређене приходе. По нашем мишљењу, из Уставне повеље, јасно произлази да су доприноси држава чланица основни и најважнији приход Државне заједнице, али то не искључује могућност да приход Државне заједнице чине и неки други извори утврђени законима који се примењују као прописи Државне заједнице. Дакле, иако по Уставној повељи Државна заједница није изричito добила право увођења, ни убирања било каквог изворног прихода, у стварности Државна заједница то право остварује, вршећи поједине послове из своје надлежности. Те приходе чине: 1) савезне административне, конзуларне и судске таксе;¹⁰⁾ 2) приход од имовине Државне заједнице, укључив и камате на слободна новчана средства која се пласирају код банака; 3) накнаде које се плаћају за услуге које пружају њене институције, односно органи и организације,¹¹⁾ и др. Наравно, да приходи, које остварују институције Србије и Црне Горе (као и друге

9. Према Закону о буџету Републике Србије за 2003. годину Република Србија је требало да обезбеди око 93,3% од укупног износа средстава намењених Државној заједници, из доприноса држава чланица, а Црна Гора око 6,7%.
10. Савезне таксе (административне, конзуларне, судске) уведене су посебним савезним законима - Законом о савезним административним таксама ("Службени лист СРЈ", бр. 81/94, 85/94.....) и Законом о савезним судским таксама ("Службени лист СРЈ," бр. 23/94.....), а који се и сада примењују као прописи Државне заједнице.
11. Ови изворни (оргинерни) приходи Државне заједнице састоје се, пре свега, од накнада за вршење услуга које пружају њене институције. Такве приходе остварују ипр: Завод за стандардизацију, Завод за мере и драгоцене метале, Завод за интелектуалну својину, Акредитационо тело, итд. Вид. тако: Одлуку о висини и начину плаћања трошкова за испитивање и жигосање предмета од драгоцених метала; Одлуку о висини и начину плаћања накнада за покриће трошкова за испитивање типа мерила и прегледе еталона узорака референтних материјала и мерила; Одлуку о висини посебних трошкова поступка и трошкова за пружање информационих услуга Завода за интелектуалну својину; Одлуку о накнади трошкова за коришћење јавних база података и других информативних услуга, итд.

организације, установе, јавна предузећа или службе чији је оснивач Државна заједница¹²⁾ нису ни изблизу такви да задовоље потребе за финансијским средствима Заједнице. То су у основи симболични приходи,¹³⁾ али се они у пракси остварују и као такви представљају изворни приход Државне заједнице. Постојање ових прихода не споре ни законодавци република чланица,¹⁴⁾ што је видно из одредаба закона о буџету Републике Србије за 2003. односно за 2004. годину, које говоре о одређеним "приходима које остваре поједине институције Србије и Црне Горе".¹⁵⁾ Наведено, још једном показује да су чињенице "надишле" правно уређење финансирања Државне заједнице.

2. Имајући у виду изнета решења Уставне повеље о финансирању Државне заједнице, основно питање које се поставља у вези с финансирањем њених надлежности јесте, да ли та решења омогућавају Заједници да остварује пожељан склад између финансијских средстава којим располаже и финансијских потреба, како би се функције власти које су јој поверене могле успешно обављати.

Из садржине одредаба Уставне повеље, које се односе на финансирање надлежности Државне заједнице, следи да Државна заједница у начелу нема овлашћења за утврђивање изворних прихода, тако да је она у финансијском погледу "потпуно зависна" од волje држава чланица. Државна заједница је према Повељи изгубила скоро сва овлашћења у овој области, а самим тим и право на увођење, убирање и обезбеђивање финансијских средстава која би била довољна за обављање

12. Наведене приходе остварују јединице и установе Војске Југославије, као и поједина јавна предузећа, установе и службе чији је оснивач Државна заједница.
13. Ови приходи су током 2003. и 2004. године износили око 4% од укупног износа средстава за финансирање Државне заједнице. Законом о буџету Републике Србије за 2003. годину, за финансирање надлежности Србије и Црне Горе била су предвиђена средства у укупном износу од 42.677.788.000 динара, с тим што су трансферна средства држава чланица износила 40.967.981.000 динара, а средства прихода из додатних активности органа Србије и Црне Горе 1.709.800.000 динара. Овај однос у 2004. години је сличан, с тим што су Законом о буџету Републике Србије за 2004. годину укупна средства за потребе Државне заједнице утврђена у износу од 55.271.793.000 динара - од тога трансферна средства износе 53.267.000.000 динара, а средства прихода из додатних активности органа Државне заједнице 2.004.793.000 динара.
14. Законодавац Републике Србије за ове приходе каже да су то "сопствени приходи буџетског корисника", односно "приходи из додатних активности органа Србије и Црне Горе." Вид. тако одредбе закона о буџету Републике Србије које се односе на финансирање Министарства одбране, Министарства за међународне економске односе, и др.
15. У члану бг. Закона о изменама и допунама Закона о буџету Републике Србије за 2003. годину стајало је, да се приходи које остварују институције Србије и Црне Горе, осим прихода које остваре Министарство одбране, јединице и установе Војске Србије и Црне Горе и Авио- служба, уплаћују на консолидовани рачун трезора Републике Србије. И у члану 9. Закона о буџету Републике Србије за 2004. годину стоји идентично решење. У наведеним законима нема одредаба о томе где се уплаћују приходи које остваре Министарство одбране, јединице и установе Војске Србије и Црне Горе и Авио- служба, али је за претпоставити да ови органи, односно јединице и установе имају своје посебне рачуне, односно подрачуне на које се та средства непосредно уплаћују.

њених функција. Практично узев, приходи Државне заједнице су превасходно до- приноси држава чланица, а оште је познато да је финансирање функција сложено уређених држава, путем посебних доприноса њихових држава чланица скоро напуштено. И као што се то некад говорило у уставноправној теорији за Швајцарску, у којој су била значајно сужена финансијска овлашћења Швајцарске конфедерације (на увођење само одређених пореза) "да таква зависност савезне државе у сфери финансирања не служи на част Швајцарској" (*Бридел*), ово се данас може, без резерве, рећи и за Србију и Црну Гору. Наиме, начин финансирања надлежности Државне заједнице, како је уређен у Уставној повељи, не служи на част њеним доносиоцима, односно творцима. Да су творци заједничке државе Србије и Црне Горе искрено хтели створити ефикасну државну заједницу, у Уставној повељи би се нашло решење по коме би и та заједница располагала бар неким изворним приходима, или пак овлашћењем да утврди поједине изворне приходе за обављање својих функција и да те приходе убира, у висини и на начин који она утврди. Таквим решењем, не би се значајније ограничила финансијска аутономија држава чланица при утврђивању њихових прихода, нити би њихов утицај, с обзиром на начин одлучивања у Скупштини Србије и Црне Горе, при утврђивању тих изворних прихода Државне заједнице изостао. Наиме, државе чланице су данас власне да слободно одлучују, без икаквих уставноправних ограничења, не само о висини финансијских средстава неопходних за финансирање својих функција, већ и о висини средстава за финансирање надлежности Државне заједнице. Оне су те, које непосредно уводе и убирају царине, порезе и друге дажбине утврђене законом, али и те које "супредлажују" акт о финансирању Државне заједнице и одлучују ћи о њему у Скупштини Србије и Црне Горе, имају реално право и могућност да сваке године определе и утврде висину прихода и обим расхода Државне заједнице.

Значи, Државна заједница не само да нема вишег приоритет у утврђивању и расподели прихода, па ни ограничenu самосталност у одређивању својих прихода и расхода, већ је њена улога сведена на доношење акта о годишњим приходима и расходима неопходним за финансирање њених надлежености по процедуре која у суштини тражи сагласност обе државе чланица. На овај начин уставотворац је "искључио" Државну заједницу из могућности увођења и убирања било ког значајнијег прихода за остваривање поверених јој надлежности, и ако Државна заједница, односно њене институције по Уставној повељи носе одговорност за вршење послова из њиховог делокруга. При томе, у Уставној повељи нема никаквих гаранција установљених у корист обезбеђивања финансијске стабилности Државне заједнице. С обзиром на све изнето, може се сигурно рећи да Државна заједница не само "стоји у сенци финансијске моћи република чланица", већ да је "финансијска моћ" или боље рећи "немоћ" Државне заједнице у потпуности определена вольом држава чланица.

3. И на крају, поновимо да је двочлана заједница Србије и Црне Горе у доношењу акта о својим годишњим приходима и расходима вишеструко ограничена, како начином припреме и предлагања тог акта, тако и начином одлучивања у

Скупштини Србије и Црне Горе.¹⁶⁾ Тако свака држава чланица има могућност фактичког заустављања процеса припреме, тј. утврђивања предлога овог акта, а потом и његовог усвајања. С обзиром на то, поставља се питање шта бива у случају када наведени акт не би био предложен, односно усвојен, по процедуре предвиђеној Уставном повељом до краја финансијске (буџетске) године, и има ли Државна заједница било које уставно јемство за обезбеђивање финансирања њених институција. Одговор на ова питања требало би тражити у Уставној повељи, али као се она о томе не изјашњава, у пракси су пре свега, могући различити начини поступања. Наиме, иако се ради о једном од најзначајнијих аката за функционисање сваке државе, Повеља не предвиђа начин решавања спорова који могу настати између три органа који припремају, тј. предлажу акт о годишњим приходима и расходима за финансирање надлежности Државне заједнице, нити садржи решења о томе како превазићи ситуацију која може настати неизгласавањем овог акта у Скупштини.¹⁷⁾ Како Уставна повеља о наведеном ништа не говори, доктринарно се могу изводити различити закључци, а пре свега онај, по коме би се даљи поступак припремања и усвајања акта о укупним приходима и расходима Државне заједнице ако акт не буде усвојен, одвијао на политичком терену. У досадашњој пракси се непостицање почетног договора републичких министарстава за финансије и Савета министара о укупном обиму прихода и расхода Државне заједнице, као и неким другим питањима финансирања Државне заједнице "превазишло" тако, што се финансирање најужнијих функција Државне заједнице већ другу годину, врши на основу закону о буџету Републике Србије.

2. Законодавно (не) остваривање уставне концепције финансирања Државне заједнице

1. Промене у области начина финансирања државних функција установљене Уставном повељом захтевале су доношење посебног закона Државне заједнице којим би се ближе регулисао начин финансирања њених надлежности. Тиме би се, створио правни оквир за колико-толико уредније и извесније финансирање Др-

16. У члану 23. Уставне повеље утврђено је да Скупштина Србије и Црне Горе одлуке доноси већином гласова од укупног броја посланика, с тим да за одлуку гласа и већина од укупног броја посланика из сваке државе чланице. Дакле, у Скупштини се, по сваком питању из њихове надлежности, због установљеног начина одлучивања, фактички мора постићи договор - сагласност држава чланица, иначе одлука се неће моћи донети.
17. Ово питање се отвара и као начелно, јер Уставном повељом установљени начин одлучивања институција Државне заједнице «спречава већинско одлучивање», односно прегласавање и примат даје споразуму држава чланица. Следствено томе, у Повељи и нема правних решења која говоре шта бива кад одређени закон или други акт не буде усвојен. Очигао је да се, без компромиса држава чланица, које фактички располажу ветом, не може наставити поступак усвајања закона или другог општег акта који не добије потребну већину, без обзира на последице које могу настати услед тога.

жавне заједнице. Финансирање функција савезне државе, на дан ступања на снагу Уставне повеље, било је уређено Законом о финансирању Савезне Републике Југославије.¹⁸⁾ Према члану 64. став 1. Уставне повеље, закони Савезне Републике Југославије у пословима Србије и Црне Горе наставили су да се примењују, као закони Србије и Црне Горе, уз обавезу њиховог усклађивања с Повељом.¹⁹⁾ Време од годину дана у коме је требало извршити усклађивање савезних закона, а тиме и Закона о финансирању СРЈ и других савезних прописа од значаја за финансирање заједничке државе је истекло, а да ови прописи нису "усаглашавани" с Уставном повељом. Тако се Закон о финансирању СРЈ у пракси не примењује (а није на изричит начин стављен ван снаге), а питање финансирања Државне заједнице није на нов начин уређено. Дакле, по доношењу Уставне повеље напуштен је један начин финансирања заједничке државе Србије и Црне Горе, а да истовремено правно није ближе уређен нови начин финансирања Државне заједнице. Потпуна правна неуређеност овог важног питања на нивоу Државне заједнице, траје већ више од годину и по дана, и ако је законодавно уређивање ове области нужно, јер је оно једно од првих нормативних претпоставки за успостављање нових односа у Државној заједници. Ово тим пре, што су "уставна" решења о финансирању надлежности Државне заједнице, не само начелна већ и недостатна, па би отуда законодавац морао да на системски начин уреди финансирање надлежности Државне заједнице сагласно начелима и принципима утврђених у Уставној повељи. Отуда сматрамо да је законодавно уређивање питања финансирања надлежности Државне заједнице једно од основних питања коме треба дати приоритет у раду законодавног органа Државне заједнице.

У прилог неопходности постојања закона Државне заједнице о финансирању њених надлежности, односно унапред утврђених правних правила по коме се то чини, стоји више разлога, али је неспорно да нема ефикасног вршења функција Државне заједнице без прецизно утврђених правила о начину обезбеђивања финансијских средстава за остваривање тих функција и начину њиховог трошења. Не би требало да буде спорно да се "актом о годишњим приходима и расходима" Државне заједнице за чије је доношења надлежна Скупштина Србије и Црне Горе не могу, на системски начин, уређивати питања везана за финансирање надлежности Државне заједнице. Чак су и државе које су се привремено интегрисале тежиле да ово питање уреде јасно и прецизно, ако не искључиво у интересу заједничке државе, а оно свакако ради тога да би унапред знале своје обавезе у погледу обезбеђивања средстава за вршење заједничких функција и утврдиле начин распола-

18. Закон о финансирању Савезне Републике Југославије ("Службени лист СРЈ", бр. 53/92. 26/95.....).

19. Према ставу 3. члана 20. Закона за спровођење Уставне повеље, институције Државне заједнице Србије и Црне Горе биле су дужне да наведене савезне прописе ускладе с Уставном повељом у року од једне године од дана ступања на снагу Уставне повеље - тј. до 4. фебруара 2004. године.

гања тим средстава, као и да би обезбедиле ефикасну контролу њиховог наменског трошења.

Мада, Уставна повеља, заједно са одредбама Закона за њено спровођење, у суштини значи налог законодавцу Србије и Црне Горе да савезно законодавство које је било на снази даном ступања на снагу Уставне повеље, а које се примењује као законодавство Државној заједници значајно промени, односно да на "новим уставним основама" законом створи јасан правни оквир у области финансирања надлежности Државне заједнице. Како се у пракси то није остварило, Уставни суд Србије је указао Народној скупштини Републике Србије на проблеме у остваривању уставности због неадекватне законодавне уређености финансирања надлежности Државне заједнице.²⁰⁾

Полазећи од одредбе члана 19. став 1. алинеја 10. Уставне повеље, а напосе од природе и карактера акта на основу кога се врши финансирање Државне заједнице, по нашем мишљењу, Државна заједница би требала и могла законом да уреди поједина питања од значаја за финансирање њених надлежности,²¹⁾ као што су: припрема, доношење и извршавање акта о годишњим приходима и расходима; начин и поступак обезбеђивања средстава за финансирање надлежности од стране држава чланица; изврни приходи Државне заједнице (за које је неспорно да и сада постоје и да се остварују); намена и начин располагања утврђеним средствима; контрола уплате и законитог трошења средстава; обавеза састављања годишњих рачуна о оствареним приходима и извршеним расходима Државне заједнице, и др.²²⁾ Приликом припреме наведеног закона, требало би размотрити и могућност одређеног задуживања или узимања јавног дуга, односно емитовања хартија од вредности од стране Државне заједнице у случају кад републике не обезбеде планирана средства за финансирање њених виталних надлежности, тј. кад се та средства нередовно уплаћују или се уплаћују у знатно мањем износу од износа утврђеног у акту о годишњим приходима и расходима.

2. Данас је заједничка држава Србије и Црне Горе једина европска држава, ако не и једина државна творевина у свету, која нема ни сопствени budget, нити било

20. Уставни суд је, у свом писму бр. ЈУ-196/03. од априла 2004. године поред осталог указао Народној скупштини на уочене проблеме у остваривању начина финансирања Државне заједнице, будући да се од ступања на снагу Уставне повеље републичким законом уређивало питање финансирања надлежности Заједнице. Уставни суд је у овом писму изразио и став да би на нивоу Државне заједнице, сагласно Уставној повељи, требало ближе уредити питање финансирања надлежности Србије и Црне Горе, тим пре што Уставна повеља ово питање уређује на прилично неодређен начин.
21. Међутим, постоји и супротно мишљење по коме нема уставног основа, за доношењем закона на нивоу Државне заједнице којим би се уредило њено финансирање, јер у томе што у Уставној повељи то овлашћење није изричito утврђено, а Државна заједница нема овлашћења мимо оних утврђених у Повељи. Додатни аргумент за овај став, његови заговорници налазе и у досадашњој пракси финансирања Државне заједнице.
22. Само тим законом би се, одређена питања извршавања тзв. квазибуџета Заједнице, могла утврдити као надлежност органа држава чланица (једне или обеју), а не како се то сада чини појединим актима држава чланица.

који општи правни акт у области финансирања, већ се финансирање њених надлежности врши на основу закона једне њене државе чланице, који се доноси као годишњи тј. темпорални акт. Тако су средстава за финансирање надлежности Државне заједнице до сада обезбеђивана на основу закона о буџету Републике Србије. То значи да пракса није следила ни онај минимум финансијских овлашћења који је Уставном повељом утврђен за органе Државне заједнице, па тако уместо доношења "акта о годишњим приходима и расходима", ми већ у другој буџетској години имамо ситуацију да се средства за финансирање Државне заједнице обезбеђују сагласно закону о буџету Републике Србије. Овим законом, поред осталог уређивана су следећа питања од значаја за финансирање надлежности Државне заједнице: а) укупан обим средстава за финансирање поверених надлежности и додатих послова Србије и Црне Горе; б) износ тзв. трансферних средстава које обезбеђује свака држава чланица и тзв. средства која представљају приход из додатих активности органа државне заједнице;²³⁾ в) обавеза усмеравања средстава која су се налазила на рачуну буџета СРЈ и на рачунима и подрачунима савезних органа и организација на консолидовани рачун трезора Републике Србије; г) обавеза уплате прихода које остварују институције Србије и Црне Горе (осим прихода које остваре поједине од тих институције), на консолидовани рачун трезора Републике Србије. Најзад, треба посебно нагласити да је овим законом утврђено, да се расходи институција Србије и Црне Горе, извршавају преко трезора Републике Србије, као и да ће трезор Републике Србије обављати и контролу расхода, која обухвата "управљање процесима одобравања преузимања обавеза и одобравања плаћања на терет буџетских средстава".²⁴⁾

3. Не улазећи овом приликом у ближу анализу разлога неостваривања финансијских одредаба Уставне повеље (и таквих какве су) у пракси, истичемо да се то стање не може "правдати" аргументима као што су: да одређени закони и други акти на нивоу Државне заједнице којим се уређују односе у појединим областима из њене надлежности, још нису донети; да су савезни закони који уређују питања која су остала у оквиру послова Државне заједнице несагласни с Уставном повељом; да се неки од тих закона фактички непримењују због битно промењених односа у Државној заједници иако нису стављени ван снаге, и сл.²⁵⁾ По нама, наведено стање није само правни проблем, већ је оно превасходно последица чинjenице, односно непостојања ни минимума лојалности држава чланица према Државној

- 23. Тако је чланом бб. Закона о буџету Републике Србије за 2003. годину била утврђена и обавеза Републике Црне Горе да обезбеди 6,7% од укупног износа средстава за финансирање Државне заједнице.
- 24. Вид. члан За и чл. ба. до бд Закона о буџету Републике Србије за 2003. и одредбе члана 3. и чл. 8. до 10. Закона о буџету Републике Србије за 2004. годину.
- 25. Наиме, када се траже разлози за овакво стање, тада се често каже да ће Државна заједница, тек након усаглашавања савезног законодавства, као и републичких устава и законодавства с Уставном повељом, добити и нужан законски оквир за остваривање својих функција, а у складу са тим и адекватне приходе.

заједници уопште, па ни у овој области, као и непостојања одговорности носилаца законодавне и извршне власти за остваривање надлежности Државне заједнице.

Досадашње искуство сложено уређених држава, па и наше сопствено, нам и те како говори да је финансијска стабилност сваке државне заједнице један од најзначајнијих стубова у функционисању те заједнице. Отуда би се што пре морало целивито сагледати и уредити питање финансирања надлежности Државне заједнице, јер ће од решавања тог питања битно зависити суштина односа у овој заједници. Уставном повељом утврђени и проглашовани односи биће дерогирани, ограничени или нереализовани и постаће празно слово на папиру, ако финансијски односи између Државне заједнице и њених држава чланица не буду адекватно постављени и остваривани.

3. Закључна разматрања

Основно питање које смо поставили у вези са финансирањем Државне заједнице када смо приступили писању овог рада јесте, да ли су решења Уставне повеље, по својој садржини таква да могу обезбедити финансијску стабилност Државне заједнице, а тиме и успешно обављање њених функција. Не треба претерана мудрост да би се констатовало да Државна заједница у финансијским одредбама Уставне повеље нема стабилан ослонац за финансирање својих надлежности. У суштини, те одредбе Уставне повеље, саме по себи, нису гаранција за финансијску стабилност Државне заједнице. У Повељи је, као што смо већ приметили изостало било какво овлашћење Државне заједнице у самосталном увођењу и убирању прихода за финансирање њених функција, а "скромна" надлежност Државне заједнице у овој области, велико је ограничена начином њеног остваривања - најпре, својеврсним тројством у предлагању акта о годишњим приходима и расходима о финансирању надлежности Државне заједнице, а потом и начином одлучивања у Скупштини Србије и Црне Горе. У Уставној повељи немамо одговора ни на то шта бива ако се Државна заједница нађе у ситуацији да јој средства за финансирање њених надлежности не буду уопште утврђена, односно обезбеђена, или пак буду утврђена у износу који није довољан за остваривање пренетих јој функција. У заједници у којој постоји лојалности и истинска воља држава чланица да се обезбеди функционисање и просперитет те заједнице, мањкавости уставних решења се у реалности превазилазе. Међутим, досадашња пракса функционисања наше Државне заједнице, нас тера на другачије размишљање и тражи управо одговор на питање - шта бива кад дође до неизвршавања обавеза република чланица према Државној заједници, јер она сама нема ни један значајнији изворни приход, нити пак располаже било којим озбиљним (ефикасним) уставним механизмом за отклањање евентуалних блокада и застоја у утврђивању и обезбеђивању средстава за финансирање њених надлежности. Одговор на наведена питања би, пре свега, требао налазити у Уставној повељи, или пак у закону о финансирању Државне заједнице, али како се Повеља о томе не изјашњава, а законодавно уређивање

овог питања је изостало, то се у уставноправној струци испољавају опречна тумачења и ставови.

Средства са којима је до сада располагала Државна заједница нису била довољна за успешно вршење ни њених најзначајнијих надлежности. Државна заједница (ни краткорочно, а камоли дугорочно) није могла да планира средства, са којима располаже, иако су њене обавезе у појединим областима које су јој поверене у надлежност, по својој природи управо дугорочне. Онако како је у Уставној повељи утврђено финансирање функција Државне заједнице, а посебно како се то финансирање остварује у пракси, може се рећи да то пре личи на својеврсну годишњу претплату, коју републике (периодично, односно с времена на време) из средстава свог буџета уплаћују, односно "трансферишу" Државној заједници, него на стабилан извор финансирања надлежности једне државе. У ситуацијама кад државе чланице својом вољом опредељују висину средстава која ће "уплаћивати" Државној заједници, а да при том нису правно ничим везане, природно је да ће оне тежити што мањем захватању својих буџетских средстава. О значају "савезне касе" за функционисање Државне заједнице и њених институција не можемо ништа више рећи, него што су још давно рекли оснивачи најстарије савезне државе, када су установили да је "новац један од два симбола власти уопште," односно "средство без кога би компетенције федералне владе биле пуке речи".²⁶⁾

Илустрације ради, тако се ни зараде запослених у органима Државне заједнице не исплаћују у законом предвиђеној висини и утврђеним роковима; опремање и трансформација Војске Србије и Црне Горе, као и дипломатско конзуларне мреже Србије и Црне Горе се не реализује у складу с утврђеним програмима и реалним потребама; поједиње институције Државне заједнице уопште не функционишу и због недостатка неопходних услова за њихов рад и др. Данас је очит несклад који постоји између функција поверилих Државној заједници и њене "финансијске монхи". Последица изнетог је јасна - финансијска немоћ, односно ограничења Државне заједнице у финансијској сferи, јесу била и остала озбиљна препрека остваривања Уставног положаја Државне заједнице, односно вршења функција поверилих њеним институција. На делу је процес фактичког не вршења поједињих функција Државне заједнице и њиховог "замрзавања" мимо решења Уставне повеље.²⁷⁾ Стиче се утисак да Државна заједница и њене институције данас "таворе" чекајући фебруар 2006. године.²⁸⁾

Дакле, узимајући као полазну тачку одредбе Уставне повеље, затим стање у законодавству Државне заједнице, а посебно праксу коју карактерише непостојање довољних средстава за вршење њених надлежности, неумитно се намеће закључак да се Државна заједница налази у кризи, јер се само делимично остварују

26. Вид. Хамилтон, Медисон, Џеј, Федералистички списи, Београд, 1981, стр. 98. и 99.

27. Тако примера ради Суд Србије и Црне Горе, који је напокон конституисан у јулу 2004. године, и даље не функционише због недостатака неопходних услова за рад.

28. На то свакако утичу и решења члана 60. Уставне повеље која посредно упућују на "трогодишњи живот" Државне заједнице.

државне функције за чије је вршење, по Уставној повељи, она одговорна. Узроци ове кризе су ипак дубљи и налазе се у свеколикој (политичкој и економској) нестабилности у државама чланицама - Србији и Црној Гори, али не треба занемарити ни чињеницу непостојања истинске воље поједињих владајућих групација у земљи да се Државна заједница гради као стабилна и просперитетна заједница.

Који је то пут којим ће даље ићи Србија и Црна Гора сада је тешко рећи. Ми се надамо, оним којим иде већина савремених европских држава, и поред тога што су за сада веома видни елементи који ову државну заједницу чине неефикасном и нефункционалном.

**PhD. Bosa Nenadnić,
Judge of the Constitutional Court of the Republic of Serbia**

THE QUESTIONS ABOUT FINANCING JURISDICTIONS OF THE STATE UNION OF SERBIA AND MONTENEGRO

Summary

In this essay were analyzed constitutional and legal solutions and previous practice of financing jurisdictions of the State Union of Serbia and Montenegro. Considering all this, we are ascertained that State Union neither has origin incomes (except the minor ones), nor any document called "budget", and that Union legislation body does not have at disposal "budgetary function". Union has special account of incomes and outcomes which the Council of Ministers, together with official institutions of the Member States, propose to the Parliament of Serbia and Montenegro. All that leads to the conclusion that the State Union does not have effective authority and power to provide funds for financing its own jurisdiction, but its "finance power" depends on the Member States intentions.

Key words: *The Constitutional Charter of the State Union of Serbia and Montenegro; financing jurisdiction of complexly established states; document of annual incomes and outcomes – so called budget of the State Union; Member States contribution and origin incomes of the State Union.*

Др Радомир Бусарац,
Београд

Конзорцијум као купац друштвеног капитала у поступку приватизације

Резиме

Конзорцијум као купац друштвеног капитала у поступку приватизације предузећа је нови тип конзорцијума, који се, због специфичности циља, разликује од оснивача конзорцијума. Конзорцијум настављаје закључењем уговора у писменом облику, који се оверава код суда. Другачије закључен уговор не би производио правно дејство, тј. конзорцијум другачије не би ни могао наставити. Конзорцијум нема својство правног лица, али, као облик удруживања физичких или правних лица, има одређена овлашћења, која врши заступништво конзорцијума. Осим о неким специјалнима, чланови конзорцијума су слободни при уређивању међусобних односа, за које важе и остале правила о организацији. Наравно, на уговор о конзорцијуму примењују се и одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима. Уговор о конзорцијуму може закључити домаћа физичка и (или) правна лица или страна правна и физичка лица, било сама или са домаћим лицима. Уговор о конзорцијуму пресаваје искушењем циља због кога је закључен или у другим случајевима, када се стекну услови за његов пресаванак, нпр. када конзорцијум не буде проглашен за купца, када чланови пресавану са уплатом ратне, ако се купљени капитал остало ће у ратама и сл.

Кључне речи: Уговор о конзорцијуму, конзорцијум, приватизација, циљ усавлања конзорцијума.

Уводне напомене

Конзорцијум као купац друштвеног капитала у поступку приватизације предвођен је Законом о приватизацији (члан 12. став 2.). Уредба о јавној аукцији, такође, садржи одредбу о конзорцијуму, док такву одредбу не садржи Уредба о јавном тендери. То, наравно, није сметња да се конзорцијум појави и као купац у поступку продаје друштвеног капитала путем јавног тендера.

Конзорцијум као купац друштвеног капитала, као уосталом и други конзорцијуми, нема својство правног лица, те се зато и не пријављује ради уписа у судски регистар, али се Уговор о конзорцијуму оверава код суда и, као такав, доставља Агенцији за приватизацију, од ког момента се сматра да је уговор правно ваљан и да се може примењивати. Иако конзорцијум нема својство правног лица, ипак, као уговор више лица, има специфичан идентитет, тј. одређена овлашћења, нпр. има овлашћења у самом поступку продаје друштвеног капитала, може од Агенције тражити одређено обавештење, може од надлежног министарства захтевати да изврши надзор над радом Агенције, може подносити приговор надлежном министарству, подностити тужбу у управном спору у случају одбијања приговора, може бити тужен и сл.

Конзорцијум као купац друштвеног капитала, као и сви други конзорцијуми, траје одређено време, до испуњење циља ради којег је успостављен. Ако се конзорцијум јавља у поступку продаје друштвеног капитала путем јавне аукције, тада траје све до отплате купљеног друштвеног капитала, с тим да и после тога има важност према члановима у случају решавања одређених питања или спорног случаја. Слично је и са уговором о конзорцијуму као купцу друштвеног капитала путем јавног тендера. У сваком случају, конзорцијум траје до испуњења циља због којег је уговор о конзорцијуму и закључен.

Према учесницима могу се јавити различити конзорцијуми. Тако, уговор о конзорцијуму могу засновати (најмање два) само домаћа физичка лица и то само запослени или запослени и друга физичка лица која нису запослена у субјекту приватизације. Уговор о конзорцијуму могу закључити домаћа физичка и домаћа правна лица или страна правна и физичка лица или домаћа и страна лица.

Кад је реч о конзорцијуму који учествује као купац на јавној аукцији, уговор о том конзорцијуму могу закључити сва лица, за разлику од продаје друштвеног капитала путем јавног тендера, када се као купац може појавити само онај конзорцијум који испуњава услове из јавног позива за учешће на јавном тендери.

Нема правних сметњи да се закључи и предуговор уговора о конзорцијуму, који, када је реч о конзорцијуму са већим бројем чланова, када треба благовремено обезбеђивати средства ради куповине друштвеног капитала и сл. Предуговор, наравно, престаје када се закључи уговор о конзорцијуму.

И у случају закључења предуговора потребно је одредити лице које ће бити овлашћено да обавља одређене послове ради припреме уговора о конзорцијуму,

располагања прикупљеним средствима, вођења преговора о обезбеђивању средстава ради плаћања купљеног капитала и сл.

При закључењу уговора о конзорцијуму, који је заправо нека врста ортаклука чланова, треба полазити од прописа о приватизацији, али обавезно од одговарајућих одредаба Закона о облигационим односима, које се односе на поједине правне институте обухваћене уговором о конзорцијуму.

Слобода воље при закључењу уговора о конзорцијуму

Осим што су ограничени у погледу примене одређених законских правила која се односе и на конзорцијум као купца друштвеног капитала и што се морају придржавати упутства Агенције за приватизацију, чланови конзорцијума су постојно слободни при уређивању односа у конзорцијуму. Тако, чланови самостално одлучују колико ће сваки од њих учествовати у куповини 70% продајног капитала, затим како ће обезбеђивати средства за исплату цене утврђене уговором о купопродаји. Чланови конзорцијума су, такође, самостални при уређивању начина вођења послова за потребе конзорцијума, односно управљању конзорцијумом, при чему поједине одлуке могу доносити сви чланови, ако конзорцијум има мањи број чланова, или да образују орган конзорцијума (одбор и сл.) који ће доносити све одлуке од значаја за функционисање конзорцијума. Исто тако чланови конзорцијума самостално одлучују и о одређивању заступника конзорцијума, који се обично одређује између самих чланова, али нема правних сметњи да то буде и лице које није члан конзорцијума. С тим у вези чланови конзорцијума су самостални да одреде и начин заступања конзорцијума, тј. да предвиђе да ли ће заступник заступати конзорцијум самостално или уз претходно одборење осталих чланова, тј. органа конзорцијума или уз потпис још неких чланова и сл. Чланови конзорцијума су слободни и у погледу избора начина потписивања уговора о конзорцијуму. Наиме, овај уговор, могу потписати сви чланови конзорцијума, ако се јави мањи број чланова, или да дају оверено пуномоћје појединим члановима да у име свих потпишу уговор.

Осим изнетог чланови конзорцијума су самостални и у погледу утврђивања у уговор појединачних елемената који су факултативни предмет уговора, нарочито кад је реч о отплати акција, ако поједини члан више није у могућности да отплаћује уписан број (процент) отплате акција и сл.

У сваком случају осим неких питања која се јављају као обавезан елемент уговора, чланови конзорцијума су слободни при уређивању међусобних односа као колективан купац друштвеног капитала у поступку приватизације.

Садржина уговора о конзорцијуму

Садржина уговора о конзорцијуму одређена је у основи важећим прописима о приватизацији и одредбама Закона о облигационим односима, с тим што треба

имати у виду да на овај уговор, иако то није прописано, треба примењивати правила о уговорима о ортаклуку. У његове обавезне елементе свакако спада предмет и циљ закључења, солидарност чланова у погледу исплате цене, као и још нека питања, док се остала питања која су предмет овог уговора јављају као његови факултативни елементи.

Предмет уговора је удруживање физичких или других лица ради куповине 70% друштвеног капитала предузећа које се приватизује. То је уједно и циљ закључења уговора о конзорцијуму. При томе треба у уговору истаћи и ко се јавља као члан конзорцијума, нпр. да ли су то само записани или и друга физичка лица, тј. да ли су сви држављани Републике Србије, да ли су чланови и страна правна и (или) физичка лица и сл. Такође, у самом уговору треба одредити и начин закључења, тј. потписивања уговора, у смислу напред дате напомене.

У уговору се не мора истаћати да конзорцијум нема својство правног лица, јер то произилази из општих правила о конзорцијуму, али треба нагласити, ради чланова, да чланови преузимају права и обавезе предвиђене уговором, као и да се на њихове односе примењују и одредбе З.О.О. и правила о ортаклуку.

Као обавезни елемент уговора, који се као такав јавља за чланове конзорцијума, а не и за Агенцију, у уговору треба предвидети и начин и износ обезбеђивања средстава као услов за учешће у поступку приватизације, што зависи свакако од конкретног метода приватизације, тј. од тога да ли се приватизација врши путем јавног тендера или путем јавне аукције. Обично се ова средства обезбеђују унапред и стављају на штедну књижицу неког од чланова конзорцијума, тј. заступника, а њихова употреба је строго наменске природе.

Цена, наравно, није предмет уговора о конзорцијуму, али она може бити одлучујућа за престанак овог уговора. Наиме, ако се приликом надметања на јавној аукцији постигне цена већа од оне коју чланови конзорцијума могу да прихвате, у том случају представник конзорцијума на јавној аукцији одустаје од јавног надметања, а уговор се раскида, јер није постигнут циљ закључења уговора. Друго је питање како чланови конзорцијума одлучују до ког износа могу да прихвате цену, јер и у том погледу постоји више начина, који, пре свега, зависе од броја чланова конзорцијума, али је суштина у томе да највећа цена коју чланови могу да прихвате буде тајна.

Учешће сваког члана конзорцијума у куповини друштвеног капитала спада у обавезне елементе уговора, пре свега, зато што се на основу такве одредбе уговора одређује број акција које припадају сваком члану конзорцијума као акционару друштва. Учешће сваког члана у куповини друштвеног капитала они одређују слободно, при чему су могућа различита решења, што опет зависи од тога ко су чланови и колико их има. Тако, могуће је да сви чланови имају исто учешће, тј. да им припадне исти број акција, а могуће је да упишу различито учешће у износима о којима се договоре. Ово питање је свакако актуелно кад се као чланови конзорцијума јављају само запослени у предузећу које се приватизује.

Управљање, тј. вођење послова конзорцијума треба, такође, третирати као обавезни елемент уговора о конзорцијуму, јер у току његовог постојања и функционисања треба обављати низ послова и доносити разне одлуке. У том смислу, као што је речено, могућа су различита решења, што, пре свега, зависи од броја чланова конзорцијума. Но ипак, ако се јавља већи број чланова требало би уговором предвидети постојање органа (Одбора) конзорцијума и одредити му надлежности и начин рада и одлучивања. Ако се тако не поступи, тада постоји могућност да се међу члановима јави већи број спорних питања, које не може да решава сам заступник конзорцијума. Тако успостављен орган конзорцијума, поред других послова, контролисао би и рад заступника конзорцијума и у томе би имао пуни легитимитет у самом уговору о конзорцијуму.

У случају мањег броја чланова конзорцијума сви чланови би одлучивали о питањима од значаја за примену уговора о конзорцијуму или да овласте једног члана да сам обавља све послове, односно да одређене послове обавља уз сагласност осталих чланова конзорцијума.

Питање функционисања конзорцијума, тј. примене уговора може бити изузетно важно у погледу одређених решења. Тако, нпр. ако се чланови сагласе да се припадајући део дивиденде употребљава за отплату текуће рате, у том случају акционари и чланови конзорцијума, односно њихови заступници у скупштини не могу о овом питању другачије гласати у скупштини, зато што су уговором о конзорцијуму унапред одредили намену средстава стечених по основу дивиденди и сл.

Положај заступника је веома важно питање, које, као обавезни елемент, треба уградити у уговор о конзорцијуму, са овлашћенима и садржином одредбе о томе коју је Агенцију предложила конзорцијуму. Заступник има легитимитет у заступању конзорцијума, у обављању и других послова предвиђених непосредно у уговору, и то сви чланови конзорцијума морају поштовати. Њему се овлашћења из уговора не могу ускраћивати никаквим одлукама чланова, већ само се може предвидети да одређене правне послове или радње предузима уз сагласност чланова или органа конзорцијума, с тим да то нема значаја за трећа лица која имају било какве односе са конзорцијумом. Заступник може бити и промењен, ако се то мора учинити анексом уговора о конзорцијуму.

Будући да се конзорцијум јавља као колективан купац друштвеног капитала, те да у том смислу има идентитет купца, то је сасвим разумљиво што сви чланови конзорцијума одговарају солидарно неограничено за све обавезе конзорцијума, без обзира на то колико поједини члан купује друштвеног капитала, то јест колико му по том основу припада акција. Одредбу о овоме треба свакако унети у уговор, да би чланови били упознати са одговорношћу коју имају, као и због тога што се таква одговорност претпоставља и кад није унета у уговор о конзорцијуму.

Скоро сви уговори у конзорцијуму садрже одредбу о правима чланова конзорцијума као акционара, иако је то сасвим сувишно, будући да су права акционара предмет закона и статута друштва, а не уговора о конзорцијуму. Такве одредбе не би, дакле, требало уносити у уговор, али би уместо њих требало унети одредбе о

одговорности чланова који се не придржавају, тј. не поштују или крише одредбе уговора о конзорцијуму, као што нема ни одредбе о евентуалном решавању спорова између чланова који се могу појавити у примени овог уговора.

У уговору би требало дати и одредбу о начину обезбеђивања средстава ради исплате купопродајне цене. У том смислу би се могло предвидети да су сви чланови конзорцијума сагласни да све своје акције ставе на располагање конзорцијуму ради залагања код банке од које ће добити зајам за отплату цене по којој је купљен друштвени капитал. У овом случају би важила правила о хартијама од вредности, као што су да се акције до исплате цене не могу отуђивати, преносити и сл., осим, наравно у случају наслеђивања.

Спорни случајеви у примени уговора о конзорцијуму се могу јавити кад је у питању солидарна одговорност чланова, односно ако поједини члан конзорцијума из оправданих разлога више не може да отплаћује припадајући износ, а остали чланови не могу да се споразумеју колико ће ко отплаћивати од износа који члан више не може да отплаћује. За овај случај, наиме, требало би уградити начело да сваки члан преузима даљу отплату у проценту који сваки има у куповини друштвеног капитала, али су чланови слободни да се о овоме и другачије договоре, нпр., да цео износ отплаћују само поједини чланови или само један члан и сл. У случају да се такав договор не постигне и то анексом уговора не потврди, тада је једино решење да сваки члан преузима даљу отплату у проценту који има у куповини друштвеног капитала, тј. према припадајућем броју и вредности акција.

Конзорцијум као правно лице

Овде није реч о конзорцијуму који се формира ради куповине друштвеног капитала у поступку приватизације, већ о конзорцијуму који се формира ради куповине акција на берзи, а који се уписује у регистар код надлежног органа као удружења грађана и самим тим стиче својство правног лица. Наиме, у овом случају се обично одређени број запослених, који су окупљени око управе друштава, удружује у конзорцијум да би као такав, учествовао на берзи преко свог брокера ради куповине акција других акционара друштва, тј. да тако чланови конзорцијума заједно имају пожељно и значајно или већинско учешће у капиталу друштва. Ово су случајеви у оним друштвима у којима је приватизација завршена према ранијем Закону о својинској трансформацији и где одређени број запослених већ поседује значајан број акција у односу на друге акционаре. Да би такву позицију одржали, односно ојачали и одвратили непоштеног купца, да путем куповине акција не преузме предузеће, запослени акционари или други акционари удружују се у конзорцијум који се јавља као купац акција на берзи. Вероватно и убеђења да ће такав конзорцијум имати бољи положај у сваком погледу, овакав конзорцијум се уписује у регистар код надлежног органа као удружење грађана и тиме стиче својство правног лица. То је, наравно, сасвим непотребно, јер тај конзорцијум нема никаква већа овлашћења као правно лице у односу на конзорцијуме који су се истом

циљу формирали, а не би се уписивали у регистар код надлежних органа тј. не би имали својство правног лица. Ово утолико пре што конзорцијум куповином акција на берзи завршава своју улогу, осим ако не би остало да купује у више наврата акције на берзи, али он тада нема никаквих разлога да се уписује у регистар код надлежног органа, већ само да се потписан уговор овери код суда. Сличне грешке се чине и при удруживању акционара ради остваривања права гласа у скупштини друштва, када се то удружење, такође, уписује у регистар код надлежног органа као удружење са својством правног лица, што је свакако непотребно.

**Radomir Busarac,
Belgrade**

Consortium as a Buyer of the Social Capital in the Privatization Process

Summary

Consortium as a buyer of the social capital in the privatization process is a new type of consortium, which is different from other consortiums due to the specificity of its purpose. Consortium is established by formation of the contract in written form, which is certified by the court. Contract concluded in any other manner shall not have legal effect, i.e. consortium cannot be established in any other manner. Consortium shall not be deemed as a legal person, but as a manner of association of natural or legal persons. It has certain competences which are conducted by its representative. With few exceptions, members of the consortium are free in organizing their mutual relations, on which the general partnership rules are applicable. Clearly, relevant provisions of the Law on Contracts and Torts shall apply on the consortium contract as well. Consortium contract can be formed by domestic natural and/or legal persons or foreign natural and legal persons alone or together with domestic persons. Consortium contract terminates with fulfillment of its purpose, or in other cases when conditions for its termination are met, e.g. when consortium is not proclaimed as the buyer, when members stop paying rents if the purchased capital is paid in rents and similar.

Key words: Consortium Contract, Consortium, Privatization, Purpose of Establishing a Consortium.

*Mr Вук Радовић,
асистент Правног факултета
Универзитета у Београду*

Стечај над имовином предузетника према усвојеном Закону о стечајном поступку

Резиме

После 25 година чекања, Закон о стечајном поступку је вратио у наш правни живот симејај предузетника. Овај рад предсављајући аутора да, кроз критику усвојених решења, приближи научној и стручној јавности ову институтивну врсту стечајног поступка. У првом делу чланка, одредбе Закона о стечајном поступку су упоређене са другим законима у овој области, како би се одредило које нам месима припада међу упоредно-правним системима индивидуалног стечаја. После кратке историјске анализе наших стечајних прописа, изнете су посебне последице законодавне тежње ка дерегулацији на пољу стечаја предузетника. Као логичну последицу дерегулације, аутор је истакао неколико значајних проблема са којима ће се сусрести наша судска практика и правна теорија, без могућности да одговори пронађу у закону. На крају, приказан је новоусвојени институцији личне управе у стечају предузетника са посебним налascком на нека од отворених питања.

Кључне речи: стечај предузетника, дерегулација, лична управа, ослобођење од одговорности за плаћање преосталих обавеза, изузимања од извршења, породични и наследни односи.

УВОД. Дана 24. јула 2004. године ступио је на снагу дugo очекivan Закон о стечајном поступку (од сада Закон о стечају)¹⁾, чиме је престао да важи Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (од сада ЗППСЛ).²⁾ Доношењем новог закона извршена је темељна реформа српског стечајног права. Напуштен је застарео институт принудног поравнања, а уведен институт реоганизације,³⁾ повећана су овлашћења стечајних поверилаца, а смањене ингеренције суда, извршено је редефинисање стечајних разлога,⁴⁾ уведени су стечајни редови,⁵⁾ допуњена је и модернизована категоризација правних радњи стечајног дужника које могу бити предмет побијања,⁶⁾ детаљно је регулисан стечајни поступак са елементом иностраности,⁷⁾ проширен је круг стечајних органа и разграничена су њихова овлашћења,⁸⁾ детаљније су уређена права излучних и разлучних поверилаца, као и поступак уновчења и деобе стечајне масе,⁹⁾ и коначно, убрзан је стечајни поступак. Поред поменутих новина, једна од најзначајнијих концепцијских разлика новог у односу на стари закон је проширење круга стечајних субјеката. После четвртине века чекања предузетник је постао потенцијални субјект стечајног поступка. Према Закону о стечају, стечајни дужник може бити свако правно лице и предузетник.¹⁰⁾ Наш законодавац је прихватио концепцију трговачког стечаја, по којој само трговци могу бити субјекти стечајног поступка. Остале физичка лица (нетрговци) немају пасивну стечајну легитимацију. Тако је у наше законодавство, на мала враћа, готово неприметно, поново уведен индивидуални стечај.¹¹⁾

НАШЕ МЕСТО У ПОРЕЂЕЊУ СА ДРУГИМ КОНЗЕРВАТИВНИМ СИСТЕМИМА ИНДИВИДУАЛНОГ СТЕЧАЈА. Решења предвиђена ЗППСЛ-ом и Законом о стечају сврставају наше право у групу конзервативних стечајних правних система, с'том разликом што нови закон чини један прогресиван корак напред. Основна карактеристика конзервативних система је да не познају индиви-

1. Објављен је у Службеном гласнику РС, бр. 84/04.
2. Објављен је у Службеном листу СФРЈ, бр. 84/89 и Службеном листу СРЈ, бр. 37/93 и 29/96.
3. Види: Закон о стечају, чл. 127-139.
4. Види: Закон о стечају, 2-3.
5. За разлику од ЗППСЛ, који у формалном смислу није предвидео постојање стечајних редова, Закон о стечају прецизно уређује редослед намирења стечајних поверилаца. Види: Закон о стечају, чл. 35.
6. Постоје четири категорије правних радњи које су покривене правилима о побијању у стечају: 1) уобичајено намирење; 2) неуобичајено намирење; 3) правне радње учињене са намером да се преваре повериоци и 4) правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду. Види: Закон о стечају, чл. 98-108.
7. Види: Закон о стечају, чл. 146-178.
8. Види: Закон о стечају, чл. 9-28.
9. Види: Закон о стечају, чл. 37-38, 82, 91, 109-126.
10. Закон о стечају, чл. 33(1).
11. Индивидуални (потрошачки, персонални, лични) стечај је подграна стечајног права која проучава и уређује стечај над имовином физичких лица.

дуални стечај за сва физичка лица.¹²⁾ Сва законска решења која спадају у ову групу се могу класификовати у две скупине.

1. У прву скупину спадају земље чији правни системи не познају и не регулишу индивидуални стечај. Физичко лице не може бити субјект стечаја у Кини,¹³⁾ Мађарској,¹⁴⁾ Украјини,¹⁵⁾ Монголији,¹⁶⁾ Босни и Херцеговини,¹⁷⁾ Литванији¹⁸⁾ и Вијетнаму.¹⁹⁾ Исто решење прихватао је и ЗППСЛ.²⁰⁾ Број ових земаља је релативно велики, и он се из године у годину смањује. Претпоставља се да за неколико деценија више неће бити представника ове скупине, јер је увођење индивидуалног стечаја светски тренд.

2. Другу скупину чине она законодавства која предвиђају да само трговци појединачи могу бити субјекти стечајног поступка, што је у основи решење Закона о стечају. На овај начин, приступили смо групи држава, које су схватиле неопходност увођења индивидуалног стечаја, али нису имале снаге и храбrosti да ту концепцију спроведу до краја, већ су “стале на пола пута”. Овакав прилаз није оправдан, али је знатно бољи од познавања само корпоративног стечаја, јер у крајњој линији повећава број потенцијалних субјеката стечаја. Ову групацију би требало

12. Овом приликом ће бити занемарени конзервативни системи који дозвољавају свим физичким лицима да покрену стечајни поступак (што је позитивно и модерно решење), али у исто време не познају институт ослобођења од одговорности за плаћање преосталих обавеза (Република Чешка, Египат, Чиле).
13. У Кини се све више дискутује о увођењу индивидуалног стечаја, али и поред тога кинеско стечајно право је ограничено на привредна друштва. Види: Xianchu Zhang и Charles Booth, “*Chinese Bankruptcy Law in an Emerging Economy*”, Columbia Journal of Asian Law, 2001, стр.1-32.
14. Julia M. Metzger & Samuel L. Bufford, “*Exporting United States Bankruptcy Law: The Hungarian Experience*”, California Bankruptcy Journal, 1993, стр. 153-154.
15. “Ниједна одредба украјинског права не дозвољава појединцима да прогласе сопствени стечај”. Види: Kevin P. Block, “*Ukrainian Bankruptcy Law*”, L. A. International & Comparative Law Journal, 1993, стр. 97-99.
16. “Стечајно право Монголије се фокусира на привредне субјекте. Право не предвиђа да појединач може бити дужник”. Види: Richard L. Bohanon & William C. Plouffe, “*Mongolian Bankruptcy Law: A Comparative Analysis With the American Bankruptcy Systems*”, Tulsa Journal Comparative & International Law, 1999, стр. 16.
17. Члан 4. босанско – херцеговачког Закона о стечају и ликвидацији из 1998. године гласи: “Дужником, у смислу овог закона, сматра се подuzeће и друга правна особа која обавља регистрирану привредну делатност и има сједиште на територији Федерације према прописима о стандардној класификацији дјелатности, ако посебним законом није другачије одређено.”
18. Литванија је 17. 6. 1997. године донела “*Enterprise bankruptcy law*”. Члан 1(2) овог закона гласи: “Овај закон ће се примењивати на сва привредна друштва, јавне институције, банке и кредитна удружења, која су регистрована у Литванији”.
19. Вијетнамски “*Law on bankruptcy*” од 30. децембра 1993. године у члану 1. каже да “ће се овај закон примењивати на привредна друштва без обзира на својински режим, која су основана и раде у сагласности са правом Социјалистичке Републике Вијетнама.”
20. ЗППСЛ, чл. 4. Иако је ЗППСЛ југословенски закон, он се од 2002. године противуставно не примењује на територији Црне Горе.

сматрати транзиторном категоријом, са тенденцијом увођења персоналног стечаја и за остала физичка лица, када се за то стекну одговарајући политички, друштвени и економски услови. Следеће државе су прихватиле овакву рестриктивну концепцију индивидуалног стечаја (у персоналном смислу): Бразил,²¹⁾ Италија,²²⁾ Шпанија,²³⁾ Француска,²⁴⁾ Словенија,²⁵⁾ Венецуела,²⁶⁾ Хрватска,²⁷⁾ Румунија,²⁸⁾ Македонија,²⁹⁾ Република Српска³⁰⁾ и Црна Гора.³¹⁾ Од ових земаља Италија има

- 21. У Бразилу субјекти стечајног поступка (“Falencia Relief”) могу бити само трговачки дужници (енг. commercial debtors). Види: Malcolm Rowat и Jose Astigarraga, “*Latin American Insolvency Systems (comparative assessment)*”, The World Bank Washington D.C., 1999, стр. 54-64.
- 22. Према италијанском Инсолвенцијском закону (итал. Legge Fallimentare бр. 267) из 1942. године инсолвентни трговци појединци могу бити субјекти стечаја. Међутим, немају сви трговци појединци пасивну стечајну способност. У Италији нема формалне стечајне процедуре за тзв. “мале трговце” (у које спадају мали пољопривредници – фармери, занатлије, трговци на мало и професионалци који обављају трговачке послове у највећој мери уз помоћ чланова породице) и потрошаче. Види: P. G. Monteri, “*Italian Insolvency Law*”, интернет адреса: <http://www.insolvency.com/law/italylaw.htm>.
- 23. Пасивну стечајну способност по шпанском праву могу имати трговци, и то трговци појединци и привредна друштва, која се налазе у стању дефинитивне инсолвентности. Види: Ignacio Guillen Gonzalez и Bufete Gimenez Terres, “*Spanish Insolvency Law*”, 2000.
- 24. Француска не познаје стечајни поступак за потрошаче. Стечајни режим се примењује само на трговце појединце. Потрошачима је на располагању Закон бр. 89-1010, који не представља стечајну процедуру какву ми познајемо, већ се више своди на поравнање са повериоцима.
- 25. Члан 4. словеначког Zakona o prisilni poravnavi, stečaju i likvidaciji (објављен у Урадном листу Републике Словеније 7. децембра 1993. године) предвиђа да је “дужник по овом закону приватни предузетник (сло. samostojni podjetnik)”.
- 26. Само трговци (у смислу физичких и правних лица као трговаца), који не могу да плате своје пословне дугове могу да поднесу предлог за “atrasos” (bankruptcy). Према томе, нетрговцима појединцима и нетрговцима правним лицима није дозвољено да покрећу стечајни поступак (“atraso relief”). Види: Malcolm Rowat и Jose Astigarraga, нав. дело, стр. 75-83.
- 27. Према хрватском праву (Стечајни закон из 1995. године, чл. 3.) стечај се може провести над правном особом, те над имовином дужника појединца, осим ако законом није другачије одређено. Дужником појединцем у смислу овог закона сматрају се трговац појединац и обртник.
- 28. Румунски Закон о судској реорганизацији и стечајној процедуре (објављен 29. јуна 1995. године, а допуњен 3. новембра 1997. године) у 1. члану одређује ко су потенцијални стечајни дужници речима: “Овај закон ће се примењивати на трговце – физичка лица и привредна друштва – која више не испуњавају своје трговачке обавезе”.
- 29. Према Закону о стечају (Службен весник на Република Македонија бр. 55/97) стечајни поступак може да се спроведе над имовином дужника – правног лица, као и над имовином дужника – физичког лица, ако овим Законом није другачије предвиђено. Стечај може да се отвори само над субјектом који има статус трговаца у смислу Закона о трговачким друштвима.
- 30. Закон о стечајном поступку Републике Српске (објављен у Службеном гласнику Републике Српске, бр. 67 из 2002. године) у члану 5. наглашава да се “стечајни поступак може провести над имовином правног лица, као и имовином дужника појединца. Дужник појединац у смислу овог закона је: предузетник, комплементар у командитном друштву и оснивач ортаког друштва.”

најужу концепцију, јер по њеном решењу ни сви трговци појединци немају пасивну стечајну способност, док Република Српска има најширу, јер трговцима појединцима додаје и ортаке ортачког друштва и комплементаре командитног друштва.

ИСТОРИЈАТ СТЕЧАЈА НАД ИМОВИНОМ ПРЕДУЗЕТНИКА У НАШЕМ ПРАВУ. Наша земља има дугу традицију стечаја над имовином предузетника. Сви предратни стечајни закони су предвиђали да се стечај могао отворити над имовином сваког правног субјекта, па сходно томе и предузетника.³²⁾ После Другог светског рата, субјекти стечаја могли су бити само предузећа и радње.³³⁾ Потпуни раскид са стечајем предузетника је извршен 1980. године, од када наша земља познаје искључиво стечај правних лица.³⁴⁾ Ситуација се није променила све до доношења Закона о инсолвентности привредних друштава у Црној Гори³⁵⁾ одн. Закона о стечају у Србији. Оба закона дозвољавају да трговац појединац буде субјект стечајног поступка.

-
31. Црногорски Закон о инсолвентности привредних друштава (Сл. лист РЦГ бр. из 2002. године) у члану 3. прописује да се “под стечајним дужником, у смислу овог закона, сматрају....3) физичка лица која се баве привредном делатношћу (предузетници)“.
 32. Закон о стечајном поступку из 1861. године (прва српска кодификација стечајних прописа) је у 142. члану прописивао да “прописи овог стечајног поступка важе такође за трговце, фабриканте и друга трговачка друштва.”
Према Стечајном закону из 1930. године, стечај се могао отворити над имовином мушких и женских лица, трговаца и нетрговаца, лица са или без пословне способности, страним или домаћим држављанима. Обрад Госпавић, “Стечајно право Краљевине Југославије”, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон а.д., Београд, 1937, стр. 18-19.
 33. Стечај је у наше послератно право уведен Уредбом о престанку предузећа и радњи из 1953. године, под називом “принудна ликвидација”. Као што и сам њен назив истиче, субјекти стечаја могли су бити само предузећа и радње.
Уредба је укинута 1965. године доношењем Закона о принудном поравнању и стечају. У њему је предвиђено да се стечај може спроводити над предузећима и над имовином лица које својим средствима рада врши привредну делатност (ималац радње) – чл. 3.
 34. Закон о санацији и престанку организација удруженог рада из 1980. године (објављен у Сл. листу СФРЈ, бр. 41/80 са изменама 25/81, 66/81, 28/83, 20/84, 7/85, 39/85, 9/86 и 43/86.) уређује услове и поступак стечаја (и редовне ликвидације, санације и предсанационог поступка) организација удруженог рада. Физичка лица нису могла бити субјекти стечајног поступка, те нема основа говорити о индивидуалном стечају овог периода. Од 1980. године наша земља је у потпуности раскинула са стечајем физичких лица, јер ни трговци појединци (имаоци радњи) нису били стечајно легитимисани.
ЗППСЛ је на исти начин приступио одређењу субјеката стечајног поступка, одлучивши да уређује услове за спровођење и поступак принудног поравнања, стечаја и ликвидације правних лица и то: предузећа, задруга, банака и других финансијских организација, осигуравајућих друштава, јавних предузећа (ако законом није другачије одређено), радњи и газдинстава, ако оне имају својство правног лица (што код нас није случај). Према изложеном, ЗППСЛ се определио само за регулисање тзв. корпоративног стечаја.
 35. Закон о инсолвентности привредних друштава је опет у наш правни поредак вратио индивидуални стечај и то у ограниченом обиму. Са изузетком предузетника, остала физичка лица не могу бити стечајни дужници.

ДЕРЕГУЛАТИВА. Многе земље у окружењу су увеле индивидуални стечај, или без икаквих специфичности у односу на стечај над имовином правних лица (нпр. Република Српска, Словенија, Македонија). Нажалост, Закон о стечају је поступио на исти начин. Само на пар места у закону су предвиђена другачија решења за стечај предузетника. Таква концепција је погрешна и може само штетити стечајном праву. Добро познати институти упоредног права о ослобођењу од одговорности стечајног дужника за плаћање преосталих обавеза, изузимању од извршења и ограничењима стечајног дужника имају своје јасно определене функције и сваки од њих игра значајну улогу у промовисању модерних тенденција у индивидуалном стечају. Постоји оправдана бојазан да ће потпуна дерегулатива дискредитовати индивидуални стечај, а да му није пружена права шанса.

Два су основна разлога за неадекватно уређење стечаја над имовином предузетника. Прво, недовољно познавање упоредно-правних решења и непрепознавање светских трендова у материји стечаја. Друго, законодавац не схвата правни статус предузетника. Стечај предузетника се у првом нацрту Закона, који је представљао радну основу за усвојену верзију, објашњава речима да се “стечај спроводи над предузетничком делатношћу и имовином која је у њој ангажована.”³⁶⁾ Трговац појединац или предузетник је физичко лице које самостално и трајно обавља економску делатност, ради стицања профита, а то чини производњом и прометом робе или пружањем услуга на тржишту. Предузетник одговара неограничено, целокупном својом имовином за обавезе настале обављањем предузетничке делатности.³⁷⁾ Нема разлике између имовине ангажоване за обављање делатности и остатка предузетникove имовине, јер правно оне чине неподељену целину. Према томе, специфичност стечаја предузетника се огледа у чињеници да се стечајни поступак отвара због нерентабилног обављања предузетничке делатности, а спроводи на имовини предузетника, без обзира да ли је она ангажована у сврху обављања економске делатности. Извршење на целокупној имовини физичког лица, без додатних прецизирања, може имати несагледиве последице на породичне, наследне и личноправне односе предузетника.

ПРОБЛЕМИ.³⁸⁾

1. *Шта се дешава са ненамиреним постраживањима стечајних поверилаца после окончања стечајног постручја?* Институт ослобођења предузетника од одговорности за плаћање преосталих обавеза је централни институт, без кога се не може замислити модерна концепција предузетничког стечаја. Он представља основну разлику у односу на корпоративни стечај. За разлику од правних лица, код којих се стечајни поступак окончава брисањем из судског регистра, предузетници настав-

36. Види: Нацир Стечајног закона од фебруара 2003. године, коментар уз члан 28.

37. О појму предузетника види: М. Васиљевић, “Пословно право”, Удружење правника у привреди Југославије, Београд, 2001, стр. 21-24.

38. У овом делу биће наведено само неколико најинтересантнијих проблема са којима се може суючити наша судска пракса.

љају свој живот (само не више као предузетници), због чега се питање ослобођења код њих поставља као примарно.

Према Закону о стечају, „после закључења стечајног поступка, предузетник може бити ослобођен обавезе измирења оног дела дуга у односу на који потраживања у стечајном поступку нису измирина.“³⁹⁾ Несхватљива је замисао законодавца да компликован и сложен институт ослобођења уреди само једном лаконском и недовољно јасном одредбом. Основне контроверзе овако одређеног ослобођења од одговорности су:

а. Ко доноси одлуку о ослобођењу?⁴⁰⁾ Доношење одлуке о ослобођењу би требало да спада у надлежност стечајног већа, јер је то орган који „одлучује о другим питањима од значаја за банкротство стечајног дужника.“⁴¹⁾ На овај начин, наша земља је прихватила систем судског ослобођења.

б. Да ли је неопходан предлог дужника? Закон не помиње предлог дужника као процесни услов за доношење одлуке о ослобођењу. Предлог дужника је дозвољен, али није нужан. Против предлога дужника треба дозволити могућност улагања приговора од стране стечајног судије, стечајног управника, одбора поверилаца и појединачних поверилаца стечајног дужника. Без обзира на предлог, стечајно веће може самоиницијативно ослободити дужника обавезе измирења преосталог дела обавеза. По дикцији Закона, произилази да стечајно веће не мора донети било какву одлуку о ослобођењу дужника, јер се тада претпоставља да дужник има обавезу да измири своја ненамирена дуговања.

в. Да ли стечајно веће има дискрецију у погледу ослобођења предузетника?⁴²⁾ Решењем Закона о стечају, наше право је сврстано у дискреционе системе ослобођења, јер су дата велика овлашћења стечајном суду приликом доношења одлуке о ослобођењу. Стечајно веће може:

1. да донесе одлуку о потпуном ослобођењу (да прихвати предлог дужника одн. одбије приговоре); или
2. да донесе одлуку о одбијању ослобођења (одбије предлог одн. усвоји приговоре).

Може ли стечајно веће да донесе одлуку којом се ослобођење дужника везује за испуњење одређених услова? Ова могућност пружа судовима највише права, јер они могу према околностима конкретног случаја да прилагоде своје решење. Ослобођење се може условити на различите начине. Један од начина је одлагање ослобођења дужника за одређени период, који суд сматра одговарајућим (тзв. спензија ослобођења). Други начин је везивање ослобођења за испуњење одређе-

39. Закон о стечају, чл. 122(4).

40. Зависно од одговора на питање ко доноси одлуку о ослобођењу, разликују се законско, судско, повериличко и посредничко ослобођење.

41. Закон о стечају, чл. 122(1)(5).

42. Све системе ослобођења делимо према слободи органа који доноси одлуку о ослобођењу, на оне код којих се та одлука доноси на основу дискреционих овлашћења органа (пре свега суда) и оне код којих нема дискреције у овом погледу, већ само констатовање утврђених чињеница.

них услова од стране дужника, имајући у виду пре свега његов будући доходак и имовину коју дужник буде стекао. Иако је могућност одлагања или условљавања ослобођења веома корисна, чини се да наши судови немају право да је примењују, јер такво овлашћење мора бити изричito предвиђено законом.

г. Да ли предузетник има обавезу да плаћа доприносе до ослобођења?⁴³⁾ У великим броју земаља, плаћање доприноса је централно питање ослобођења предузетника. Закон о стечају не помиње плаћање доприноса, и стечајно веће не може да донесе одлуку којом условљава ослобођење дужника обавезом плаћања одговарајућих доприноса из зараде и других примања.

д. Када и на који начин стечајни суд доноси одлуку о ослобођењу? Већина за конодавства прихвата концепцију на основу које се стечајни дужник по покретању стечајног поступка, ослобађа од одговорности за преостале обавезе, после протека одређеног периода. Према Закону о стечају, одлука о ослобођењу се може донети после закључења стечајног поступка.⁴⁴⁾ Оваква одредба даје непримерено велика овлашћења стечајном већу, јер се предвиђа само моменат пре кога се одлука не може донети, без прецизирања начина доношења одлуке и крајњег рока. Пре доношења одлуке о ослобођењу, стечајно веће би требало да закаже рочиште на коме би се водила расправа о ослобођењу предузетника, како би се пружила могућност свим актерима стечајног поступка (посебно дужнику и повериоцима) да изнесу аргументе у своју корист.

ћ. Који је основ за одбијање ослобођења? Да би суд донео решење којим одбија ослобођење предузетнику, неопходно је да се испуне одређени услови. Закон о стечају стоји на становишту пуне дискреције стечајног већа, јер не предвиђа ниједан основ за оспоравање ослобођења. У упоредном праву се издваја велики број основа за оспоравање, међу којима се посебно истичу: преварни пренос имовине; правоснажна осуда стечајног дужника због кривичних дела против привреде; чињеница да је дужник сакрио, уништио, фалсификовао или није водио пословне књиге, документацију или папире на основу којих се могу утврдити финансијски услови пословних трансакција; ако дужник не може да објасни на задовољавајући начин било какав губитак своје имовине или недостатак средстава; неизвршење обавеза од стране дужника, које су му наметнуте стечајним законом, одлуком суда или стечајног управника; могућност подношења плана реорганизације уместо банкротства; околност да је предузетник раније био стечајни дужник; као и бројни други облици непоштеног понашања предузетника према својим повериоцима. У нашем праву, сви наведени разлози за оспоравање могу и треба да имају велики

43. Према критеријуму обавезноти дужника да за време трајања стечајног поступка (до ослобођења) плаћа доприносе, разликујемо земље које не предвиђају плаћање доприноса, оне које обавезују дужника на плаћање доприноса и коначно, оне које предвиђају могућност (иако то није обавеза) да дужник плаћа доприносе.

44. Стечајни поступак се закључује решењем о закључењу стечајног поступка на завршном рочишту, које се после тога објављује у "Службеном гласнику РС" и доставља надлежном органу који води регистар предузетника (чл. 125).

утицај на доношење одлуке о одбијању ослобођења стечајног дужника. Питање оспоравања ослобођења није требало да буде препуштено потпуној дискрецији судске праксе, јер је на тај начин створена правна несигурност.

е. Да ли се нека потраживања могу изузети од ослобођења? Генерално је правило да се ослобођењем дужник ослобађа од одговорности за извршење свих преосталих обавеза. Изузимање поједињих потраживања од дејства ослобођења је најзначајнији изузетак од постављеног правила. Закон о стечају, заборављајући да третира предузетника као физичко лице, не предвиђа институт изузетих потраживања. У упоредном праву широка је лепеза потраживања која се изузимају од ослобођења. Према сродности могу се поделити у четири групе: 1. нека потраживања државе према дужнику; 2. потраживања која са собом носе вид моралне осуде дужника (нпр. изузимају се новчане казне и са њима изједначене обавезе дужника); 3. потраживања оних поверилаца за чију је судбину држава посебно заинтересована (нпр. обавезе предузетника по основу издржавања); и 4. потраживања која треба да омогуће целовитост правног система (нпр. потраживања поверилаца које дужник није пријавио стечајном управнику у извештају о својој имовини и обавезама). Може ли стечајно веће да ослободи предузетника обавезе исплате ненамиреног дела потраживања, уз изузимање одређених потраживања? Овакво решење би било корисно, правично и сврсисходно, али нема законско утемељење. У стечајном праву важи начело једнакости необезбеђених стечајних поверилаца, осим уколико закон не предвиђа другачије правило (типичан пример представљају стечајни редови). Закон о стечају не привилегује одређене повериоце могућношћу изузимања, тако да стечајно веће може само да ослободи предузетника обавезе према свим повериоцима или да ускрати ослобођење.

ж) Правни лекови. Против решења о ослобођењу или одбијању ослобођења може се изјавити жалба Вишем трговинском суду у року од осам дана од дана објављивања решења на огласној табли суда или од дана објављивања у “Службеном гласнику РС”. Виши трговински суд ће одлуку о жалби донети најкасније у року од 30 дана од дана пријема жалбе.⁴⁵⁾ Право на жалбу имају сва лица са правним интересом да се донесе другачија одлука, као и лица чије овлаштење произилази из одредаба Закона о стечају (одбор поверилаца).⁴⁶⁾

з) Каква је последица ослобођења? Основна последица ослобођења дужника је трансформација цивилних у натуралне облигације. До покретања стечајног поступка повериоци су имали могућност утужења и принудног извршења своје тражбине тј. њихова потраживања су била цивилна. Ослобођењем престаје правна обавеза дужника да изврши своја дуговања. Оно што Закон о стечају назива ослобођењем обавезе измирења преосталих доспелих обавеза, са облигационо-правног аспекта представља претварање цивилних у природне облигације.

2. Да ли предузетник има право на изузимања од извршења у стечајном поступку? После ослобођења од одговорности, изузимање од извршења је најзна-

45. Закон о стечају, чл. 32.

46. Закон о стечају, чл. 27(2)(2).

чајнији институт индивидуалног стечаја. Право изузимања остварује вишеструке циљеве, који претендују да: обезбеде дужнику имовину за физички опстанак, заштите достојанство и културни идентитет дужника, омогуће појединцу да се финансијски рехабилитује и заради доходак у будућности, заштите предузетниковој породици и лица које издржава од штетних последица осиромашења, терет обезбеђивања минималне заштите дужника и чланова његове породице преусмери са друштва на повериоце⁴⁷⁾ и на посредан начин промовишу штедњу.

Закон о стечају ниједном својом одредбом не помиње изузимање од извршења у поступку стечаја предузетника. Једино је предвиђено да се у стечајном поступку сходно примењују одредбе закона којим се уређује парнични поступак, ако Законом о стечају није другачије одређено.⁴⁸⁾ Међутим, сходна примена Закона о парничном поступку не значи и примену Закона о извршном поступку.⁴⁹⁾ Према томе, у нашем праву предузетник нема право на изузимања од извршења у стечајном поступку. Како објаснити овакву сировост према предузетнику, који се нађе у стечајном поступку? У питању је очигледна омашка законодавца, која се мора у најкраћем року исправити, јер ће у супротном дискредитовати институт стечаја предузетника. На ваљан начин се не може објаснити да је предузетник заштићен у извршном поступку, а да му није пружена никаква заштита у стечајном поступку. Да ли се на тај начин шаље порука да је стечајни поступак морално неприхватљив и да га треба оштро санкционисати? Законодавац заборавља да ће тај исти појединач, по окончању стечајног поступка, представљати велики баласт управу за државу, која га је и казнила. Шта препоручити законодавцу? Поред давања овлашћења предузетнику да изузме одређене ствари и права у стечају, основно питање које се поставља је да ли изузимања треба детаљно регулисати у стечајном закону⁵⁰⁾ или у њему треба само да се налази одредба која упућује на изузимања предвиђена извршним законом.⁵¹⁾ Треба се заложити за прво решење, иако је друго правно-технички једноставније и прихваћено од стране многих држава.⁵²⁾

3. Да ли постраживања из породично-правних односа у стечају имају привилегован претиман? Предузетник улази у стечајни поступак "носећи" за собом чи-

47. D. G. Epstein, S. H. Nickles, J. J. White, "Bankruptcy", St. Paul, Minn., 1993, стр. 593-594.

48. Закон о стечају, чл. 5.

49. Закон је објављен у "Службеном листу СРЈ", бр. 28/2000.

50. Овај систем је најдоследнији, јер почива на идеји да све треба да буде регулисано у једном закону. Види: енглески Insolvency Act из 1986. године, чл. 283; ирски Bankruptcy Act из 1988. године, чл. 45.

51. Види: Стечајни закон из 1930. године, чл. 2(1); Закон о принудном поравнању и стечају из 1965. године, чл. 152; и хрватски Стечајни закон, чл. 68.

52. Извршни и стечајни закон, и поред бројних сличности, посматрају проблем изузимања из различите призме. Извршни закон уређује поступак појединачног извршења, што значи да се изузимања одређују зависно од функције и намене коју појединачно одређена ствар или право, наведена у предлогу за извршење од стране поверилаца, има за дужника. Стечајни закон приликом изузимања има пред собом целокупну имовину стечајног дужника и изузимања се сходно томе могу одређивати на знатно прецизнији начин, применом више метода, него што је то случај са извршним поступком.

тав низ различитих породично-правних односа, који не могу бити игнорисани. Пособан значај имају потраживања поверилаца по основу издржавања. Регулисање ове материје је мотивисано бригом државе, за судбину одређених лица, која немају довољно средстава за издржавање. Држава на овај начин штити и себе, јер би та лица по природи ствари тражила помоћ од државних органа. У упоредном праву потраживања по основу издржавања имају привилегован статус, који се остварује на различите начине. Прво, предузетник се не може ослободити плаћања неисплаћеног дела доспелих дуговања за издржавање чланова своје породице (изузетак ход одлобођења). Друго, ова потраживања се сврставају у више исплатне редове, те се наплаћују пре других поверилаца (приоритет у наплати). Треће, исплате дуговања по основу издржавања не представља правну радњу која се може побијати у стечају. Четврто, забрана извршења и намирења у стечајном поступку се не примењује на потраживања по основу издржавања.

Закон о стечају, у складу са основном идејом да предузетника посматра искључиво као трговица, а не и као физичко лице, у потпуности занемарује породично-правне односе дужника, што представља погрешан приступ, који се мора што пре променити.

4. Да ли је могућ стечај и над заоставштином предузетника? Какве су последице смрти предузетника над чијом се имовином води стечајни поступак? Има ли предузетник право да се одрекне наслеђа после отварања стечајног поступка? Кome припада прихваћено наслеђе за време трајања стечаја? Овде су наведена само нека од питања на која право индивидуалног стечаја и наследно право морају дати одговоре.

Модерна стечајна законодавства предвиђају да се покренути поступак стечаја против имовине предузетника неће обустављати у случају његове смрти. Неке земље то и изричito предвиђају речима да када дужник умре, поступак се наставља као да је и даље жив.⁵³⁾ Уобичајено је и решење по коме се поступак индивидуалног стечаја може покренути и над имовином (заоставштином) умрлог предузетника. Иако су ова решења логична, Закон о стечају их не регулише. Закон одређује предузетника као субјекта стечајног поступка, а не његову имовину. Тиме је направљена још једна грешка која отежава могућност да се дозволи стечај над заоставштином предузетника. Да је закон предвидео да се стечај спроводи над имовином предузетника, ширим тумачењем би се могао дозволити стечај над његовом заоставштином. У сваком случају, у питању је још један у низу пропуста законодавца.

Питање права предузетника да се одрекне наслеђа после отварања стечајног поступка, Закон о стечају је уредио на следећи начин: ако је стечајни дужник стекао наследство после покретања стечајног поступка, наследничку изјаву даје стечајни управник.⁵⁴⁾ Ова одредба на типичан начин показује како законодавац није имао у виду предузетника приликом формирања својих решења. Имајући наведе-

53. Канадски Bankruptcy and Insolvency Act из 1919. године, чл. 43(17).

54. Закон о стечају, чл. 62.

но у виду, требало би заузети став по коме се доношењем решења о закључењу стечајног поступка гаси право стечајног управника да даје наследичку изјаву.⁵⁵⁾

ЛИЧНА УПРАВА ПРЕДУЗЕТНИКА. Законом о стечају уведен је у српско право посебан начин организације и спровођења стечајног поступка, у коме предузетник сам управља и располаже стечајном масом, под надзором стечајног управника.⁵⁶⁾ Општа правила стечајног поступка и реорганизације се примењују супсидијарно, ако правилима која уређују личну управу није на другачији начин уређено.⁵⁷⁾ Отварањем стечајног поступка, право предузетника да управља и располаже имовином која припада стечајној маси прелази на стечајног управника.⁵⁸⁾ Када се одреди лична управа, поменута правна последица отварања стечаја не наступа, и то је основна специфичност овог посебног стечајног поступка.

Личну управу може одредити стечајно веће решењем о покретању стечајног поступка. Да би се предузетник овластио на личну управу неопходно је да се кумултивно испуне три услова: 1) да се са тим сагласи поверилац који је покренуо поступак; 2) да предузетник то сам предложи; и 3) ако је вероватно да одређивање личне управе неће довести до оштећења права и интереса поверилаца, нити до одувожења стечајног поступка.⁵⁹⁾ И поред чињенице да стечајно веће доноси одлуку, одлучујућа би требало да буде воља поверилаца. Лична управа се не може одобрити ако је стечајни поступак покренут предлогом надлежног јавног тужиоца, а на захтев одбора поверилаца она се замењује управљањем од стране стечајног управника.

Суд може обуставити личну управу на предлог одбора поверилаца, повериоца који је покренуо стечајни поступак, стечајног дужника, стечајног управника и стечајног судије. Пре доношења одлуке стечајно веће ће саслушати дужника. Против решења о предлогу може се изјавити жалба, и то од стране одбора поверилаца, повериоца који је покренуо стечајни поступак, стечајног дужника и стечајног управника. Доношењем решења о обустави личне управе, стечајни управник преузима стечајну масу и врши све радње прописане Законом о стечају.⁶⁰⁾

Решењем о покретању стечајног поступка којим се одређује лична управа поставља се стечајни управник. Његова основна функција је вршење надзора над радом предузетника. Он ће прегледати попис имовине који је саставио стечајни дужник, обавестити суд да ли је попис исправно састављен, као и на које делове стечај-

55. Овакав закљичак би се могао извести и из самог члана 62., јер закључењем стечајног поступка предузетник престаје бити стечајни дужник, а ова одредба се односи само на стечајне дужнике.

56. Закон о стечају, чл. 140-144.

57. Андрија Ераковић, „*Стечајни закон са коментаром и примјерима*”, Правна библиотека, Загреб, 1997, стр. 167.

58. Закон о стечају, чл. 60(1).

59. Закон о стечају, чл. 140(1). Упореди са немачким Инсолвенцијским законом из 1994. године, чл. 270 и хрватским Стечајним законом, чл. 266.

60. Закон о стечају, чл. 143.

ни повериоци могу изјавити приговор. Стечајно веће ће у решењу одредити и послове за чију пуноважност је потребна претходна сагласност стечајног управника. У случају непоштовања ове процедуре, друга страна има право да захтева враћање противчинидбе из стечајне масе као стечајни поверилац.⁶¹⁾

Лична управа, уређена на описан начин, ствара велики број недоумица. Најуочљивије су:

1) *Зашто се лична управа не може применити на привредна друштва?* Нема ниједног оправдања за концепцију по којој се лична управа везује искључиво за стечај предузетника. Услови за увођење личне управе су објективизирани, те су подједнако примењиви и на привредна друштва. Управљање и располагање стечајном масом од стране директора једног привредног друштва се ни по чему не разликује од вршења истих радњи од стране предузетника.

2) *Зашто се одредбе о личној управи предузетника налазе у делу закона који уређује реорганизацију?* Према Закону о стечају, стечајни поступак обухвата банкротство (под којим се подразумева намирење поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника), и реорганизацију (која представља намирење поверилаца, на начин и под условима одређеним планом реорганизације). Лична управа се може поставити у оба случаја, јер се она одређује решењем о покретању стечајног поступка. Премда одредбе Закона не ограничавају личну управу на поступак реорганизације, није јасно зашто се оне налазе у десетој глави, која носи назив реорганизација.

3) *Може ли се накнадно одредити лична управа?* У упоредном праву је предвиђено правило по коме у случају да стечајно веће одбије предлог дужника за одређивање личне управе, а повериоци је предложе на првом рочишту, веће може накнадно одредити такву управу.⁶²⁾ Код нас је прописано да се лична управа одређује решењем о покретању стечајног поступка, без допуштања могућности доношења касније одлуке.

4) *Како треба добути одредбу о условљавању преузимања правних радњи предузетника?* Закон о стечају даје овлашћење стечајном већу да одреди послове за чију пуноважност је потребна претходна сагласност стечајног управника. Све остale правне радње предузетник може сам да обавља. Поменута одредба је недовољна, и целисходно би било да је Закон предвидео следећа правила:

- а) обавезе које не спадају у редовно пословање предузетник може предузимати само уз сагласност стечајног управника;
- б) обавезе које спадају у редовно пословање предузетник може обављати само ако се томе не противи стечајни управник;
- в) стечајни управник може захтевати од дужника да он сам преузима све наплаћени новац, као и да обавља сва плаћања;

61. Закон о стечају, чл. 141. и 142.

62. Немачки Инсолвенцијски закон, чл. 271. и хрватски Стечајни закон, чл. 267.

- г) дужник је дужан да прибави претходну сагласност одбора поверилаца за предузимање правних радњи које су од посебног значаја за стечајни поступак;
- д) као додатак поменутим правилима, стечајно веће има могућност да, на предлог поверилаца, одреди правне послове за чију ће ваљаност бити потребна сагласност стечајног управника.⁶³⁾

5) *Које су дужности стечајног управника и предузетника?* Решењем којим се предузетник именује да управља и располаже стечајном масом именује се и стечајни управник. Према слову закона, у делокруг послова стечајног управника у поступку личне управе спадају: давање претходне сагласности за правне послове које одреди стечајно веће и прегледање пописа имовине, поверилаца и других извештаја предузетника. *Argumentum a contrario* произилазило би да сва остале овлашћења стечајног управника припадају предузетнику. Међутим, овакво размишљање се не може у потпуности прихватити. Закон о стечају није рекао да предузетник има правни положај стечајног управника, већ само да се овлашћује да управља и располаже стечајном масом. Тиме је законодавац све дужности стечајног управника, које се не односе на управљање и располагање стечајном масом, искључио из надлежности предузетника.⁶⁴⁾ Ту, између осталих, спадају: сазивање састанака поверилаца, заступање предузетника у покретању и вођењу спорова, побијање правних радњи стечајног дужника, обавештавање одговарајућих регистара о стечајном поступку и обавештавање банака преко којих стечајни дужник послује о отварању поступка, узимање кредита без обезбеђења или уз обезбеђење на имовини на којој не постоје претходни терети на начин прописан Законом. Поступак пријављивања и утврђивања потраживања ће остати непромењен. Било би корисно да је Закон предвидео могућност оспоравања пријављених потраживања од стране предузетника у случају личне управе.⁶⁵⁾

Због минималистичког приступа у регулисању ове области, дужности стечајног управника и предузетника у поступку личне управе изазивају бројне недоумице, што је крајње неприхватљиво у овој сфери од великог значаја за праксу.

ЗАКЉУЧАК. Уместо да се рад закључи речима похвале законодавцу за увођење индивидуалног стечаја у наш правни поредак, прихваћена концепција је изложена оштрој критици. Закон о стечају је прихватио стечај над имовином предузетника, али се одлучио да му не посвети готово никакву пажњу, поистовећујући га у потпуности са корпоративним стечајем. Занемарити чињенице да је предузетник физичко лице и да је субјект бројних породичних и наследних односа, значи

63. Михајло Дика, "Инсолвенцијско право", *Manualia Facultatis Juridicae Zagabiensis*, Загреб, 1998, стр. 83-84. Види: немачки Инсолвенцијски закон, чл. 275-277. и хрватски Стечајни закон, чл. 271-273.

64. Појам управљања и располагања стечајном масом треба тумачити у ужем смислу, јер у ширем смислу свака радња стечајног управника се може подвести под управљање или располагање стечајном масом.

65. Види: немачки Инсолвенцијски закон, чл. 283. и хрватски Стечајни закон, чл. 279.

омаловажити појединача, његово достојанство и породицу, што представља озбиљан ударац на друштво у целини. Имајући у виду велики број приказаних недостатака, дубиозних решења и правних празнина, темељне измене закона у овој области су неминовне.

Vuk Radović, LL.M
Junior Faculty Member
University of Belgrade School of Law

SOLE PROPRIETORSHIPS' BANKRUPTCY ACCORDING TO THE NEWLY ADOPTED BANKRUPTCY PROCEDURE CODE

Summary

After two and a half decades, individual bankruptcy has been introduced into our legislature. The Bankruptcy Procedure Code broadened the scope of possible subjects of bankruptcy proceedings with sole proprietorships. At this moment, other individuals are excluded from the bankruptcy procedure, but it is reasonable to predict that in the future every person will be encompassed by the Bankruptcy Code provisions.

Although our Bankruptcy Code recognizes individual bankruptcy, there is almost no distinction in comparison to corporate bankruptcy. This could potentially create a lot of questionable situations in our judicial practice and legal theory such as: inadequate discharge provisions, non-existing property exemptions, lack of regulation regarding family and inheritance relations, and incomplete personal management procedure.

Taking into consideration all the limitations of the new legislature, it can be concluded that the benefit of introducing sole proprietorship's bankruptcy will be highly dubious and there will be an urge to change this part of Bankruptcy Procedure Code in the foreseeable future. Present situation will have a very negative impact on individual bankruptcy development in our country.

Key words: sole proprietorship's bankruptcy, deregulation, personal management in bankruptcy, discharge, bankruptcy exemptions, family and inheritance relations.

ПРИЛОЗИ

**Наташа Петровић,
студент јоследијломских студија
смера привредно-правних наука**

Осигурања ревизора од одговорности

Резиме

Осигурање ревизора од одговорносћи као облик обавезног осигурања од одговорносћи релативно је нов институт наше ђраве. Да ли зато што су резултати његове примене на основу претходног закона позитивни или се ради о приступом преузимању решења из упоредног ђрава? Колико је утицаје у упоредном ђраву расподељено наведено решење? Да ли је законодавац најправио ђрави пошто је предвидевши обавезу закључења уговора о осигурању од одговорносћи ревизора, колико се таква обавеза уклапа у постојећи систем осигурања и обављање делатносћи ревизора? Сва ова утицаја предмет су анализе. С обзиром на ограниченност извора који претпостављају релевантну проблематику, поменута анализа је извршена имајући у виду основне карактеристике осигурања од одговорносћи и, нарочито, обавезног осигурања од одговорносћи. Установљена је да ће ревизор, коју наше ђраво од скора познаје, размотрена је са аспектом њеног значаја за привредно друштво и консеквенце које могу настапити делатношћу ревизора по пословање исходи. Указано је на повољне ефекти који настају увођењем обавезе осигурања од одговорносћи ревизора. Ти позитивни ефекти могу се уочити како на стручни ревизор, тако и на стручни поштенијално оштећених лица. Анализа релевантне одредбе ЗОРП извршена је и *de lege ferenda*.

Кључне речи: ревизор, обавезно осигурање од одговорносћи, налаз и мишљење овлашћено ђревизора, оштећено лице.

1. Правно одређење и историјски контекст настанка осигурања од одговорности

Закон о рачуноводству и ревизији¹⁾ (у даљем тексту: ЗОРР) установио је обавезу предузећа за ревизију да се осигура од одговорности за штету коју може проузроковати обављањем ревизије. Према одредбама ЗОРР:²⁾

"Предузеће за ревизију обавезно је да се осигура од одговорности за штету коју може проузроковати израженим мишљењем овлашћеног ревизора садржаном у извештају о обављеној ревизији, најкасније до момента давања мишљења овлашћеног ревизора правном лицу (курзив Н. П.)".

У хронолошком смислу, овом решењу претходило је решење Закона о ревизији рачуноводствених исказа из 1996.³⁾ С обзиром да је реч о облику обавезног осигурања од одговорности, указује се потреба да се у најкраћим цртама прикаже досадашњи еволутивни пут ове гране осигурања у нас и изложе најважније карактеристике обавезног осигурања од одговорности које долазе до изражaja и у односима који се заснивају закључењем уговора о осигурању од одговорности предузећа за ревизију.

Осигурање од одговорности има значајну улогу у развоју грађанске одговорности за накнаду штете.⁴⁾ Реч је о једној релативно новој грани осигурања, чији се почетни кораци везују за другу половину деветнаестог века, када је у праву грађанске одговорности дошло до суштинских промена.⁵⁾ Отуда између одговорности и осигурања (од одговорности) постоји тесна *повезаност* и изражени *међуутицај*. Када је реч о осигурању од одговорности, његов развој пратиле су различите теоријске дискусије и велики отпори који ни данас нису нестали, иако је ова врста осигурања у већини права прилично распострањена.

Осигурање од одговорности добило је нарочито на значају увођењем објективне одговорности за накнаду штете. Иако је објективна одговорност за проузроковану штету носила предност у односу на субјективну одговорност, јер је било могуће локализовати одговорно лице, сви проблеми нису били решени. Први проблем који се јавио у вези је са исплатом накнаде штете. Како су штете бивале бројније и веће, чешће је утврђивана инсолвентност одговорног лица.⁶⁾ Други

1. Сл. лист СРЈ, бр. 71/02.

2. ЗОРР, чл. 33 ст. 7.

3. Сл. лист СРЈ, бр. 30/96.

4. Такозвана социјализација грађанске одговорности врши се управо путем осигурања од одговорности. В. М. Константиновић, *Основ одговорности за проузроковану штету*, Архив, 1952/3, стр 303.

5. Први пут је осигурање од одговорности уведено законима који су донети почетком XX века: немачки Gesetz über den Versicherungsvertrag, од 30. маја 1908; аустријски Gesetz über den Versicherungsvertrag од 23. децембра 1917; француски Loi relative au contrat d' assurance од 13. јула 1930.

6. В. П. Шулејић, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета у Београду- Центар за публикације и Досије, Београд, 1997, стр. 383.

проблем тицао се угрожавања опстанка штетника. Наиме, наплата пуне штете од одговорног лица претила је да доведе до његове материјалне пропасти што није друштвено оправдано (имајући у виду чинјеницу да се он, у највећем броју случајева, бави корисним активностима), а ни правично с обзиром да штета настаје без његове кривице.⁷⁾ Али, оно што је неспорно то је да је најмање оправдано да штета остане на терет оштећеног лица. Тек када се имају у виду све ове околности јасно је како и зашто је сазрела идеја социјализације одговорности. Инструмент те социјализације је било осигурање од одговорности. Осигурање од одговорности је омогућило пребацање терета одговорности на шири круг лица, на све оне који се баве опасним делатностима и који су у могућности да другима нанесу штету. При том је оно ишло у прилог како онима који се баве ризичним делатностима будући да се, за релативно мали износ новца, штите од штетних последица своје активности, тако и оштећеним лицима јер добијају сигурног платиоца накнаде штете. Током времена осигурање од одговорности постало је нека врста одговора на нове опасности од настанка штете које се јављају као последица даљег технолошког напретка.⁸⁾

Током времена дошло је до приближавања и поклапања ова два правна института. У почетку, одговорност за накнаду штете и осигурање имали су различите циљеве и различит домен примене. Правилима о одговорности за проузроковану штету штитио се оштећени, док се правилима о осигурању штитио штетник-осигураник. Правилима о одговорности покривана је, првобитно, штета проузрокована кривицом, осигурањем штете настала услед вишке силе или случаја. Касније је дошло до проширивања осигурања и на штете проузроковане кривицом, а на страни одговорности до проширивања и на штете настале без кривице.⁹⁾ Свакако је најважније поистовећивање њихових циљева: и осигурање од одговорности, нарочито обавезно, има за циљ заштиту интереса оштећеног лица. Најважније је обезбедити накнаду оштећеном лицу, а тек касније се може расправљати о одговорности и коначном сношењу терета накнаде. Тако је осигурање постало нови вид накнаде штете и преузело доста од функција грађанске одговорности. Али, потребно је нагласити да је, и поред увођења осигурања у домен одговорности, грађанска одговорност у потпуности сачувана. Карактер грађанске одговорности остао је неизмењен у односима штетника и оштећеног. Иако је дошло до ширења осигурања, оно не значи потискивање или замену одговорности. Уосталом, функција правила о накнади штете није само да обезбеди обештећење оштећеном лицу, већ и да делује превентивно, тј. да самим својим постојањем спречава наступа-

7. Ibid.

8. В. И. Јанковец, *Одговорност и осигурање*, Институт друштвених наука, Београд, 1965, стр. 14.

9. В. П. Шулејић, *Право осигурања*, Правни факултет Универзитета у Београду- Центар за публикације и Досије, Београд, 1997, стр. 383, 384.

ње штета.¹⁰⁾ Чак и ако се за осигурање може рећи да прву функцију и оно врши, за другу се то не би могло рећи.

Међутицај осигурања и одговорности постао је толики да је свака промена у систему одговорности налазила свој одраз у осигурању, као што је и обратно, захваљујући осигурању могуће усавршавање и развијање грађанске одговорности. За осигурање се с правом тврди да се налази у средишту *процеса трансформације тојма грађанске одговорности*. Оно је инструмент помоћу кога је било могуће извршити одвајање питања накнаде од питања утврђивања кривице за проузроковану штету.¹¹⁾ Како се у теорији истиче, свака нова опасност намеће потребу осигурања од одговорности, чак и ако она још није установљена, а потом, свако ново ширење овог осигурања подстиче судове да потврде одговорност за ове ризике.¹²⁾ Тако путем социјализације одговорности осигурање од одговорности постаје *conditio sine qua non* модерног добра.

2. Разлози прихваташа института и његово место у оквиру система осигурања

Увођење осигурања од одговорности изазвало је бројне теоријске расправе. Изнећемо само аргументе у прилог прихваташа осигурања од одговорности, јер су они снагом своје утемељености однели превагу и утицали на став законодавца:

1. осигурањем од одговорности врши се раздавање питања одговорности за штету од питања накнаде штете. Осигурање у први план ставља накнаду, а тек касније у односима између осигуравача који је накнадио штету и осигураника који је крив решава се питање одговорности за проузроковану штету. Ово раздавање има јаку моралну подлогу, јер је неправично да оштећени сноси ризик инсолвенности и терет доказа кривице штетника. Такође је неправично да терет накнаде штете сноси лице које је без своје кривице, вршећи друштвено-корисну активност, проузроковало штету. Још је неправично да такве штете оставити лицу кога задесе. *Осигурање покрива и субјективну и објективну одговорност, али је његова морална подлога јача: она је у задовољењу моралних захтева не само штетника и оштећеног, него и заједнице као целине.*¹³⁾

2. иако има супротних мишљења, осигурање од одговорности само по себи не доводи до слабљења пажње осигураника. У осигурању од одговорности није занемарено питање узрока настанка штете, нити је дат подстицај за непажњу и злоупотребу сигурности које оно пружа штетнику. У прилог томе изнети су следећи разлози:¹⁾ осигураник нема никакавог интереса да чини штете. Он не може имати ни-

10. В. И. Јанковец, *op. cit.*, стр. 18, 19.

11. В. П. Шулејић, *Осигурање од грађанске одговорности, докторска дисертација*, Београд, 1967, стр. 14.

12. В. П. Шулејић, *op. cit.*; A. Besson: *Осигурања и грађанска одговорност*, Анали, 1958-3, стр. 253.

13. В. П. Шулејић, *Осигурање од грађанске одговорности...*, стр. 14.

каквих користи од тих штета, јер од осигуравача може добити само онолико колико дугује оштећеном; 2) проузроковањем штете другоме осигураник може често и себи да нашкоди: аутомобилиста који се упусти у непрописну вожњу може угрозити и свој живот и своју имовину; 3) у сваком случају, остаје кривична одговорност од које се не може осигурати; 4) осигурана познаје одређене мере које имају за циљ спречавање негативних последица сигурности од обавезе накнаде штете: франшизе, стимулативне мере, повећање премија у случајевима показане непажње, смањење премија пажљивим осигураницима; 5) најважнија је чињеница да се људи не осигурујају зато да би другоме нанели штету, већ да би себе заштитили за случај да они некоме и поред пажљивости проузрокују штету.¹⁴⁾

3. осигурање од одговорности одговара једној економској потреби савременог друштва: она се, с једне стране, састоји у што ефикаснијем накнађивању изгубљених вредности, а с друге, у омогућавању развијања корисних активности.¹⁵⁾ Социјализација ризика у таквим условима постаје императив;

4. осигурање ствара сигурност на страни оштећених лица, јер омогућава ефикасну репарацију претрпљене штете. Али, та сигурност није скупо плаћана (како се често истиче од стране противника обавезног осигурања) имајући у виду да се велике штете могу накнадити захваљујући релативно ниским премијама наплаћеним од осигураника чланова ризичне заједнице. Уколико се премије расподељују на шири круг лица, што је случај са обавезним осигурањем, оне се још више редукују и смањују терет осигураника.¹⁶⁾

Што се тиче места осигурања од одговорности у систему осигурања, оно може бити одређено анализом обележја истог. Поменута анализа води закључку да оно по својим суштинским обележјима припада групи имовинских осигурања, али да исто тако поседује и неке *sui generis* карактеристике на основу којих се јасно разликује од осигурања ствари.

Две дистинктивне карактеристике осигурања имовине су: 1) *начело обештећења* и 2) *материјални интерес*.

Начело обештећења значи да је сврха осигурања накнада претрпљене штете која настане у имовини осигураника наступањем осигуреног случаја.¹⁷⁾ Зато висина накнаде из осигурања не може да буде већа од износа штете коју је осигураник претрпео.¹⁸⁾ **Интерес** значи да права из осигурања може имати само лице које је у моменту настанке штете имало материјални интерес да се осигурани случај не дододи. Из тога произлази правило по коме осигуравач може имати обавезу само ако су испуњена два услова: 1) ако је штета настала, и 2) ако је њоме оштећен нечији интерес.

14. В. П. Шулејић, *Право осигурања...*, стр. 385.

15. В. П. Шулејић, *Осигурање од ћађанске одговорности...*, стр. 14.

16. В. П. Шулејић, *Право осигурања...*, стр. 386.

17. ЗОО, чл. 925. ст. 1, Сл. лист СФРЈ 29/78, 31/93.

18. ЗОО, чл. 925. ст. 2.

Анализом одредаба позитивног права које се односе на осигурање од одговорности, може се уочити да горе поменуто начело обештећења представља циљ истог и да утиче на његову физиономију. Такође, корисник осигурања од одговорности може бити само лице које има имовински интерес да се осигурани случај не додги. Правила о забрани кумулирања накнаде штете и накнаде из осигурања имају своје место у оквиру осигурања од одговорности.

3. Обавезно осигурање од одговорности - специфичности облигационих односа из обавезног осигурања

Према начину настанка, сва осигурања се деле на обавезна и добровољна осигурање. Правило да се уговор о осигурању (као и остали уговори облигационог права) закључује на добровољној бази произлази из једног од основних принципа облигационог права-принципа слободе уговорања и слободе да се уговор закључи (или не закључи) као његове конкретизације. Али, исто тако, свуда у свету постоје одређена осигурања која су обавезна. Њихово увођење резултат је преваге аргумента који оправдавају корисност њиховог увођења у једном законодавству.

Најважнији аргументи који су определили прихваташа обавезног осигурања су следећи:

1. иако увођење обавезе да се уговор закључи представља известан облик принуде и ограничења аутономије волје странака, она је у потпуности оправдана заштитом коју добијају лица обухваћена овом обавезом, али и значајем који за друштво има обавезно осигурање;

2. на основу обавезног осигурања (нарочито од одговорности) долази до засињивања непосредног правног односа између осигуравача и оштећеног лица. С обзиром на то да се осигуравач бави осигурањем као делатношћу на научној основи, он је у највећем броју случајева солвентан. Стога, оштећено лице може добити накнаду претгрђење штете од осигуравача што чини непотребним вођење спора између њега и осигураника чиме поступак обештећења постаје једноставнији и економичнији.

Аргументи у прилог обавезног осигурања однели су превагу и у нашем праву. Закон о осигурању имовине и лица¹⁹⁾ предвиђа четири случаја обавезних осигурања: 1. осигурање појиника у јавном превозу од посledица несрећног случаја; 2. осигурање сопственика, односно корисника моторних возила од договорности за штете поруџине тројим лицима; 3. осигурање сопственика, односно корисника ваздухоплова од одговорности за штете поруџине тројим лицима; 4. осигурање депозита грађана код банака и других финансијских организација.

19. Иако је донет нови Закон о осигурању (Сл. гласник РС, бр. 55/04) чл. 73-108. и чл. 143-146. ЗОИЛ (Сл. лист СРЈ, бр. 30/96, 57/98, 53/99 и 55/99) и даље су на снази. То предвиђа чл. 245. новог закона.

На основу посебних прописа обавезно је осигурање од одговорности предузетника нуклеарног брода²⁰⁾, корисника нуклеарног постројења на котну²¹⁾, предузећа за ревизију од одговорности за штету коју може изазвати израженим мишљењем овлашћеног ревизора²²⁾ и обавеза осигурања од одговорности за штете од заједења животне средине.²³⁾

С обзиром на то да је начин регулисања обавезног осигурања елемент јавног поретка, облигациони односи који из њега настају имају неке специфичности:

- обавезна осигурања су, по правилу, уговорна. Закључује се уговор о осигурању лица које је на основу закона обавезано на закључење уговора ради обезбеђења заштите од одређеног ризика и осигуравача који тај ризик покрива;
- с обзиром на то да је реч о обавезному осигурању, постоји обавеза закључења уговора на страни осигураника и то под условима који су, у најважнијим тачкама, законом одређени. У том смислу можемо говорити о једном од ограничења аутономије воље уговорних страна;
- обавеза закључења уговора постоји и на страни осигуравача који се бави том врстом осигурања. Он је, наиме, у обавези да прихвати понуду осигураника за закључење уговора о осигурању уколико она не одступа од постојећих услова под којима се то осигурање врши;
- интереси који се штите обавезним осигурањем захтевају континуитет покрића ризика;
- заштита интереса трећих лица постиже се могућношћу подношења директне тужбе од стране оштећеног, забраном истицања оштећеном лицу приговора који се могу истаћи осигуранику.

4. Осигурање ревизора од одговорности као облик обавезног осигурања

Пре него што се пређе на анализу релевантне одредбе поменутог закона, ваља направити осврт на делатност ревизора, захтеве у погледу лица која се називају овлашћеним ревизорима, као и упоредноправној регулативи њиховог положаја.

Установа ревизије и ревизора (*auditors-одитори, les commissaires aux comptes*²⁴⁾-рачунописци/ивачи, конторолори књига) уведена је 1884. године у Великој Британији, с тим што су ревизори, за разлику од савременог права, морали бити лица из компаније. Данас установу ревизије познају законодавци свих држава и орденисаних земаља. Ову установу регулише и Осма Директива Европске уније.²⁵⁾

4.1. Појам и делатност ревизора

20. Закон о поморској и унутрашњој пловидби, чл. 852, Сл. лист, бр. 12/98.
21. Закон о одговорности за нуклеарне штете, чл. 15, Сл. лист СФРЈ, бр. 22/78.
22. ЗОРР, чл. 33 ст. 7.
23. Закон о основама заштите животне средине, Сл. лист СРЈ, бр. 24/98 .
24. В. "La responsabilité civile du commissaires aux comptes" у www.jurisques.com.

Ревизија рачуноводствених исказа је испитивање рачуноводствених исказа ради давања мишљења о томе да ли они објективно и истинито приказују стање имовине, капитала и обавеза, као и резултате пословања правног лица.²⁶⁾ У теорији не постоји сагласност око тога да ли су ревизори агенти акционара или компаније. У француском праву и теорији се истиче да ревизори врше контролу пословања компаније у име акционара. Наиме, акционари који на скупштини прихватају рачуноводствене исказе нису у могућности да провере да ли они одсликају право стање ствари у погледу пословања друштва, те стога ангажују посебне стручњаке и овлашћују их да у њихово име провере рачуноводствене исказе.²⁷⁾ Осим тога, они не морају имати поверења у управу и њене извештаје о пословању. Насупрот томе, има имишљења да су ревизори агенти компаније за специјалну сврху-контролисање да ли рачуни компаније представљају истинито и фер вођење послова компаније. Њихова делатност изузетно је значајна за мањинске акционаре, за управу (тиме се цене квалитет рада управе), као и за трећа лица која купују хартије од вредности компаније емитента с поверењем у мишљење ревизора. Могло би се рећи да у упоредном праву постоји тенденција одређивања ревизора као органа привредног друштва.

Упоредноправна регулација: У аустријском и немачком праву ревизора бира скупштина на годину дана с тим што се за ревизора не може именовати лице које је на било који начин повезано са друштвом. На захтев мањинских акционара и органа друштва суд може сменити изабраног ревизора и поставити другог.²⁸⁾ У Француској ревизоре именује скупштина на период од шест година, с тим што котирана друштва с одређеним капиталом морају имати два ревизора. Мањински акционари могу захтевати именовање другог ревизора и смену изабраног, када ревизор може бити постављан и одлуком суда.²⁹⁾ У Италији постоји одбор ревизора у акционарском друштву са три до пет ревизора, који је практично орган друштва именован од скупштине на период од три године. Котирана друштва морају имати и спољне ревизоре-специјализована правна лица, која нису орган друштва.³⁰⁾ Бугарски трговачки законик предвиђа ревизора кога именује скупштина, а ако то она не учини онда суд.³¹⁾ Мађарски Закон о привредним друштвима предвиђа ревизоре у акционарском и неким другим друштвима, који се бирају или уместо или поред надзорног одбора.³²⁾ У британском праву, скупштина акционара именује

25. *Eight Council Directive of 10 April 1984 based on Article 54 (3) of the Treaty on approval of persons responsible for carrying out the statutory audits of accounting documents*, JLO 126.
26. В. М. Васиљевић, *Пословно право*, Удружење правника у привреди Југославије, Београд, 2001, стр. 299.
27. В. М. Васиљевић, *loc. cit.*
28. Аустријски Закон о Деоничким друштвима из 1965, пар. 134-137; Немачки Закон о Деоничким друштвима из 1965, пар. 162.
29. Француски Закон о трговачким друштвима из 1978, чл. 223-225.
30. Италијански Грађански законик из 1942, чл. 2387. и 2399.
31. Бугарски Трговачки законик из 1991, чл. 248-251.
32. Мађарски Закон о привредним друштвима из 1988, чл. 39-42. и чл. 297.

једног или више ревизора, а ако то не учини, то чини министар трговине и индустрије, који је такође овлашћен да смени именованог ревизора који је недостојно обављао ту функцију.³³⁾ Хрватски закон предвиђа да избор ревизора врши орган предузећа пре истека пословне године у складу са статутом или правилима предузећа. Ревизорска фирма не може вршити ревизију предузећа са којима је капитално повезана. Она се обавезује на савесну и објективну ревизију и на тајност информација до којих долази обављањем ревизије.³⁴⁾ Поменута Директива Савета Европе у преамбули истиче потребу хармонизације прописа који се односе на особе овлашћене на вршење контроле рачуноводствених докумената. Према одредбама Директиве³⁵⁾ контролу рачуноводствених исказа могу вршити само овлашћена лица и то: 1) физичка лица уколико испуњавају услове прописане Директивом за које се укратко може рећи да захтевају постојање стручних квалификација и 2) правна лица које се баве контролом рачуноводствених докумената. Посебно се наглашава обавеза држава чланица да предузму неопходне мере како би лица која врше поменуту контролу била независна и како не би вршила неку другу активност која је неспојива са професијом ревизора.³⁶⁾

Када је реч о обавези ревизора да се осигура од евентуалне одговорности која може настати обављањем његове професије, упоредноправни преглед регулативе показује да је, с обзиром на начин на који је уређена, могуће извршити бар две категоризације законодавства. Прво, могуће је разликовање законодавства која познају обавезу ревизора да се осигура од одговорности и оних која исту не познају, при чему је број првих већи. Друго, у оквиру законодавства која намећу обавезу закључења уговора о осигурању, постоје опет две групе случајева. На једној страни су државе које положај ревизора и питање његове обавезе да се осигура регулишу у оквиру закона о привредним друштвима.³⁷⁾ Насупрот томе, друга група законодавства познаје специјалне законе који, као један од услова за обављање ревизије, предвиђају обавезу да се закључи уговор о осигурању од одговорности. Поред нашег права, може се уочити постојање специјалних закона о ревизији и рачуноводству и у правима других земаља које настоје да створе (пред)услове за успостављање тржишне економије. Тако Закон о ревизији Хрватске³⁸⁾ предвиђа обавезу ревизорске куће да се осигура од одговорности за штету коју може нанети обављањем ревизије, при чему је најнижи износ на који се осигурава предвиђен законом. То је случај и са словеначким Законом о ревидирању из 2001.³⁹⁾ који предвиђа обавезу ревизора да се осигура од одговорности за штету коју може проузроковати предузећу које га је ангажовало или трећем лицу и са Законом о изменама

33. В. М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 300.

34. Хрватски Закон о ревизији из 1992, чл. 7., 8., 10.

35. В. чл. 2 Директиве.

36. В. чл. 3 Директиве.

37. Француска-*Code de sociétés*; Белгија-*Loi du 9 juillet 1975 relative des entreprises d'assurances*.

38. Закон о ревизији Хрватске, чл. 11. ст. 3.

39. Закон о ревидирању Словеније, чл. 47.

закона о ревизији БиХ. Али, за разлику од нашег закона, Закон о ревизији Црне Горе⁴⁰⁾ из 2002. не познаје исту обавезу.

Домаће право: Према Закону о рачуноводству и ревизији овлашћени ревизор је стручно лице које поседује сертификат за обављање послова ревизије финансијских извештаја.⁴¹⁾ Сертификат је јавна исправа издата физичком лицу о положеном стручном испиту, стеченом знању и испуњеним условима предвиђеним кодексом етике за професионалне рачуновође.⁴²⁾ Из законских одредаба произлази да статус ревизора може стећи лице које има одређене квалификације стечене полагањем одговарајућих испита. Овлашћени државни орган у складу са прихваћеним међународним стандардима прописује услове за стицање одговарајућег звања ревизора, води евиденцију свих звања ревизора и надзире њихов рад, са овлашћењем за одузимање лиценце у случају огрешења о прихваћене стандарде обављања ове професије.

Циљ и обавеза ревизије: Према ЗОРР⁴³⁾ циљ ревизије финансијских извештаја је да омогући ревизору да изрази мишљење о томе да ли су финансијски извештаји по свим битним питањима састављени у складу са међународним стандардима ревизије. Ревизија финансијских извештаја обавезна је за велика и средња правна лица, као и за све емитенте који продају своје дугорочне хартије од вредности путем јавне понуде.⁴⁴⁾ Ревизија се обавља за сваку годину на бази података о развођању правних лица за претходну годину.⁴⁵⁾ Емитенти хартија од вредности дужни су да прибаве извештај ревизије за годину која претходи години у којој врше емисију.⁴⁶⁾

Према ЗОРР⁴⁷⁾ предузеће за ревизију се оснива у складу са савезним законом којим се уређује положај предузећа, ако овим законом није другачије одређено. Предузеће за ревизију мора да испуњава и следеће посебне услове: 1) да има лиценцу; 2) да овлашћени ревизори у складу са Кодексом, не могу бити под контролом било ког лица или интересних група и 3) да директор, председник управног одбора и надзорног одбора морају бити овлашћени ревизори. Из ових услова се види да ревизију не може обављати лице или привредно друштво које је било каквим везама (персоналним или пословним) повезано са друштвом у коме обавља ревизију. С тим у вези је одредба ЗОРР по којој ревизију финансијских извештаја може да обавља исто предузеће за ревизију највише пет година узастопно код средњег предузећа, односно три године узастопно код великог предузећа. То има за циљ да обезбеди независност и непристрасност у обављању ове професије.⁴⁸⁾ У

40. Сл. лист РЦГ, 06/02.

41. ЗОРР, чл. 3. ст. 8.

42. ЗОРР, чл. 3. ст. 9.

43. ЗОРР, чл. 30. ст. 1.

44. ЗОРР, чл. 30. ст. 2.

45. ЗОРР, чл. 30. ст. 3.

46. ЗОРР, чл. 30. ст. 4.

47. ЗОРР, чл. 31. ЗОРР.

48. В. М. Васиљевић, *op. cit*, стр. 300.

функцији те објективности је и забрана ревизије код правног лица коме исто предузеће за ревизију пружа и услуге вођења пословних књига и састављања финансијских извештаја.⁴⁹⁾

Овлашћени ревизор је, у смислу ЗОРР, независно стручно лице које обавља ревизију и одговара за правилност обављања ревизије, састављање извештаја о ревизији и изражавање мишљења. Сертификат овлашћеног ревизора може стећи лице:1) које има звање овлашћеног рачуновође; 2) које има високу стручну спрему; 3) које има радно искуство на пословима ревизије у трајању од две године; 4) које испуњава услове за стицање сертификата у складу са националним стандардом који регулише услове за оспособљавање рачуновођа и ревизора и стицање професионалних звања; 5) које није осуђивано за кривична дела које га чине недостојним за обављање ревизије.

Ревизија се обавља у складу са ЗОРР, међународним стандардима ревизије (МРС) и кодексом етике за професионалне рачуновође. При том, надлежни орган правног лица одлучује о избору предузећа за ревизију.⁵⁰⁾ Ревизија се обавља на основу уговора, који се у писменој форми закључује најкасније три месеца пре истека пословне године.⁵¹⁾

4. 2. Осигурање ревизора од одговорности

Према ЗОРР предузеће за ревизију је обавезно да се осигура од одговорности за штету коју може проузроковати израженим мишљењем овлашћеног ревизора садржаном у извештају о обављеној ревизији, најкасније до момента давања мишљења овлашћеног ревизора правном лицу.

Обављање сваке професионалне делатности (лекара, адвоката, архитеката, извођача грађевинских и других радова) прати ризик да, услед професионалних пропуста, наступи већа или мања штета. У западним земљама је нормално да се осигура грађанска одговорност за штете из обављања професионалних активности (појединача, установа, канцеларија, агенција и других облика стручног ангажовања), што је незаобилазан фактор имовинске сигурности и опстанка на тржишту. У нашој земљи није развијено ово осигурање и спорови нису тако чести, али се може очекивати да ће се са променама које нас очекују неминовно развијати као редовна појава у свакој професионалној делатности.

Осигурање професионалне одговорности је по правилу добровољно осигурање. У неким земљама за неке професије предвиђено је обавезно осигурање. Тако, на пример, у Француској постоји низ обавезних осигурања грађанске одговорности услед обављања професионалне делатности.⁵²⁾

49. ЗОРР, чл. 33. ст. 9.

50. ЗОРР, чл. 33. ст. 3.

51. ЗОРР, чл. 33. ст. 5.

52. В. М. Пак, "Двоструко осигурање ризика грађанске одговорности и сукоб закона ", у Ревија за право осигурања, бр. 2, 2002, стр. 6.

Због грешака у свом професионалном раду, ревизори (и друга лица која обављају професионалну делатност) могу бити подвргнути следећим врстама одговорности: кривичној, грађанској, дисциплинској и етичкој. У начелу, нити једна од тих врста одговорности не условљава другу, јер свака има властите услове и циљеве.⁵³⁾ Често се дешава да један погрешан поступак буде заједнички услов свих тих одговорности. Иако се утврђују у различитим поступцима и од стране различитих органа, оне једна другу не потискују. То је могуће зато што су им санкције неједнаке и што се међусобно допуњују.

Питање одговорности ревизора (а то се подједнако односи и на вршиоце других делатности) отвара питање одређења природе његове обавезе. Да ли је обавеза ревизора да изврши ревизију рачуноводствених исказа облигација средства или облигација циља? Другим речима, да ли он гарантује да ће његов налаз и мишљење бити одређеног квалитета? Одговор на постављано питање биће различит у зависности од тога како се одреди карактер његове обавезе. Пре него се покуша дати одговор на постављено питање, пожељно је указати у чему је разлика између поменутих врста облигација. *Облигације резултата* ("obligations du résultat") су такве облигације код којих се извршењем престаје постиже резултат (циљ) ради кога је облигација настала.⁵⁴⁾ При том је тај циљ тачно одређен и дужник је испунио своју обавезу када оствари тај циљ. Али, ако се тај циљ извршењем дужникова обавезе не оствари, сматра се да облигација није испуњена и поверилац ће, да би постао поверилац накнаде штете, морати само да докаже да се тај циљ није испунио. За разлику од облигација циља, *облигације средства* ("obligations du moyen") су такве облигације код којих се извршењем престаје не мора постићи и крајњи резултат за повериоца.⁵⁵⁾ Дужник се, наиме, обавезује да изврши одређену радњу са дужном пажњом која произлази из одговарајућег стандарда, али неће бити одговоран за штету ако се предузетом радњом за повериоца није остварио резултат посла. Разлике у концепцији поменутих облигација повлаче примену различитих правила у погледу претпоставке одговорности за штету насталу неизвршењем уговорне обавезе. Док код облигација циља, дужник одговара ако није постигнут циљ ради кога је и заснован облигациони однос, дотле дужник облигације средства одговара само ако се докаже да није поступао са потребном брижљивошћу и марљивошћу приликом извршења обавезе.

Када је реч о ревизору и обавези коју он преузима на основу уговора о ревизији, то је облигација средства.⁵⁶⁾ Он се обавезује да ревизију изврши стручно и про-

53. В. Ј. Радишић, *Професионална одговорносћ медицинских посленика*, Институт друштвених наука у Београду, Центар за правна и политиколошка истраживања, Београд, 1986, стр. 81.

54. В. С. Перовић, *Облигационо право, књига прва, седмо издање*, Службени лист СРЈ, Београд, 1990, стр. 90.

55. В. С. Перовић, *op. cit.*, стр. 91.

56. То је став и Касационог суда Француске: "L' expert-comptable est debiteur d'une obligation de moyen, ce qui implique que sa responsabilité professionnelle ne sera engagée qu'à la condition que la preuve de ses fautes soit rapportée", Bulletin de la Cour, 1996-1-455.

фесионално, тј. *lege artis*. Што се тиче одговорности ревизора, потребно је нагласити да је реч о облику професионалне одговорности. Претпоставка те одговорности је поступање *contra legem artis*, тј. противно правилима струке. Уштено говорећи, ревизор може одговарати зато што се у свом раду не придржава правила своје струке. Професионална одговорност обухвата још и одговорност адвоката, лекара, инжењера, и сл. То је одговорност вршилаца слободних занимања и лица у сличној позицији, за стандард своје професије. Потреба да и ревизори, као и припадници осталих занимања, буду одговорни за свој рад, не подлеже данас никаквој сумњи правника, јер свака делатност мора бити повргнута правној контроли.⁵⁷⁾ У погледу правне природе грађанске одговорности ревизора, може се направити аналогија са истом одговорношћу медицинских посленика. О томе не постоји сагласност ни у домаћој ни у страној литератури. По једним, грађанска одговорност медицинских посленика има искључиво неуговорни (деликтни) карактер; по другима је она уговорне природе; а по трећима може бити и угворна и неуговорна.⁵⁸⁾ Имајући у виду правила која важе за одговорност медицинских посленика, чини се најприхватљивијим опредељење које говори у прилог неуговорне или "деликтне" природе грађанске одговорности истих. Полазећи од тога да је и обавеза лекара, као и обавеза ревизора, пример облигације средства, може се оптирати у прилог неуговорне природе одговорности ревизора. Ревизор се, наиме, обавезује да ревизију изврши у складу са правилима своје струке и њеним неизвршењем криши се не само угворна обавеза, већ и једна општија обавеза *-neminem laedere*. Ту обавезу ЗОО експлицитно утврђује: "Свако је дужан да се уздржи од поступка којим се може другом проузроковати штета".⁵⁹⁾ На ову забрану надовезује се и општа деликтна норма: "Ко другоме проузрокује штету дужан је да је надокнади, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице".⁶⁰⁾

Обавеза ревизора да се осигура повезана је са могућношћу настанка његове имовинске одговорности. Она подразумева дужност накнаде штете проузроковане непрописним или неправилним обављањем ревизије. Треба нагласити да се, при том, појам дужне пажње строжије строгије цени код облигација средстава коју преузимају лица одређене струке. Тада се појам дужне пажње цени по правилима те струке, а не према мерилу просечног пажљивог човека.⁶¹⁾ Принцип кривице, у смислу понашања које није усаглашено са објективно типизираним професионалним стандардом, подесан је и довољан за одговорност ревизора. Од ревизора се, наиме, очекује и захтева поступање са професионалном (стручном) пажњом. Та пажња подразумева захтев да се професионалне дужности извршавају са прикладном и разумном пажњом. У нашем праву се, на основу ЗОО, захтева да свако покаже објективно потребну опрезност, не само ону која одговара његовим индивидуал-

57. В. Ј. Радишић, *op. cit*, стр. 79 и след.

58. В. Ј. Радишић; *op. cit*, стр. 101-106.

59. ЗОО, чл. 16.

60. ЗОО, чл. 154. ст. 1.

61. В. С. Перовић, *op. cit*; стр. 93.

ним способностима. Одредба ЗОО⁶²⁾, која је за ову проблематику *seades materiae*, гласи:

- "Учесник у облигационом односу дужан је да у извршавању своје обавезе поступа са пажњом која се у правном промету захтева у одговарајућој врсти облигационих односа (пажња доброг привредника, односно пажња доброг домаћина).
- Учесник у облигационом односу дужан је да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака)".

За понашање ревизора релевантан је став други поменутог члана. За разлику од ранијег права које је као мерило дужне пажње прихватало пажњу *просечног стручњака*, ЗОО захтева пажњу *доброг стручњака*.

Међутим, постојање овакве обавезе не гарантује да ће ревизија у сваком конкретном случају бити извршена *lege artis*. У неким ситуацијама, услед недовољне пажње ревизора приликом обављања поверене делатности може наступити штета за онога ко је ангажовао ревизора. У таквим ситуацијама, постоји обавеза накнаде претрпљене штете. Ради ефикасније заштите потенцијално оштећених лица, уводи се обавезно осигурање ревизора од одговорности за штету која може настати израженим мишљењем ревизора. Овакав вид осигурања и нарочито његова обавезност могу се оправдати улогом коју ревизори имају и чињеницом да акционари хтели не-хтели морају да се поуздају у њихов извештај због немогућности да на други начин контролишу рад управе компаније. Уз то, неструктурно обављаном ревизијом могу бити оштећени и чланови управе привредног друштва (јер се извештајем ревизора даје и оцена рада управе) и купци хартија од вредности које емитује привредно друштво које има налаз овлашћеног ревизора. С обзиром на број потенцијално оштећених лица, сасвим је оправдано увођење овакве обавезе ревизора. Будући да је реч о имовинској одговорности, потребно је поред кривице утврдити и каузалну везу између кривице и настале штете, према општим правилима облигационог права.

На основу свега изложеног може се дати **дефиниција обавезног осигурања ревизора од одговорности**: то је законом или уговором уређен скуп односа између осигуравача, који на основу примљених премија преузима имовинске последице које могу настати израженим мишљењем овлашћеног ревизора садржаног у извештају о обављеној ревизији; предузећа за ревизију, које се путем осигурања ослобађа последица евентуалне грађанскоправне одговорности која може настати израженим мишљењем; и трећег оштећеног лица, које се у том случају може обратити за накнаду штете директно осигуравачу.⁶³⁾

62. ЗОО, чл. 18.

63. Дефиниција је преузета од П. Шулејића: *Осигурање од одговорности...*, стр. 50.

4. 3. Обавезе уговорних страна

4. 3. 1. Обавезе осигуравача

Имајући у виду класификацију обавеза уговорних страна на обавезе у моменту закључења уговора, током трајања уговора и у моменту наступања осигураног случаја, биће само набројане обавезе истих уз посебно истичање садржине само неких обавеза.

Када је реч о обавезама осигуравача у моменту закључења уговора, ваља посебно истаћи његову обавезу прихватања понуде осигураника. Оваква обавеза осигуравача, која представља ограничење његове слободе уговора, објашњава се облигаторним карактером осигурања од одговорности ревизора. Наме, обавези предузећа које обавља ревизију да закључи уговор о осигурању корелативна је обавеза осигуравача који се бави односном врстом осигурања да прихвати понуду предузећа за ревизију за закључење оваквог уговора, која не одступа од услова под којима осигуравајућа организација врши осигурање. Стога, ЗОИЛ предвиђа: „Организација за осигурање која се бави обавезним осигурањем дужна је да закључује уговоре о обавезном осигурању под условима под којима обавља то осигурање“.⁶⁴⁾ Друга обавеза осигуравача у моменту закључења уговора је обавештавање осигураника о условима осигурања и предаја тих услова, јер „општи услови обавезују уговорну страну ако су јој били познати или морали бити познати у часу закључења уговора“.⁶⁵⁾

Током трајања уговора о осигурању осигуравач је дужан да ствара резерве осигурања, да спроводи мере превенције и репресије и обавља радње у вези са полистом.

Наступањем осигураног случаја настаје најважнија обавеза осигуравача а то је обавеза исплате накнаде из осигурања. Како се осигурање ревизора од одговорности сврстава у ширу целину имовинских осигурања, то начело обештећења захтева да накнада буде ограничена висином проузроковане штете и висином суме осигурања.

4. 3. 2. Обавезе осигураника (предузећа за ревизију)

Иако је осигурање које анализирамо обавезно, оно не настаје ex lege већ на основу уговора. Закључује се уговор о осигурању између лица које је на основу закона обавезано на закључење уговора ради обезбеђења заштите од одређеног ризика и осигуравача који тај ризик покрива. У вези са обавезом закључења уговора о осигурању од одговорности, мора се скренuti пажња на непоштовање закона од стране ревизорских кућа. Иако ЗОРП на недвосмислени начин предвиђа обавезу предузећа за ревизију да се осигура од одговорности, у пракси то није случај. Ревизорске куће не поступају у складу са законом, оне обављају ревизију иако нису обезбедиле покриће за штету коју би могле нанети вршењем ревизије. Оваква

64. ЗИОЛ, чл. 75. ст. 3.

65. ЗОО, чл. 142. ст. 3.

пракса ревизорских кућа мора бити санкционисана не само из чисто легалистичких разлога, већ и зато што непридржавање закона од стране ревизорских кућа спречава остваривање добити осигуравача који би вршио осигурање поменутих ревизорских кућа од одговорности, а тиме ствара и велике губитке за привреду земље. Друга обавеза је пријављивање околности од значаја за процену ризика.

Предузеће за ревизију је дужно да током трајања уговора о осигурању плаћа премије осигуравачу, обавештава осигуравача о променама ризика и спречава наступање осигураних случаја. Интересантно је анализирати последњу обавезу осигураника. Она подразумева предузимање *propisanih, уговорених и свих осталих мера потребних да се спречи наступање осигураних случаја*⁶⁶⁾. Када је реч о предузећу које се бави ревизијом, то подразумева вршење ревизије *lege artis*. С обзиром да је реч о стручњаку, захтева се појачана пажња (пажња доброг привредника о чему је већ било речи).

Када наступи осигурани случај, осигураник је дужан да обавести осигуравача о наступању истог. Рок у коме је дужан то да учини (када се ради о имовинским осигурањима) је одмах, а најкасније у року од три дана од дана сазнања.

4. 4. Осигурани случај

У погледу одређења осигураних случаја у осигурању од одговорности не постоји сагласност. Чињеница да закони не дефинишу осигурани случај отежава ситуацију. Битно је детерминисати тај моменат, јер начин на који ће бити одређен има велике практичне импликације (за тај моменат се везује настанак најважније обавезе осигуравача-обавезе исплате накнаде из осигурања, али и низ обавеза осигураника о којима је већ било речи; ваљаност потраживања осигураника се одређује према томе да ли је осигурани случај наступио у време трајања осигурања; по некима од тог момента почиње течиј рок застарелости тужбе осигураника према осигуравачу, итд). Према мишљењу које преовладава у нашој теорији и које кореспондира са општим условима осигурања, осигурани случај у осигурању од одговорности је штетни догађај на основу кога би могао бити истакнут одштетни захтев против осигураних лица.

Поставља се питање шта је осигурани случај у осигурању ревизора од одговорности? Полазећи од наведене дефиниције и имајући у виду одредбу ЗОПР пре-ма којој је предузеће за ревизију дужно да се осигура од одговорности најкасније до момента давања мишљења правном лицу, чини се да би то могао бити моменат достављања извештаја о извршеној ревизији предузећу, кориснику услуга овлашћеног ревизора. Овакав начин одређења осигураних случаја у разматраној врсти осигурања аргументујемо чињеницом да пре достављања извештаја предузећу оно не може знати до каквих је резултата овлашћени ревизор дошао и самим тим не може предузимати нити какве акте који би му могли проузроковати штету, а који су у узрочној вези са извештајем о ревизији.

66. ЗОО, чл. 926. ст. 1.

4. 5. Положај тарећег оштећеној лица

Уколико је успостављана обавеза осигурања од одговорности на страни ревизора, ако наступи осигурани случај, тј. ако ревизор израженим мишљењем садржаним у извештају о ревизији проузрокује штету предузећу које га је ангажовало и тиме постане дужник накнаде штете, оштећени се за накнаду претрпљене штете може обратити како свом штетнику (осигуранику), тако и осигуравајућем друштву. Оштећеном лицу је, дакле, признато право директне тужбе према осигуравачу (*direct right of action, action direct du lésé à l'égard de l'assureur*). Пре него се истакне значај директне тужбе и користи које пружа, потребно је нагласити да на страни оштећеног лица постоји право избора лица коме ће се обратити за реализацију одштетног захтева. У нашем позитивном праву не постоје ограничења у погледу редоследа подношења тужбених захтева, нити процесна ограничења при самом истицању директне тужбе. Оштећеном који је поднео директну тужбу против осигуравача (без покушаја вансудског решења спора) се, према ставу судске праксе, не може истаћи приговор преурањености тужбе. Сасвим је друго питање коме ће се у пракси оштећени чешће обраћати (то је без сумње осигуравач).

Значај директне тужбе је вишеструк. Њоме је, најпре, обезбеђена већа сигурност наплате потраживања накнаде штете оштећеном лицу јер оно добија солвентног дужника. Осим тога, поступак накнаде штете се знатно упрошћава, уклања се опасност злонамерних споразума осигуравача и осигураника на штету оштећеног лица. Има мишљења да и психолошки разлози на страни оштећеног говоре у прилог прихваташа директне тужбе: он је у неким случајевима у родбинским или пријатељским односима са штетником што му онемогућава вођење парнице против њега. Све те тешкоће отклања директна тужба.⁶⁷⁾

Ако оштећени процени да има веће изгледе да накнаду штете добије од осигуравача и подигне директну тужбу, он не може бити изложен приговорима који могу бити истакнути против осигураника-штетника. Такво решење је у складу са природом директне тужбе, која представља лично право оштећеног лица које настаје у моменту настанка штете. Оно у моменту свог настанка претпоставља постојање пуноважног уговора о осигурању. Међутим, од тог момента оно се одваја од уговора и постаје самостално.⁶⁸⁾ У супротном, сврха директне тужбе би била изиграна.

Осигуравач може преузети обавезу која је по својој природи облигација циља. У таквој ситуацији, обавеза осигурања од одговорности нема толики значај, јер је оштећени доволно заштићен применом правила која важе за поменуту врсту облигација. Иначе, то да ли је реч о обавези резултата или обавези средства, не може се увек лако утврдити, али у сваком случају треба имати у виду да је реч о професионалу и да се од њега захтева појачана пажња и одговорност.⁶⁹⁾

67. В. П. Шулејић, *Осигурање од трајанске одговорности...*, стр. 122.

68. В. П. Шулејић, *op. cit*, стр. 140.

69. В. М. Васиљевић, *op. cit*, стр. 302.

5. Уместо закључка

Разматрањем проблематике обавезног осигурања од одговорности ревизора дошли смо до следећих запажања:

1. увођење обавезе да се закључи осигурање од одговорности ревизора изузетно је значајно, како ради заштите самог ревизора и спречавања да услед евентуалне накнаде штете изазване његовом делатношћу дође до његове пропasti, тако и ради заштите интереса привредног друштва које је ангажовало ревизора и обезбеђења солвентног дужника. Увођење обавезног осигурања од професионалне одговорности услов је опстанка на тржишту и имовинске сигурности. С обзиром на фундаменталне промене које предстоје његово увођење може значити подстицај функционисању тржишног механизма;

2. увођење обавезног осигурања од одговорности има посебно оправдање уколико се има у виду карактер обавезе ревизора, која је у највећем броју случајева, облигација средства, што чини знатно отежаним положај лица које претгрпши штету;

3. иако позитивно право предвиђа обавезу ревизора да се осигура од одговорности за штету коју може проузроковати мишљењем овлашћеног ревизора на јасан и недвосмислен начин, у пракси то није случај. Ревизорске куће не закључују уговор о осигурању иако их закон на то обавезује. Ради спречавања даљег кршења закона, требало би *de lege ferenda* предвидети орган или тело задужено за спровођење надзора над испуњавањем ове обавезе од стране ревизорских кућа. Ово се чини утолико више оправданим уколико се има у виду значај делатности ревизора за обезбеђење транспарентности у раду привредних друштава и значај осигурања за достизање већег степена привредног развитка једне државе;

4. *de lege ferenda* требало би прецизније уредити однос који настаје обавезним осигурањем од одговорности ревизора, а нарочито могућност директног обраћања трећег оштећеног лица осигуравачу који је преузео обавезно осигурање од одговорности.

Nataša Petrović,
LL.M Candidate,
University of Belgrade, School of Law

AUDITOR'S LIABILITY INSURANCE

Summary

Auditor's liability insurance as a form of compulsory liability insurance is new institution of our legal system. Is introduction of auditor's liability insurance result of positive experiences during application of old statute or is question about taking institution from comparative law? How widely is this solution spread in foreign legal systems? Has legislator made right move by prescribing obligation on the part of auditor to conclude liabi-

lity insurance contract? Is it possible to get this obligation into existing insurance system and exercise of auditor activity? All those questions are the object of the analysis. As sources that relate relevant problems were limited, analysis is made having in mind fundamental characteristics of liability insurance and, especially, of compulsory liability insurance. Institution of auditor that our legal system knows recently is considered from the aspect of his relevance to company and consequences that could be caused by auditor's activity for dealing of company. It is also pointed out to positive effects of introduction of obligation to conclude liability insurance contract. Those positive effects can be noticed on the part of auditor and on the part of potential damaged person. Analysis of relevant provision of the statute is also made de lege ferenda.

Key words: auditor, compulsory liability insurance, auditor's finding and opinion, damaged person.

МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

Решавање међународних спорова

Нова швајцарска правила за међународну арбитражу

У Швајцарској постоји више институционалних арбитража при привредним коморама (Цириха, Базела, Берна, Женеве и других градова), свака са посебним арбитражним правилима. Најпознатија су правила Привредне коморе Цириха, чију су примену често уговарале странке у међународним пословним трансакцијама.

Да би се уједначила правила за међународну арбитражу у Швајцарској, шест привредних комора је усвојило нова, тзв. Швајцарска правила за међународну арбитражу швајцарских трговинских комора (*Swiss Rules of International Arbitration of the Swiss Chambers of Commerce*). Правила су објављена на енглеском, немачком, француском и италијанском језику.

Швајцарска правила за арбитражу су заснована на UNCITRAL-овим арбитражним правилима, која су сачињена за *ad hoc* арбитраже. У UNCITRAL-овим правилима су извршене две групе измена: једне, којима су правила уподобљена за коришћење у оквиру институционалне арбитраже, и друге, којима су у правилник унета модерна решења из праксе међународне трговинске арбитраже.

Да би осигурали правилно спровођење поступака по Швајцарском правилнику привредне коморе Швајцарске су основале Арбитражни комитет који се састоји од стручњака који ће помагати коморама у примени Правилника. Поред тога, одређен је посебан комитет који доноси одлуке о захтевима за изузеће арбитара, те о месту арбитраже уколико се странке о томе нису споразумеле.

Утицај и улога привредних комора на арбитражу је сведен на најмању меру. Коморе спроводе поступак док се не конституише арбитражно веће, а потом им је улога сведена само на питања трошкова арбитражног поступка и на одређене консултације у вези са доношењем арбитражне одлуке од стране арбитражног већа; швајцарске коморе, за разлику од правилника неких других арбитражних институција (МТК, Спољнотрговинске арбитраже при ПКС) нису овлашћене да прег-

ледају одлуке пре објављивања (члан 40. став 4. Швајцарског правилника и члан 2.3 додатка Б уз тај Правилник).

Швајцарска арбитражна правила односе се на арбитраже отпочете после 1. јануара 2004. када се арбитражни уговор позива на та Правила или на правила једне од шест комора (члан 1.). Странка захтев за отпочињање арбитраже може поднети било којој од шест комора (члан 3. став 1.).

Швајцарска арбитражна правила садрже решења која се односе и на нека од контроверзних питања у праву међународне трговинске арбитраже, као што је спајање арбитражних поступака и учешће трећих лица у поступку, а садрже и правила за нека питања која иначе обично нису уређивана арбитражним правилницима (на пример, поверљив карактер поступка, чланови 43. и 44.).

Швајцарска правила могу се погледати на "вебсајту" www.swissarbitration.ch који садржи и корисне додатне информације.

Један или три арбитра

Број чланова арбитражног већа, по правилу одређују странке. Оне то чине у арбитражном споразуму или позивањем на арбитражна правила арбитражних институција (која садрже упства о томе како се одређује број арбитара, и уопште како се именују арбитри, ако то странке саме нису предвиделе). Ако странке не одреде број арбитара, примењују се одредбе прописа. Тако, по члану 472. Закона о парничном поступку број арбитара мора бити непаран; ако број арбитара није одређен, свака странка поставља по једног арбитра, а они бирају председника (дакле, као правило се предвиђа трочлано арбитражно веће).

У упоредном праву прописи познају оба решења - ако странке ништа не одреде, прописи се опредељују или за арбитра појединца или за трочлано арбитражно веће. У прописима и у правилницима сталних арбитража наилази се и на флексибилнија решења (да орган именовања или државни суд број арбитара одређују према околностима случаја - на предлог странке или по оцени самог органа, према вредности спора, компликованости случаја, броју странака и др.). Тако се у члану 5. Правилника Међународне арбитраже Америчког удружења за арбитражу предвиђа да се, ако се странке нису око тога споразумеле, именује један арбитар, с тим да стални орган арбитражне институције може да одлучи да је потребно именовати три арбитра, због великог обима, сложености и других околности случаја. Неки арбитражни правилници институционалних арбитража предвиђају када странке могу да именују више од једног арбитра, а садрже и правила по којима орган институције, чак и када су се странке определе за три арбитра, може одредити да спор решава један арбитар (члан 8. Арбитражног правилника МТК, као и Међународна арбитражна правила Трговинске коморе Цириха у члану 10).

Иначе, у арбитражним прописима и арбитражним правилницима у овом погледу једнако је заступљено и правило да се именује један арбитар, као и правило да се именују три арбитра (ако странке нису саме одредиле број) - *UNCITRAL Arbitra-*

tion Rules у члану 5. предвиђа да ће бити именована три арбитра ако странке нису одредиле број, у Правилнику Лондонског суда међународне арбитраже постављено је правило да суди арбитар појединац, осим ако није, "према околностима случаја, подесно да се именује трочлано веће" - члан 5. став 5.5., док се по члану 20. став 1. Правилника Међународног трговинског арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације образује веће од три члана; исто решење, да је правило да суди арбитар појединац, садржи и енглески Закон о арбитражи у члану 15. став 3, ако стране не одреде број, један арбитар се именује по члану 10 индијског Закона о арбитражи и мирењу, а три по члану 10. руског Закона о арбитражи.

По правилницима неких институционалних арбитража постоје правила односно критеријуми о томе када спор решава арбитар појединац, а када веће, ако се странке нису друкчије споразумеле. Тако по Правилнику Сп抖нотрговинске арбитраже при ПКС арбитар појединац суди ако спор не прелази САД \$ 70.000 (члан 26. став 1.).

Међународна регулатива

Измене UNCITRAL-овог Модел закона о међународној арбитражи

Комисија УН за међународно трговинско право - *UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)* значајне резултате постигао је у областима у којима је донео познате документе, између осталих и у домену међународне трговинске арбитраже. Комисија је међународној пракси на овом плану понудила:

- *UNCITRAL-ова арбитражна правила (UNCITRAL Arbitration Rules)* из 1976., за *ad hoc* арбитражу;

- Препоруке ради помоћи арбитражним већима и другим заинтересованим телима у погледу арбитража по *UNCITRAL-овим арбитражним правилима (Recommendations to assist arbitral tribunal and other interested bodies with regard to arbitration under UNCITRAL Arbitration Rules)*, из 1982.;

- *UNCITRAL-ова правила за мирење (UNCITRAL Conciliation Rules)* из 1980;

- *UNCITRAL-ов Модел закон о међународној трговачкој арбитражи (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)* из 1985.;

- *UNCITRAL-ове напомене о организовању арбитражног поступка (UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings)* из 1996.;

- *UNCITRAL-ов Модел закон о међународној трговачкој концилијацији (UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation)* из 2002. (у припреми је Водич за усвајање и примену овог Модел закона).

UNCITRAL и у области међународне трговачке арбитраже наставља рад, модернизујући већ усвојена решења и обрађујући нова питања која намеће међународна пословна пракса.

Тако се, по члану 17. *UNCITRAL-овог Модел закона о међународној трговачкој арбитражи*, предвиђа да арбитражни суд може да одреди привремене мере обезбеђења ако странке нису уговориле да арбитражном суду не дају то овлашћење. Као у овој материји у пракси долази до озбиљног несналажења, и како су решења у националним правима врло шаренолика, *UNCITRAL* је отпочео рад управо на изменама члана 17. свог Модел закона (који говори о привременим мерама).

У глави IV Модел закона (Надлежност арбитражног суда) уводи се и нови члан 17. *bis*, који се такође односи на материју привремених мера. Материјал радне групе *UNCITRAL*-а од 26. априла 2004. (припремљен за разматрање на Комисији на седници од 14. јуна до 2. јула 2004.) детаљно разматра и варијанте појединих решења која је радна група имала у виду. Материјал радне групе од 26. јула 2004. (припремљен за седницу Комисије од 13. до 17. септембра 2004.) садржи нацрте чланова 17. и 17. *bis* (такође са варијантама), са интересантним решењима - на пример, у погледу форме одлуке арбитражног суда о привременој мери, садржине привремене мере, услова за одређивање привремене мере, могућности измена и укидања привремене мере од стране арбитражног суда, као и услова за принудно спровођење привремене мере од стране државног суда и др.

Нови општи услови уговора о грађењу

У међународној пракси користи се више општих услова уговора о грађењу које су израдиле разне професионалне организације инжењера и друге асоцијације. Најпознатији су тзв. *FIDIC*-ови услови (*о којима је више штампано у овом додатку часописа*). Од значаја су и услови уговора и обрасци уговора које је међународној пракси понудила организација *Royal Institute of British Architects - RIBA*. *RIBA* има више општих услова уговора, углавном се користе у високоградњи, а разликују се по начину одређивања цене (по јединици мере, за паушални износ, по систему *cost plus*), као и по томе ко даје пројекат за извођење радова (сам наручилац или у томе одређену улогу има и извођач). *RIBA*-ини услови уговора користе се доста у земљама Комонвелта, посебно на пројектима у јавном сектору. Најпозантнији општи услови уговора су тзв. *Joint Contract Tribunal Form (Standard Form of Building Contract - JCT 98*, као и *Standard Form of Building Contract with Contractor's Design - JCT98WDC*). Сада је у тој *JCT* серији објављен нови образац уговора односно нови општи услови уговора под називом *JCT Major Project Form 2003*. Ови услови уговора, на шта упућује и само њихово име, предвиђени су за употребу на сложенијим и дуготрајнијим пословима.

JCT Major Project Form 2003 је краћи документ од претходних општих услова уговора издатих од исте организације. Основна карактеристика је да се на извођача пребацује више ризика за остварење посла него што је то био случај у претходним верзијама документа.

JCT Major Project Form 2003 је састављен из више докумената:

- из услова уговора,
- из додатака, који садрже информације карактеристичне за сваки конкретан посао (уговорена цена, рок завршетка посла и сл.),
- из документа који се односи на права трећих лица (корисницима објекта - стварима, купцима и сл. дају се одређена права по основу уговора о грађењу, посебно у погледу гаранција за квалитет),

- из прилога који се зове "Захтеви" и који садржи посебне захтеве наручиоца у погледу радова, објекта (сврха и др.),
- из прилога који садржи понуду извођача, те
- из прилога који садрже детаље о начину плаћања, утврђивања вредности радова, изменама цене и сл.

У припреми су и општи услови подизвођачког уговора, који је сачињен да се може користити на пословима на којима су односи између наручиоца и извођача уређени на основу *JCT Major Project Form 2003*. Очекује се да ће ови услови подизвођачког уговора бити завршени до краја 2004.

Из упоредног права

Заштита мањинских акционара

Акционари који имају мањину акционарској капитала често прихватају већини то капиталу да злоупотребљава свој положај (и технику гласања и обезбеђења већине гласова у складу са акционара за доношење одређених одлука), као и да остварује своје интересе на штету другога односно мањинских акционара. Питањима заштите мањинских акционара упоредна законодавства посвећују дужну пажњу. И поред све разноликости и богатства решења, у упоредном праву се могу пронаћи одређене сличности у мерама заштите мањинских акционара по капиталу.

У упоредном праву постоји више начина заштите акционарске мањине по капиталу. При том се настоји да се путем заштите не блокира одлучивање у друштву односно угрози његово пословање, па и сам опстанак. Мере националних законодавстава којима се афирмише правило већине (основно начело акционарског друштва) и истовремено спречава његова злоупотреба, тј. штити мањина, деле се у две групе: превентивне мере (или унутрашње мере, мере које се остварују унутар друштва), те судске и административне мере (спољна контрола). У заштити мањине иде се, у неким правима (посебно англосаксонским) чак тако далеко да се сматра да већински акционари имају према мањинским акционарима дужност поверилика (фидуцијара).

У превентивне мере, пре свега, спада право мањинских акционара да захтевају сазивање скupštine од овлашћених "сазивача" (или да је сами сазову ако то ови не учине по њиховом захтеву или по статутарним или законским правилима); ово право подразумева и право мањинских акционара да одређена питања уврсте у дневни ред скupštine акционара. Национална права разликују се само по томе која висина капитала даје мањинским акционарима ова права (10% у нашем праву).

Мере спољне контроле рада органа друштва и пословања друштва (које представљају и својеврсну заштиту мањинских акционара) све се више развијају, посеб-

но у англосаксонском праву. У ове мере спољне контроле спадају захтев за смењивање ревизора постављеног од стране скупштине и именовање новог ревизора од стране суда, захтев да скупштина (или, ако она то не учини, суд) именује посебног ревизора за испитивање поједињих страна пословања друштва (испитивање рачуноводствених исказа или инвестиционих одлука од стране специјалног вештака - експерта мањине акционара, што је решење из нашег права).

У упоредном праву познате су две врсте тужби које могу поднети мањински акционари - индивидуална тужба, те деривативна тужба ("тужба за друштво").

Индивидуалну тужбу може подићи сваки акционар коме је повређено неко право или који је претрпео штету услед одлука органа друштва (неисплата дивиденде, нетачно приказивање резултата пословања, повреда права преце куповине акција при повећању капитала друштва, онемогућавања остваривања права гласа и обавештавања о пословању друштва и сл.). Када се ради о незаконитој одлуци скупштине, тужена страна по тужби појединачног акционара је увек друштво, док су у случају управног одбора или управе тужени и друштво и чланови управе одговорни за незакониту одлуку.

Деривативну тужбу у своје име а за рачун друштва може поднети сваки акционар или мањински акционар (зависно од решења националног закона) ако поступак против одлуке управе друштва којом се наноси штета друштву не покрене само друштво (по одлуци скупштине). У неким упоредним законодавствима (што је решење и из нашег права) примарни тужилац је друштво (по одлуци скупштине), а акционари су секундарни тужиоци (могу се обратити суду тек пошто се обрате скупштини, а она у одређеном року не покрене поступак). Овлашћени тужиоци су, поред акционара, и повериоци са одређеном величином потраживања (у односу на капитал друштва), те чланови управе који нису одговорни односно нису учествовали у доношењу спорне одлуке. Досуђена накнада штете припада друштву, а тужиоци су дужни да сносе трошкове у случају неуспеха.

У неким правима позната је и тзв. колективна тужба. То је тужба коју такође подиже један акционар, али одлука делује и према другим акционарима који се налазе у истој ситуацији (на пример, акционари који поседују исту класу акција). Ове колективне тужбе треба разликовати од удруживавања акционара да би имали најмањи износ капитала потребан за подизање деривативних тужби.

Поред суда, одређена овлашћења према друштву (што представља и заштиту мањинских акционара) имају и управни органи (министарства, комисија за хартије од вредности). Ова овлашћења врло су различита и, у зависности од решења у конкретним законодавствима, обухватају право за предузимање разних мера према друштву и његовим органима (постављање испектора за непосредну контролу, испитивање разних аспеката пословања друштва и деловања његових органа, испитивање односа акционара утврђивање идентитета акционара који контролишу друштво итд.).

Заштита права мањине акционара у упоредним законодавствима обухвата и низ других мера, као што су: право на избор у органе друштва, право на продају

акција друштва односно право изласка из друштва (у одређеним ситуацијама друштво је обавезно да откупи акције мањинских акционара по цени која се на различите начине утврђује - по нашем Закону о предузећима друштво то мора учинити када се скупштина друштва не састане по сазиву мањинских акционара, те код статусних промена) и право на предлагање ликвидације друштва (што је, такође, решење и нашег права).

Из домаћег права пословања са иностранством

Двострани уговори о заштити и подстицању инвестиција

Србија и Црна Гора имају споразуме о подстицању и заштити инвестиција са више држава:

Аустрија: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Аустрије о узајамном подстицању и заштити улагања од 2001. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 1/02)

Белорусија: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Белорусије о узајамном подстицању и заштити улагања од 1996. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 4/96)

Босна и Херцеговина: Споразум о подстицању и заштити улагања између СР Југославије и Босне и Херцеговине (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 12/02)

Бугарска: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Бугарске о узајамном подстицању и заштити улагања од 1996. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 4/96)

Гана: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Гане о узајамном подстицању и заштити улагања од 2000. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 1/00)

Гвинеја: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Гвинеје о узајамном подстицању и заштити улагања од 1998. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 2/98)

Грчка: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Грчке о узајамном подстицању и заштити улагања од 1998. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 2/98)

Египат: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Арапске Републике Египта о заштити инвестиција од 1997. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 2/98)

Зимбабве: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Зимбабве о узајамном подстицању и заштити улагања од 1996. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 2/97)

Италија: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Италије о узајамном подстицању и заштити улагања, са Протоколом од 2000 .(Сл. лист CPJ - Међународни уговори 1/01)

Канада: Споразум између Савезног извршног већа СФР Југославије и Владе Републике Канаде о заштити инвестиција од 1979. (Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори 5/80)

Кина: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе НР Кине о узајамном подстицању и заштити улагања од 1995. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 4/96)

Кореја (ДНР): Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе ДНР Кореје о узајамном подстицању и заштити улагања од 1998. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 1/99)

Македонија: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Македоније о узајамном подстицању и заштити улагања од 1996. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 5/96)

Немачка: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе СР Немачке о узајамном подстицању и заштити улагања, са Протоколом од 1989. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 7/90)

Нигерија: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе СР Нигерије о узајамном подстицању и заштити улагања од 2002. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 3/03)

Пољска: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Пољске о узајамном подстицању и заштити улагања од 1996. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 6/96)

Румунија: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Румуније о узајамном подстицању и заштити улагања од 1995. (Сл. лист CPJ - Међународни уговори 4/96)

Русија: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Руске Федерације о узајамном подстицању и заштити улагања од 1995. (Сл. лист СРЈ - Међународни уговори 3/96)

Словачка: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Словачке Републике о унапређењу и заштити улагања од 1996. (Сл. лист СРЈ - Међународни уговори 4/96)

Турска: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Турске о узајамном подстицању и заштити улагања од 2001. (Сл. лист СРЈ - Међународни уговори 4/01)

Украјина: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Кабинета министара Украјине о узајамном подстицању и заштити улагања од 2001. (Сл. лист СРЈ - Међународни уговори 4/01)

Француска: Споразум између Владе СФР Југославије и Владе Републике Француске о заштити инвестиција од 1974. (Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори 4/75)

Холандија: Споразум између СР Југославије и Краљевине Холандије о узајамном подстицању и заштити улагања од 2002. (Сл. лист СРЈ - Међународни уговори 12/02)

Хрватска: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Хрватске о узајамном подстицању и заштити улагања од 1998. (Сл. лист СРЈ - Међународни уговори 10/01)

Чешка: Споразум између Савезне владе СР Југославије и Владе Републике Чешке о узајамном подстицању и заштити улагања од 1998. (Сл. лист СРЈ - Међународни уговори 2/98)

Шведска: Споразум између Владе СФР Југославије и Владе Шведске о узајамној заштити инвестиција од 1978. (Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори 12/79).

Право странца да стиче непокретности

Закон о основним својинскоправним односима објављен је у Сл. листу СФРЈ 6/80 и 36/90 Сл. листу СРЈ 29/96. Закон уређује питања права својине на покретним и непокретним стварима (предмет, стицање, заштита и престанак права својине), те друга стварна права (право службености, залога), као и одређена питања државине ствари. Закон у посебној глави уређује права својине страних лица.

Питање права својине, посебно његовог стицања и заштите, као и коришћење других стварних права (нарочито у погледу обезбеђења потраживања), од великог је значаја за све процесе приватизације у земљи, а поглавито за оне инвестиционе

подухвате у којима учествује и капитал из иностранства. За стране улагаче је режим стицања и заштите права своине, често, један од најважнијих показатеља подобности целог правног режима за пријем страних инвестиција и за привредно пословање са домаћим субјектима.

Основна замерка Закону о основним својинскоправним основама у погледу уређења права своине странаца на непокретности односи се на недовољну прецизност одредби, која доводи до одређених неразумевања пре свега у погледу доступности овог права за страна физичка и правна лица.

У примени Закона у погледу стицања права своине на непокретностима од странаца учествују и органи управе и судови, а непрецизно законско регулисање овог питања доводи до лутања у поступку и неједнаког поступања.

Има више конкретних примедби на законска решења, те на праксу у њиховом спровођењу, у погледу могућности да странци стичу право своине.

Одредбе Закона о основним својинскоправним односима о праву своине страних лица на покретним стварима (члан 82.) и о праву физичког лица да стиче право своине на непокретностима наслеђивањем (члан 82б.) су јасне. Међутим, одредбе о стицању права своине на непокретностима од стране лица која обављају делатност у Југославији (односно у Србији и Црној Гори) нису јасне (члан 82а. ставови 1. и 2., те члан 82б. ставови 2., 3. и 4.).

Закон предвиђа да страна правна и физичка лица "која обављају делатност у Југославији" могу стицати право своине на непокретностима (члан 82а. став 1.). Из Закона посредно произилази да се мисли на стицање права своине правним појмом (члан 82б. ставови 1. и 3.). Закон не прецизира шта се подразумева под појмом "обављања делатности" - у пракси се, тако, поставило питање да ли је то, на пример, случај када страно лице има представништво у Србији и Црној Гори или директну инвестицију (акције односно удео у предузећу), или је довољно да има трговинског заступника, па да су испуњени услови за стицање права на непокретности. Поред тога, из законских одредби није јасно да ли делатност треба да постоји у тренутку стицања непокретности или ће се тек развити уз коришћење те непокретности, (речју, да ли је услов за стицање да непокретност треба да се користи, и да ли то треба да буде у већ постојећој или у некој будућој делатности). Законом је дато овлашћење некадашњем савезном органу управе надлежном за послове трговине да даје мишљење о томе да ли је непокретност која се стиче неопходна за обављање делатности (члан 82б. став 4.); при том Закон користи формулатују из које може призаћи да орган управе не даје мишљење о конкретној непокретности, већ о томе да ли је "врста непокретности" која се стиче уговором неопходна за делатност странца (треба узети да ово овлашћење сада има одговарајући орган републичке управе).

Страно физичко лице које не обавља делатност у Србији и Црној Гори може стећи одређене непокретности (стан и стамбена зграда) без посебних услова осим услова постојања узајамности. Но, формулатуја законске одредбе (члан 82а. став 2.) је таква ("физичко лице које не обавља делатност ... може ..."), уз постојање

одредбе да физичко лице има право да стекне непокретноси непоходне за обављање делатности (дакле, када обавља делатност у Србији и Црној Гори), да се може поставити питање да ли страно физичко лице које обавља делатност у Србији и Црној Гори може стицати право својине на становима и стамбеним зградама, без везе са својом делатношћу, односно без доказивања да су такве непокретности непоходне за обављање делатности.

Закон предвиђа постојање узајамности као услов за стицање непокретности од стране страних лица у свим случајевима - наслеђивањем и правним послом. Закон, међутим, не одређује која се врста узајамности захтева - и по начину настанка, а посебно у погледу правне садржине. Ово ствара ситуацију да субјекти не могу унапред, сами, са одређеном сигурношћу да утврде да ли постоји реципроцитет, већ увек треба да чекају процену суда код кога се оверава уговор о промету непокретности (или расправља заоставштина) да ли ће од надлежног органа управе тражити мишљење о постојању реципроцитета са земљом чије држављанство странац има односно, у одређеним случајевима, у којој има пребивалиште. Објашњење о постојању реципроцитета орган управе треба да даде и на захтев заинтересованих лица, али поступак исходовања објашњења у сваком случају знатно продужава формализовање правног посла којим странац стиче непокретност. Уколико би законско одређење захтеваног реципроцитета било прецизније, смањила би се улога органа управе у процени да ли реципроцитет постоји или не постоји.

Мишљење о томе да ли је непокретност неопходна странцу за обављање делатности даје савезни (сада републички) орган управе надлежан за трговину (члан 82в. став 4.). Пошто је мишљење неопходно код овере уговора о правном послу у суду, то мишљење се, практично, своди на сагласност и то на основу процене целисходности правног посла. Објашњење о постојању реципроцитета даје савезни (сада републички) орган управе надлежан за послове правде (члан 82в. став 2.). Уговор о промету непокретности односно потписи на њему оверавају се у општинском суду. У ситуацијама у којима више државних органа учествује у поступку може доћи до различитог поступања и до одређених практичних тешкоћа (судови, на пример, редовно траже доказ о постојању реципроцитета код сваке овере, чак и у ситуацијама када је опште познато да реципроцитет са одређеном земљом постоји, односно када у другим предметима у погледу држављана одређене земље доказ о узајамности већ поседују).

За документацију

Уговор о преносу удела у друштву са ограниченим одговорношћу са домаћег на страно лице

У пракси се налази на ситуације да два лица, домаћа и страна, оснују првично друштво (у облику друштва са ограниченим одговорношћу), па да, после извесног времена, једно од њих прода другом парнику свој целокупни или део удела у друштву. Овде се даје образац уговора о преносу целокупног удела са домаћег на страног оснивача у двочланом друштву, које тако посније једнотересналино друштво.

Уговор о преносу удела

у Предузећу " _____" д.о.о., _____
закључен _____ 200_. између _____ Ltd. ("страни оснивач") и
_____ д.о.о. ("домаћи оснивач")

Предмет уговора и уговорне констатације

1. Стране констатују следеће:

1.1. да су _____ 200_. закључиле уговор о оснивању _____ д.о.о., Београд, Улица _____ број ____ ("уговор о оснивању" и "Предузеће"), да је оснивање Предузећа уписано у регистар код Трговинског суда у _____ решењем Фи. _____ на регистарском улошку ____ -00;

1.2. да је страни оснивач, при оснивању Предузећа, уплатио у готовом улог у капитал Предузећа у износу од ЕУР _____, а да је домаћи оснивач, при оснивању Предузећа, уплатио у готовом улог у капитал Предузећа у динарској противвредности од ЕУР _____;

1.3. да страни оснивач има удео у Предузећу од ____%, а да домаћи оснивач има удео у Предузећу од ____%;

1.4. да је уговором о оснивању, као и статутом Предузећа, предвиђено да ниједан оснивач неће пренети свој удео или део удела у Предузећу трећим лицима, без примене одредби и поступка предвиђеног за такву ситуацију тим уговором и статутом;

1.5. да је страни оснивач понудио домаћем оснивачу, дописом од _____ 200_, да откупи удео домаћег оснивача у Предузећу, а да је Управни одбор домаћег оснивача ту понуду прихватио на седници од _____ 200_.

2. На основу констатација из члана 1, оснивачи су сагласни да овим уговором домаћи оснивач пренесе на страног оснивача свој целокупни удео у Предузећу, под условима и на начин који су даље овим уговором предвиђени.

Пренос удела и дејства преноса

3. Домаћи оснивач овим уговором преноси свој целокупни удео у Предузећу на страног оснивача, а страни оснивач прихвата овај пренос .

4.

4.1. На основу преноса удела домаћег оснивача у Предузећу на страног оснивача, страни оснивач постаје једини оснивач Предузећа са уделом од 100% у Предузећу.

4.2. Од дана преноса удела са домаћег оснивача на страног оснивача у складу са овим уговором престају сва права и обавезе домаћег оснивача у Предузећу.

5.

5.1. Страни оснивач и домаћи оснивач су сагласни да се у њиховим књигама пренос удела извршен по овом уговору спроведе са датумом _____ 200_.

5.2. Страни оснивач ће обезбедити да се пренос удела прикаже и у књигама Предузећа са датумом _____ 200_.

Накнада/цена за пренос удела и начин плаћања

6. Страни оснивач ће платити домаћем оснивачу накнаду за пренос удела по овом уговору у износу од ЕУР _____.

7.

7.1. Накнаду из члана 6. платиће страни оснивач домаћем оснивачу у року од _____ од дана закључења овог уговора.

7.2. Накнаду из члана 6. платиће страни оснивач на девизни рачун домаћег оснивача који му домаћи оснивач писмено назначи.

Статус Предузећа, спровођење формалности по прописима СЦГ

8. Предузеће ће, по извршеном преносу удела са домаћег на страног оснивача по овом уговору, постати Предузеће у искључивом власништву страног лица у складу са прописима СЦГ.

9.

9.1. Домаћи оснивач је сагласан да страни оснивач, у складу са променама извршеним на основу овог уговора, замени уговор о оснивању својом одлуком о уређењу односа у Предузећу.

9.2. Одлука страног оснивача о уређењу односа у Предузећу из става 9.1. замениће уговор о оснивању као оснивачки акт Предузећа.

10. Страни оснивач ће обезбедити да се преносу удела по овом уговору, повећање страног улога и удела, промена статуса Предузећа, промена оснивача, као и друге околности које произилазе из овог уговора (промена фирме у смислу да се избацује реч "мешовито" и др.), на начин и у роковима предвиђеним прописима СЦГ, упишу у регистар предузећа код Трговинског суда у _____.

Решавање спорова

11. Стране су сагласне да евентуалне спорове по овом уговору решавају према одредбама о решавању спорова из уговора о оснивању.

Примерци уговора, језик, ступање на снагу, овлашћење за потписивање

12.

12.1. Овај уговор закључен је на српском језику.

12.2. Домаћи оснивач се обавезује да преведе уговор на енглески језик за потребе страног оснивача и гарантује страном оснивачу да је превод тачан.

13. Уговор је закључен у 5 примерака, од којих по један задржава свака страна, један се користи приликом овере уговора код суда, а остали се користе за потребе Предузећа и спровођења формалности по члану 10.

14.

14.1. Уговор ступа на снагу даном потписивања.

14.2. Потписи на уговору оверавају се код надлежног суда у складу са прописима СЦГ.

14.3. Пуномоћје за лице које потписује уговор у име и за рачун страног оснивача оверено је према праву места издавања. Уговор за домаћег оснивача потписује законски заступник домаћег оснивача.

За _____ Ltd.

За _____ д.о.о.

Глосар

Врсте акција

Терминологија везана за акционарска друштва и акције од значаја је за разумевање текућих процеса у земљи (приватизација, спирала улађања, развијање предузетништва и др.). Код нас су у употреби (законски) појмови и термини који у основи одговарају ономе што је познато у упоредном праву. Тако се терминологија у вези са акцијама може објаснити преко поделе акција на врсте (која се вриши по различитим критеријумима).

По врсти улога (на основу кога се акције стичу), разликују се: *акције за улог у новцу, те акције за улог у сопстварима или правима (улог у настури).*

Према начину одређивања имаоца акције се деле на акције на име (енгл.: *shares on the name*) и акције на доносиоца (енгл.: *bearer shares*).

Подела акција по начину уплате познаје привремене акције (издају се тако што се уплата улога врши у ратама и на њима се то евидентира) и сталне акције (када се изврши уплата целокупног уписаног улога, привремене акције се повлаче и издају сталне).

По критеријуму да ли се могу преносити или не, акције се деле на тужиштине (екстиерне) и интиерне акције.

Према правима која су у њима садржана, акције могу бити редовне или обичне (енгл.: *ordinary shares*) и приоритетне (повлашћене) акције. Подела укључује и акције са правом гласа (енгл. *voting shares*) и акције без права гласа (енгл.: *non-voting shares*). Обичне акције су, по правилу, акције са правом гласа, а приоритетне су без права гласа. Редовна акција даје право на управљање, учешће у добити и подели остатка ликвидационе масе сразмерно својој номиналној вредности. Приоритетна акција је акција која имаоцу даје одређена повлашћења у односу на имаоце редовних акција (у односу на дивиденду, у односу на наплату из остатка ликвидационе масе).

Приоритетне акције могу бити кумулативне (дају право на наплату кумулиране неплаћене дивиденде пре ималаца обичних акција) и партиципативне акције

(дају право на одређени фиксни проценат дивиденде, пре исплате дивиденде оставим акционарима.

По овом критеријуму поделе према правима која пружају, разликују се и *ужийиничке акције* (које наш пропис изричito не помињe).

Златну акцију (енгл.: *golden share*, франц.: *l'action spécifique*) развило је савремено акционарско право у вези са приватизацијом друштава у државној својини (држава, и када остане мањински акционар, може спречити одређене акције већинских акционара - на пример секундарну продају одређеним лицима).

Гаранцијске акције су акције које представљају акције управе акционарског друштва (не могу се преносити у за време чланства у управи друштва). Издавање односно стицање ових акција могуће је и по нашем праву.

Откупнљиве акције су онда када се издају са могућношћу да их акционарско друштво откупи (под условима и у случајевима прописаним за стицање *сопствених акција*). Повлачење (откуп) акција може бити предвиђен као обавеза једне или обе стране или пак са опцијом права на страни акционара и обавезом друштва (тзв. *put option*) и обавезом на страни акционара ако га емитент позове на продају (*call option*).

СУДСКА ПРАКСА

*Драгиша Слијећевић,
судија Вишег преторијског суда, Београд*

Сентенце Вишег преторијског суда

ТРГОВИНСКО ПРАВО

Право на фирмуму

Привредно друштво које је припајањем изгубило правни субјективитет не може поновним организовањем стечи право приоритета у коришћењу назива фирме под којом је пословало.

Из образложења:

"Из утврђеног чињеничног стања у првостепеном поступку види се да је тужилац од 1951. године регистрован за обављање угоститељске делатности под фирмом УП "В". Под истом фирмом од 1952. године пословао је и тужени обављајући преторијску делатност. Правни субјективитет туженог је престао 25.12.1983. године, када је због припајања преторијској радној организацији "С" брисан из судског регистра. 31.12.1992. године донета је одлука о издвајању туженог из ТП "Т" (раније "С") и поново организовање истог као самосталног правног лица. У међувремену проширена је делатност тужиоца тако што је решењем Трговинског суда у Београду Фи.2963/91 од 10.4.1991. године исти регистрован и за обављање преторијске делатности на мало. Под истим називом фирмуму као и тужилац, делатност преторијске делатности на мало и велико обавља и тужени почев од 1.1.1993. године, јер је решењем Фи.35598/92 од 31.12.1992. године у судском регистру уписано оснивање истог под

фирмом ТП "В" ДД из Б. Због постојања истог назива фирме и делатности туженог долази до забуне у правном промету о пословним везама и обавезама туженог и тужиоца према трећим лицима.

На темељу тих чињеница нижестепени судови су становишта да се тужбеном захтеву не може пружити судска заштита, јер за то нису испуњени услови прописани одредбом чл.159. ст.1. Закона о предузећима из 1988. године, односно чл.37. ст.1. и чл.38. ст.1. Закона о предузећима из 1996. године. У прилог тог становишта се истиче да би тужбени захтев за заштиту фирме био очигледно неоснован да у периоду од 1983. до 1992. године није дошло до прекида правног субјективитета туженог. Међутим, тужени је и након поновног организовања 1992. године наставио да под истом фирмом са истим седиштем обавља делатност као и пре губитка правног субјективитета. С тога су нижестепени судови мишљења да прекид правног субјективитета туженог не може довести и до губитка права на ранију фирму.

Врховни суд налази да је изнето правно схватање нижестепених судова засновано на погрешној примени материјалног права. Неспорна је чињеница да је тужени због припајања трговинској радној организацији "С" 1983. године изгубио правни субјективитет. Губитком правног субјективитета тужени је престао да постоји у правном промету. Због тога су угашена и његова дотадашња права по основу назива фирме под којом је пословао док је имао правни субјективитет. Из тог разлога нема места становишту нижестепених судова да је поновним организовањем туженог 1992. године извршена реституција његовог права на ранију фирму. Напротив, у правном промету је под том фирмом наставио да послује само тужилац. Зато је сагласно одредби чл. 36. ст.1 Закона о предузећима искључена могућност да се под истим називом фирмe под којом послује тужилац упише и тужено предузеће. Сама чињеница да је тужилац уписан у судски регистар под фирмом УП "В" довољан је разлог да се туженом као доцније организованом и уписаном правном субјекту у судском регистру забрани пословање под фирмом са истим називом. Тужиочево право на такву заштиту фирмe утемељено је одредбом чл.37. ст.1. Закона о предузећима. Зато се сагласно одредби чл.38. ст.1. цитираног закона мора удовољити тужиочевом захтеву за заштиту фирмe".

(Пресуда Врховног суда Србије Прев. 209/04, Пзз.1/04 од 1. јануара 2004. године)

Право акционара у поступку стечаја

Власник акција нема право да у поступку стечаја захтева исплату њихове номиналне вредности из стечајне масе.

Из образложења:

"Првостепени суд је утврдио да је тужилац туженом уплатио износ од 4.568.000,00 динара на име акција и тиме постао акционар и оснивач туженог. Решењем Привредног суда у Београду од 9. августа 1996. године над туженим је от-

ворен поступак ликвидације а потом стечаја. Тужилац је пријавио стечајном суду своје потраживање по основу вредности акцијског капитала. Решењем Привредног суда у Београду Ст. 2877/99 тужиочево потраживање је оспорено и он је упућен да исто остварује у парници. Сагласно томе тужилац тужбом тражи да се у овом спору утврди да је основано његово потраживање које има према туженом, а на основу акцијског капитала чија вредност износи 1.537.712,20 динара. Нижестепени судови су, одбијајући тужбени захтев као неоснован, правилно разрешили спорно питање у овој парници, да ли тужилац као акционар фирме, односно банке у стечају има статус стечајног повериоца у односу на стечајну масу и да ли може да потражује вредност акцијског капитала који поседује у том друштву.

Права акционара по основу власништва на акцијама, одређена су како Законом о предузећима тако и Законом о хартијама од вредности. Законом о предузећима одређују се права акционара: одредбом члана 221. (свака акција даје право гласа сразмерно номиналној вредности), одредбом члана 229. (право на удео у годишњој добити коју скупштина одреди за деобу (дивиденде)) и чланом 323. (после измиривања поверилаца акционарског друштва и депоновања износа спорних потраживања, преостала имовина дели се између акционара сразмерно номиналној вредности акција). Закон о предузећима у члану 187. дефинише појам акционарског друштва. Према тој дефиницији, акционарско друштво је друштво које оснивају правна, односно физичка лица ради обављања делатности, чији је основни капитал утврђен и подељен на акције одређене номиналне вредности. Збир номиналних вредности свих акција чини основни капитал акционарског друштва. Одредбом члана 55. став 2. истог Закона прописано је да оснивачи, чланови и акционари сразмерно својим уделима, односно акцијама учествују у управљању предузећем, деоби добити и сношењу ризика пословања, ако у складу са овим законом није другачије одређено оснивачким актом, односно статутом предузећа.

Ризик пословања предузећа, односно банке у конкретном случају, је и отварање поступка стечаја и намирење потраживања стечајних поверилаца из акцијског капитала акционара. Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији не утврђује право акционара да стечајном суду који спроводи стечајни поступак пријаве своја потраживања по основу вредности акцијског капитала. Према томе, тужилац не може бити поверилац стечајне масе по основу вредности акција које поседује код тужене банке. Закон о санацији, стечају и ликвидацији банака ("Службени лист СФРЈ" бр.84/89, 63/90, "Службени лист СРЈ" бр.37/93, 26/95, 28/96, 16/99, 44/99, 53/2001) прописује редослед исплате поверилаца из стечајне масе: 1. потраживања по основу штедних улога, текућих рачуна и депозита на девизним рачунима која се исплаћују банци која је преузела ове послове од банке у стечају; 2. потраживање поверилаца који нису оснивачи банке и 3. потраживања оснивача банке. То указује да се у трећем исплатном реду могу намирити само потраживања оснивача банака према банци, стечајном дужнику. Под тим потраживањима се подразумевају облигационо-правни захтеви настали из међусобних привредних односа оснивача банке и банке стечајног дужника, а не и потраживања исказана

кроз акцијски капитал. Напротив, акцијски капитал улази у стечајну масу и служи намирењу необезбеђених поверилаца из исплатних редова одређених Законом о санацији, стечају и ликвидацији банака. Из тих разлога тужилац нема законом признати статус стечајног повериоца. Зато је и његов захтев за исплату припадајућег му дела акцијског капитала из стечајне масе правилно одбијен".

(Пресуда Врховног суда Србије Прев. 396/03 од 26. фебруара 2004. године)

Активирање одговорности оснивача за обавезе јавног предузећа

Одговорност оснивача за обавезе јавног предузећа се активира самим чињеницом постојања материјално-правних услова за покретање стечаја над тим предузећем.

Из образложења:

"Другостепени суд је становишта да у конкретном случају нису испуњени законом прописани услови за заснивање јемства на страни тужених у односу на тужиочево потраживање према Јавном предузећу "Р" Н. Ово из разлога што тужилац није пружио доказ да је над тим предузећем отворен поступак стечаја. Из тог разлога не може се активирати законско јемство оснивача за обавезе јавног предузећа прописане одредбом члана 7. Закона о јавним предузећима. Зато другостепени суд налази да је одлука о одбијању тужбеног захтева правилна иако је заснована на погрешној примени материјалног права.

Међутим, погрешно је правно схватање по коме оснивачи јемче за обавезе јавног предузећа само у случају када је над истим отворен поступак стечаја. Језичко значење одредбе члана 7. Закона о јавним предузећима је апсолутно јасно. Оно указује да се јемство оснивача за обавезе јавног предузећа активира у случају наступања услова за отварање и спровођење поступка стечаја над тим предузећем. То значи да је законом прописани услов активирања одговорности оснивача за обавезе јавног предузећа испуњен у случају постојања материјално праних, а не формално правних разлога за отварање стечајног поступка. Материјално правни услови за отварање стечаја наступају постојањем трајне неспособности дужника за испуњење доспелих обавеза. То је изричito прописано одредбом члана 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Тек по испуњењу тог условия стиче се законска могућност за формално правно покретање и отварање поступка стечаја. Доследно реченом, решењем о отварању поступка стечаја само се констатује постојање материјално правних услова за вођење тог поступка. Зато је погрешно правно схватање другостепеног суда да се супсидијарна одговорност тужених прописана одредбом члана 7. Закона о јавним предузећима активира тек доношењем решења о отварању поступка стечаја над јавним предузећем чији су они оснивачи.

Тужилац је пружио доказе да доспело потраживање према јавном предузећу "Р" Н. није могао наплатити ни у поступку извршења. Међутим, због погрешне примене материјалног права нижестепени судови нису утврдили од каквог је значаја та околност на постојање услова за отварање поступка стечаја над тим предузећем. Из тих разлога, није цењена ни приложена потврда о времену блокаде жиро рачуна тужиочевог дужника. То су разлози због којих је на темељу одредбе члана 395. став 2. ЗПП-а одлучено као у изреци".

(Решење Врховног суда Србије Прев. 49/04 од 8. априла 2004. године)

Испитивање пријављених потраживања

Предмет признања или оспоравања потраживања стечајног повериоца од стране стечајног управника може бити само оно што је у пријави потраживања стечајног повериоца тражено.

Из образложења:

"Предмет овог спора је камата на износ главног дуга од 5.630.060,32 динара која није пријављена у стечајном поступку сагласно члану 90. тачка 6. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Поставило се питање да ли признање главног дуга од стране стечајног управника значи да је призната и камата као споредно потраживање која није пријављена стечајном већу у поступку пријављивања потраживања.

Нижестепени судови су правилно одлучили када су одбацili тужбу тужиоца налазећи да није испуњен процесни предуслов за мериторно одлучивање у овој парници, односно није испуњена процесна претпоставка за вођење ове парнице, јер тужилац као стечајни поверилац није поднео пријаву потраживања у односу на камату на износ главног дуга од 5.630.060,32 динара. Нижестепени судови даље закључују да правна природа камате, односно њена акцесорност у односу на главно потраживање, које је признато и утврђено у поступку стечаја, не обезбеђује такав статус и камати, уколико захтев за признањем и утврђењем није поднет у пријави потраживања стечајном већу. Заправо, стечајни управник, изјашњавајући се о пријављеним потраживањима у смислу члана 125. став 1. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији изјашњава само о ономе што је било предмет пријаве потраживања. Ако је пријављен главни дуг камата се на тај главни дуг признаје или оспорава само ако је била предмет пријаве, а не и по службеној дужности. Или, још једноставније речено предмет признања или оспоравања потраживања стечајног повериоца од стране стечајног управника креће се у границама онога што је у пријави потраживања тражено. Како у овом случају у пријави потраживања није ни постављен захтев да се плати затезна камата, то стечајни управник о том захтеву није ни могао да се изјасни, нити је стечајно веће могло да упути тужиоца на парницу, па у таквој ситуацији предмет расправљања у парници не може би-

ти непријављено потраживање стечајног повериоца. Са ових разлога неосновани су наводи ревизије да се правна судбина потраживања камате мери према правној судбини главног дуга. Главни дуг и камата представљају целину онда када се стечајни поверилац за то определи. Уколико такво опредељење не постоји, односно уколико стечајни поверилац не тражи камату исту му суд по службеној дужности не може признати и утврдити у поступку стечаја, већ се камата третира као самостално потраживање. Стога су неосновани и наводи ревизије да је одлука супротна члану 102. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији по којој одредби даном отварања стечајног поступка не престаје да тече камата на потраживање од дужника која се намирују из стечајне масе. То је тачно, али таква камата треба да се тражи у пријави потраживања да би о њој суд могао да одлучује."

(Решење Врховног суда Србије, Прев. 297/03 од 22. јануара 2004. године)

Правне последице поништаја решења гувернера НБЈ о ликвидацији банке

**Поништајем решења гувернера НБЈ о ликвидацији банке пре-
стали су да постоје материјално правни услови на основу којих је
решењем трговинског суда отворен поступак ликвидације банке,
па се и настале правне последице по том основу морају откло-
нити обуставом ликвидационог поступка.**

Из образложења:

"Неосновано се захтевом за заштиту законитости указује да су цитиране одлуке нижестепених судова о обустави и поновном отварању поступка ликвидације над "Ј банком" АД Б засноване на погрешној примени материјалног права. Под којим условима се може отворити поступак ликвидације банке прописано је одредбом члана 21. Закона о санацији, стечају и ликвидацији банака ("Сл. лист СФРЈ" бр. 84/89, 63/90, "Сл. лист СРЈ" бр. 37/93, 26/95, 16/99, 53/2001). Сагласно тој одредби решење о ликвидацији банке доноси гувернер Народне банке Југославије на основу одлуке о престанку рада банке, као и на основу коначног решења гувернера Народне банке Југославије о одузимању дозволе за рад банке. Ставом две цитиране одредбе прописано је да је решење гувернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке коначно, а ставом четири установљена обавеза надлежног суда да у року од 3 дана од пријема тог решења донесе решење о отварању поступка ликвидације над банком. То указује да надлежни трговински суд може и мора до-нети решење о отварању поступка ликвидације банке само у случају када је постојање материјално-правних услова за отварање тог поступка претходно констатовано коначним решењем гувернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке. Према томе, решењем трговинског суда о отварању ликвидационог поступка банке само се декларишу материјално-правни услови без чијег постојања се тај поступак не може водити. Без решења гувернера Народне банке Југославије о

ликвидацији банке не може се донети ни решење трговинског суда о отварању поступка ликвидације банке. У случају поништажа решења гувернера НБЈ о ликвидацији банке престају да постоје материјално правни услови који су предуслов за доношење судског решења о отварању поступка ликвидације над банком. Због тога отпада и правни основ за даље вођење ликвидационог поступка отвореног формално-правним решењем суда донетим пре поништења решења гувернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке. У таквој правној ситуацији суд мора обуставити поступак ликвидације отворен судским решењем донетим на основу доцније поништеног решења гувернера НБЈ о ликвидацији банке. Тиме се не дири у правноснажност решења о отварању ликвидационог поступка, већ отклањају правне последице настале тим решењем и тако окончава судски поступак за чије вођење су отпали законом прописани материјално-правни услови. Трговински суд је дужан да такво решење донесе одмах по пријему пресуде којом се поништава решење гувернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке. Међутим, у конкретном случају није тако поступљено. Првостепени суд је и након поништажа решења гувернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке наставио да води поступак ликвидације. Ови пропусти суда су конвалидирани новим решењем гувернера Народне банке Југославије Г.бр. 5061 од 27.11.2002. године о ликвидацији "Ј банке" АД Б. Међутим, због чињенице да је претходно решење гувернера НБЈ IV 1412-1013/5 од 14.7.2000. године поништено, првостепени суд је правилном применом материјалног права основано обуставио раније покренут поступак ликвидације и истовремено одлучио да се на темељу новог решења о ликвидацији предметне банке сходно члану 21. став 4. Закона о стечају и ликвидацији банака ликвидациони поступак поново отвара. Код таквог стања ствари правилна је одлука првостепеног суда да правне последице отварања ликвидационог поступка и по новом решењу наступају од датума истицања на огласној табли суда првог решења од 26.7.2000. године. Овакво становиште има правно утемељење у аналогној примени одредбе члана 91. став 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Ово из разлога што одредбама Закона о санацији, стечају и ликвидацији банака није уређена правна ситуација која настаје поништажем решења гувернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке и након тога доношења новог решења исте садржине. Уређење ове правне ситуације представља правну нужност, јер се у пракси може десити да гувернер Народне банке Југославије истог дана по пријему пресуде о поништажу првог решења о ликвидацији банке донесе ново решење да се банка ликвидира и исто одмах достави надлежном трговинском суду. У том случају суд би због поништажа првог решења и доношења новог решења о ликвидацији банке морао донети решење којим се претходно отворени поступак ликвидације обуставља и истовремено поново отвара. Тиме би се довеле у питање правне последице поступка ликвидације настале од времена доношења првог решења о отварању поступка ликвидације до датума његовог обустављања. То указује да је изостанком одредбе о овој правној ситуацији у Закону о санацији, стечају и ликвидацији банака створена правна празнина која се мора попунити аналогном

применом одредби оштег Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. На примену одредби тог Закона за све неуређене случајеве Закона о санацији, стечају и ликвидацији банака упућује и одредба члана 20. и 24. тог Закона. Из тог разлога се и спорно питање о датуму наступања правних последица ликвидације насталих због поништаја решења губернера НБЈ о ликвидацији банке и доношења новог решења којим се ликвидација банке опет одређује мора размотрити у складу са одредбама члана 91. став 4. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Та одредба Закона прописује да у случају укидања и поновног доношења решења о отварању поступка стечаја правне последице стечајног поступка наступају почетком дана када је прво решење истакнуто на огласној табли суда. Тој правној ситуацији идентична је и она која наступа као правна последица контроле законитости решења губернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке. Истина, у питању је другачији правни пут контроле законитости тог решења од оног који је прописан за контролу законитости решења трговинског суда о отварању поступка ликвидације. Међутим, решење губернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке и решење трговинског суда о отварању поступка ликвидације банке чине правно јединство, јер се решење о отварању ликвидационог поступка не може донети без постојања правно валидног решења губернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке. Зато и у случају поништаја решења губернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке у управном спору наступају исте правне последице као и након укидања решења трговинског суда о отварању поступка ликвидације по жалби. Из тих разлога се и питање наступања правних последица ликвидације дерогираних поништајем решења губернера Народне банке Југославије о ликвидацији банке и доношењем новог решења исте садржине због кога је претходно отворени поступак ликвидације обустављен и истим решењем суда поново отворен мора размотрити у складу са одредбом члана 91. став 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији".

(Решење Врховног суда Србије Пзз. 20/04 од 6. маја 2004. године)

Застарелост права по основу подстицајних мера Владе Републике Србије

Обавезе из уговора закљученог у циљу реализације подстицајних мера Владе Републике Србије у пољопривредној производњи застаревају у оштетом застарном року, а не у року прописаном за застарелост међусобних потраживања из уговора о промету робе и услуга.

Из образложења:

"Нижестепени судови су становишта да се утужено потраживање темељи на уговору о натуралној размени који је по својој правној природи уговор робног промета. Доследно томе низестепени судови и питање застарелости престасија

из тог правног посла цене у складу са одредбом чл. 374. Закона о облигационим односима.

Основано се у ревизији указује да су одлуке низжестепених судова засноване на погрешној примени материјалног права. Парничне странке су ступиле у уговорни однос на темељу Уредбе Владе Републике Србије о изменама и допунама Уредбе о натураној размени меркалтилне пшенице рода 1996. године и пшенице рода 1997. године, чија је производња уговорена ("Службени гласник РС" 40/96). Да је то правни основ закључења уговора од 10.10.1996. године изричito је наведено и у његовој одредби садржаној у чл. 1. То јасно указује да је спорни уговорни однос заснован у циљу реализације подстицајних мера владе Републике Србије у пољопривредној производњи. Неспорно је да су такве мере Владе донете у циљу остварења општих друштвених интереса. Због тога се и њихова реализација спроводи у форми пренетих јавно правних овлашћења на Републичку дирекцију за робне резерве. Зато је извршена натурана размена дизел горива и вештачког ђубрива са меркалтилном пшеницом реализована посредством тужиоца неостварује у функцији промета роба, већ кредитирања пољопривредних произвођача (чл. 5. уговора) и стварања економских погодности за пољопривредне произвођаче у складу са одлуком Владе Републике Србије. Отуда се уговор закључен ради остварења тих циљева не може сматрати уговором у привреди у смислу одредбе чл. 25. ст. 2. Закона о облигационим односима. Из тог разлога се и питање застарелости утуженог потраживања мора расправити применом одредбе чл. 371. Закона о облигационим односима. Код таквог стања ствари спорни однос је расправљен погрешном применом материјалног права. Због тога су одлучне чињенице за пресуђење овог спора непотпуно утврђене. Реч је о постојању и основаности постављеног захтева у утуженој количини робе. Зато је на темељу одредбе чл. 395. ст. 2. ЗПП, одлучено као у изреци".

(Решење Врховног суда Србије Прев. 28/04 од 25. марта 2004. године)

Одговорност оснивача због изазивања стечаја

Оснивач који је својим радњама и поступцима допринео настанку стечаја предузећа може и сопственом имовином одговарати за његове обавезе.

Из образложење:

"Низжестепени судови су становишта да изведені докази не упућују на постојање разлога прописаних одредбом члана 54. Закона о предузећима за заснивање одговорности туженог у односу на обавезе предузећа чији је он власник и директор. Основано се у ревизији указује да је оваква одлука заснована на погрешној примени материјалног права. Оцена о постојању привида правне личности није условљена само чињеницом да ли је имовина дужничког правног лица формално

правно пренета радњом туженог на новоосновано предузеће. Да је пренос имовине извршен на тај начин тужилац би могао остварити своја права према новооснованом предузећу позивом на одредбу члана 452. става 1. Закона о облигационим односима. Међутим, управо што таквих доказа нема он је и упућен да захтев за заштиту својих имовинских права усмери према туженом, као једином оснивачу и директору претходног – дужничког и новооснованог предузећа. Зато се и оцењена о основаности тог захтева мора заснивати на комплексној анализи односа туженог у пословању ранијег и садашњег предузећа. Сама чињеница да је претходно – дужничко предузеће отишло под стечај и да је тај поступак обустављен због недостатка имовине указује и на могућу одговорност туженог као његовог оснивача и директора. Отуда је правилно пресуђење овог спора условљено поузданим утврђењем да ли су поступци и радње туженог допринеле настанку стечаја, односно отуђењу имовине стечајног дужника. С тим у вези, мора се расправити и да ли је тужени и у новооснованом предузећу задржао делатност којом се бавило и претходно предузеће и да ли се и том приликом пословање одвија са истим асортиманом робе. Посебно је нужно утврдити да ли је на било који начин имовина дужничког предузећа преношена бестеретним и теретним правним пословима у корист туженог, односно да ли је и у којој мери његова приватна имовина увећана у време рада и постојања предузећа које је отишло у стечај. При томе, треба истаћи и да привид правне личности увек постоји ако се поступцима оснивача, или чланова управе код трећих лица ствара утисак да су њихова приватна имовина и имовина предузећа помешане".

(Решење Врховног суда Србије Прев. 17/04 од 25. марта 2004. године)

Правне последице плаћања на руке

Уплатом купопродајне цене извршене на руке законског заступника привредног друштва продавца може се угасити уговорна обавеза купца само у случају када је примљени новац по том основу доцније и уплаћен на жиро-рачуун продавца.

Из образложења:

" Нижестепени судови су становишта да спорни уговори представљају законом допуштене правне послове о промету непокретности. Због тога је одбијен део тужбеног захтева да се исти огласе ништавим.

Тако је одлучено упркос утврђеној чињеници да је уговорена купопродајна цена уплаћена на руке законског заступника туженог првог реда. Поред тога, у списима се налази и фотокопија огласа из кога се види да је решењем Трговинског суда у Београду од 29.3.1996. године отворен поступак принудног поравнања над туженим првог реда.

Код таквог стања ствари Врховни суд налази да се изнето становиште низе-
степених судова, за сада, не може прихватити. Погрешна је тврђа да исплата ку-
попродајне цене правном лицу на руке његовом законском заступнику није од
утицаја на правну ваљаност спорних уговора. Такав поступак може представљати
правно допуштену радњу само у случају да је примљени новац уплаћен на жиро
рачун туженог првог реда. У противном, неуплатном купопродајне цене на жиро
рачун продавца са статусом правног лица крши се одредба чл.17. ст.1. Закона о
платном промету ("Службени лист СРЈ" бр.53/92, 6/93, 16/93, 31/93, 32/94, 61/95, 30/
96, 34/97, 24/98, 22/99, 44/99, 47/99, 28/2000, 73/2000, 53/2001, 3/2002), која је важила у
време закључења спорних правних послова. То је императивна одредба због чега
би њена повреда учињена уз сагласност туженог другог реда, као купца и спорни
уговор учинила апсолутно иштавим. С тога је за правилно пресуђење овог спора
одлучна чињеница да ли је уговорени износ купопродајне цене уплаћен на жиро
рачун туженог првог реда, или је исти уз знање и сагласност туженог дугог реда
задржан у својини његовог законског заступника".

(Решење Врховног суда Србије Прев. 153/04 од 22.
априла 2004. године)

СЕНТЕНЦЕ ИЗ ОДЛУКА ВИШЕГ ТРГОВИНСКОГ СУДА

3. Повлачење предлога за принудно поравнање

**Стечајни управник не може повући предлог за закључење при-
нудног поравнања између стечајног дужника и стечајних повери-
лаца након одржаног и закљученог рочишта за принудно
поравнање и након одобрења закљученог принудног поравнања.**

Из образложења:

»По стању у списима стечајни дужник је предлогом за закључење принудног
поравнања од 4.09.2003. године предложио повериоцима да изврше исплату њихо-
вих утврђених потраживања у износу од 100%, у року од 3 године у шест једнаких
месечних рата, рачунајући од дана одржавања рочишта за принудно поравнање, с
ним да прва рата доспева за наплату у року од 90 дана од дана правоснажности ре-
шења којим се одобрава закључено принудно поравнање, а остale рате сваког
180-тог дана рачунајући од дана исплате претходне рате по истеку шест месеци
све до коначне исплате. Решењем првостепеног суда III Ст. 561/02 од 8.09.2003. го-
дине отворен је поступак принудног поравнања и објављен оглас у «Службеном
листу СЦГ» о отварању поступка принудног поравнања сагласно члану 25.
ЗППСЛ. По предлогу стечајног дужника за закључење принудног поравнања
одржано је рочиште за принудно поравнање дана 20.10.2003. године, на коме није
закључено принудно поравнање, већ је наложено стечајном дужнику да достави
нову понуду за закључење принудног поравнања. Стечајни дужник доставља дана

28.10.2003. године нови предлог за закључење принудног поравнања, поводом кога је заказано ново рочиште за принудно поравнање, дана 10.11.2003. године, на ком рочишту је стечајни дужник повукао предлог за принудно поравнање, па је суд до-нео решење којим се обуставља поступак за закључење принудног поравнања из-међу стечајног дужника и његових поверилаца. Решењем ПЖ. 8127/03 од 9.12.2003. године Виши трговински суд је укинуо првостепено решење и наложио првостепеном суду да мериторно одлучи о предлогу стечајног управника за закључење принудног поравнања из поднеска од 4.09.2003. године. Поступајући по налогу Вишег трговинског суда у Београду првостепени суд је после процене стварне вредности целокупне имовине стечајног дужника заказао преко «Службеног листа СЦГ» ново рочиште за принудно поравнање садржано у предлогу стечајног дужника од 4.09.2003. године за 30.04.2004. године. На рочишту од 30.04.2004. године стечајни управник је поднеском поново повукао предлог за принудно поравнање достављен суду 4.09.2003. године наводећи да имовина стечајног дужника вишеструко прелази вредност обавезе стечајног дужника те да нема законског основа за закључење принудног поравнања.

Неоснован је жалбени навод да је првостепени суд морао узети у обзир чињеницу да је вредност имовине стечајног дужника неколико пута већа од обавеза према повериоцима тако да стечајни дужник може да одговори својим обавезама и без закључења принудног поравнања.

Ово стoga, што је одредбом члана 29. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији прописано да веће поравнања обуставља поступак принудног поравнања у случају ако утврди да не постоји разлог за покретање поступка принудног поравнања, ако предлагач не положи предујам за вођење поступка, ако предлагач повуче предлог за принудно поравнање пре него што рочиште буде одржано и ако дужник у току принудног поравнања поступа противно одредбама члана 28. овог закона. У конкретном случају, рочиште за принудно поравнање одржано је по предлогу стечајног управника од 4.09.2003. године и принудно поравнање одобрено у свему према условима за закључење поравнања како је то стечајни управник предложио, и исто је објављено у «Службеном листу» бр. 41 од 19.09.2003. године, дакле предлагач није испунио услов из тачке 3. члана 29. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, јер није повукао предлог за принудно поравнање пре него што је рочиште одржано.

У том смислу, првостепени суд је правилно закључио да жалбени наводи могу имати утицаја само при доношењу решења о отварању поступка принудног поравнања, које решење је већ донето, а не и у фази доношења решења о закључењу предложеног принудног поравнања, као и на гаранцију да ће стечајни дужник преузете обавезе из принудног поравнања испунити у целини и у року.«

(Решење Вишег трговинског суда, ПЖ. 4176/04 од 15. јуна 2004. године)

4. Раскид уговора о продаји друштвеног капитала

Неизвршење обавезе купца друштвеног капитала да инвестира у субјект приватизације директно води осуђењу циља због кога је уговор о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције закључен и представља разлог за раскид уговора.

Из образложења:

»Ratio legis за промену власника над субјектима који послују средствима у друштвеној својини не налази се у тежњи законодавца да именује власника предузећа, већ да обезбеди ефикасније управљање привредним процесима.

Примарни циљ приватизације није продаја субјеката приватизације сама по себи, већ инвестициона улагања у њега. Новим улагањима у субјекте приватизације стварају се услови за привредни раст и развој и упоредо за изградњу друштва богатих појединача, што заједно утиче на повећање социјалне стабилности.

Уговор о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције има двоструку правну природу.

Он је, с једне стране облигациони уговор, а с друге стране, статусни уговор.

Облигациони, зато што ствара права и обавезе за уговорне стране – купца и Агенције за приватизацију (члан 148. ЗОО).

Статусни, зато што представља једну врсту акта о оснивању субјекта приватизације – уписа, мењајући његов правни статус, његовог оснивача, његовог власника, његов облик организовања и његову структуру капитала и представљајући исправу за одговарајући упис у судски регистар.

Због његове двостране правне природе на уговор о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције, не примењују се само одредбе Закона о облигационим односима, већ и одредбе Закона о приватизацији, Закон о предузећима и Закон о поступку за упис у судски регистар.

За раскид уговора довољна је једнострана изјава воље повериоца упућена дужнику на сигуран начин (члан 124. ЗОО).

Неспорно је да страна верна уговору има право на раскид уговора у случају потпуног неизвршења од стране друге уговорне стране. Међутим, поставља се питање да ли се уговор може раскинути у случају делимичног неиспуњења уговорних обавеза друге уговорне стране.

Купац и Агенција за приватизацију у Уговору о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције обично утврђују и више обавеза за сваку од уговорних страна и одређују да неиспуњење једне од таквих обавеза, од једне уговорнице представља раскидни услов.

Ако купац не изврши једну од уговорних обавеза, а изврши остале, Агенција за приватизацију има право на раскид уговора са разлога што неизвршење конкретне обавезе по самом уговору представља раскидни услов и што неизвршење конкретне обавезе води осуђењу циља због кога је уговор и закључен.

У конкретном случају предметни Уговор о купопродаји друштвеног капитала методом јавне аукције у себи не садржи раскидни услов у ситуацији ако купац Агенцији не достави гаранцију издату од стране банке за испуњење обавезе инвестирања у субјект приватизације.

Међутим, по оцени Вишег трговинског суда неизвршење обавезе инвестирања од стране купца директно води осуђењу циља због кога је уговор и закључен, те то представља разлог на темељу којег је првостепени суд правилно одлучио да је усвојио тужбени захтев и утврдио да је предметни Уговор раскинут. Према одредби члана 2. тачка 1. Закона о приватизацији, прописано је да се приватизација заснива између осталог и на начелу којим се обезбеђује стварање услова за развој привреде и социјалну стабилност. То даље значи да је примарни циљ приватизације инвестиционо улагање у субјект приватизације. Наиме, само новим улагањима у субјект приватизације стварају се услови за привредни раст и развој, и упоредо изградњу друштва богатијих појединца, што све заједно утиче на повећање социјалне стабилности. Продажом већинског дела друштвеног капитала, морао би се створити предуслов за формирање ефикасног привредног амбијента и отварање нових радних места.

Дакле, тужени као купац субјекта приватизације није испунио циљ Уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције предвиђен у одредби члана 2. Закона о приватизацији, тиме што није инвестирао у субјект приватизације нити је Агенцији за приватизацију доставио банкарску гаранцију као обезбеђење ове уговорне обавезе. То је чињеница коју је првостепени суд несумњиво утврдио и из те чињенице произлази недвосмислен правни закључак да су у конкретном случају били испуњени услови за раскид Уговора о купопродаји друштвеног капитала субјекта приватизације АД "М" Б. П. методом јавне аукције.

Тачно је да је тужени као купац извршио своју основну уговорну обавезу – плаћање купопродајне цене, али је тачно и то да купац није извршио другу исто тако битну обавезу инвестирања у субјект приватизације, односно достављање банкарске гаранције као обезбеђење тог инвестирања. Предметни Уговор о купопродаји друштвеног капитала методом јавне аукције у себи садржи правно-техничке недостатке, које могу дати основа за тумачење да се Уговор о продаји друштвеног капитала не може раскинути због неинвестирања у субјект приватизације. Међутим, одредба члана 2. Закона о приватизацији је когентне природе и она представља правни основ на темељу кога је првостепени суд уз помоћ другостепеног суда утврдио да је предметни Уговор раскинут."

(Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 3087/04 од 27. маја 2004. године)

3. Приватизација. Промена облика организовања. Минимални део новчаног оснивачког капитала

Купац друштвеног предузећа по Уговору о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције нема обавезу да приликом уписа промене организовања субјекта приватизације уплати новчани део оснивачког капитала од 10.000,00 односно 20.000,00 америчких долара у динарској противвредности на дан исплате.

Из образложења:

»Из списка предмета произлази да је предлагач друштвено предузеће које је продато путем јавне аукције. Купац и Агенција за приватизацију су закључили уговор о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције. Купопродајна цена субјекта приватизације утврђена је на износ од 7.000,00 и по тој цени купац је купио субјект приватизације и цену од 7.000,00 уплатио. Поднетом пријавом за промену облика предлагач је тражио да се изврши упис промене облика друштвеног предузећа у акционарско друштво и у ту сврху је поднео Уговор о промени облика организовања субјекта приватизације од 6.10.2003. године, која је донета од стране оснивача, односно купца субјекта приватизације Ерак Дејана.

Пошто је предлагач уписао и уплатио оснивачки капитал износ од 7.000,00 динара, регистарски суд је стао на правно становиште да захтев предлагача за промену облика организовања из друштвеног предузећа у акционарско друштво не испуњава законом прописане услове (члан 456. Закона о предузећима, члан 190. Закона о предузећима и члан 47. Уредбе о упису у судски регистар), па је са тих разлога одбио захтев за упис као неоснован.

Виши трговински суд сматра да регистарски суд није у праву. Жалилац основао истиче да је у конкретном случају предлагач променио облик организовања по правним нормама које су садржане у Закону о приватизацији ("Службени гласник Републике Србије", бр. 38/01 и 18/039). Уговором између Агенције за приватизацију и купца, није регулисана обавеза купца нити је утврђена та обавеза, да је дужан да изврши уплату оснивачког капитала према одредбама Закона о предузећима. Ни Закон о приватизацији, а ни подзаконски акти којима се регулише област продаје друштвеног капитала не утврђују обавезе друштвеног предузећа методом јавне аукције да изврши уплату оснивачког капитала, према одредби члана 190. Закона о предузећима која предвиђа да новчани део основног капитала акционарског друштва које се оснива симултаним оснивањем не може бити мање од 10.000 УСД у динарској противвредности по курсу на дан уплате, односно не може бити мањи од 20.000 УСД у динарској противвредности по курсу на дан уплате, ако се оснива сукцесивним оснивањем.

Закон о приватизацији, као и сви подзаконски акти донети на основу Закона о приватизацији, представљају "lex specialis" у односу на Закон о предузећима као "lex generalis".

Тумачењем уговора, као и цитираних подзаконских аката, те Закона о приватизацији, те довођењем истих у везу са Законом о предузећима и Уредбом о упису у судски регистар, може се закључити да је купац односно субјект приватизације ослобођен од обавезе да уплати оснивачки улог према одредби члана 190. Закона о предузећима. Ова чињеница би морала бити императивно наведена, како у Закону о приватизацији, подзаконским актима и Уговору о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције, да би обавезивала купца на уплату оснивачког капитала. Како ова обавеза није конституисана ни законским ни подзаконским актима, а ни уговором, то произлази да је правно становиште регистарског суда погрешно.

Будући да због погрешно заузетог становишта регистарски суд није испитивао испуњеност свих формалних и материјалних услова за предметни упис у судски регистар, то је Виши трговински суд био принуђен да уважи жалбу предлагача, укине побијано првостепено решење и предмет врати регистарском суду на поновни поступак и одлучивање и то на основу одредбе члана 54. тачка 3. Закона о поступку за упис у судски регистар.

У поновном поступку, регистарски суд ће поћи од правног становишта које је заузео Виши трговински суд да се на упис промене облика организовања друштвеног предузећа у акционарско друштво након закључења уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције не примењују одредбе чланова 436. и 190. Закона о предузећима и 47. Уредбе о упису у судски регистар, већ се примењују одредбе из Закона о предузећима и подзаконских аката донетих на темељу тог закона, те одредбе самог Уговора о продаји друштвеног капитала методом јавне аукције. Истовремено, регистарски суд ће испитати испуњеност преосталих формалних и материјалних услова за предметни упис у судски регистар прописаних одредбама чланова 33. и 34. Закона о поступку за упис у судски регистар и донети ново решење по захтеву предлагача за упис промене облика организовања из друштвеног предузећа у акционарско друштво.«

(Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3912/04 од 25. маја 2004. године)

7. Брисање неоснованог уписа у судски регистар

Уговор о изменама и допунама Уговора о оснивању друштва са ограниченим оговорношћу који није потписан од стране свих оснивача и на коме нема судске овере потписа једног од оснивача, није пуноважан и као такав не представља подобну исправу за упис у судски регистар усклађивања са Законом о предузећима.

Из образложења:

»Регистарски суд је правилно закључио да је у конкретном случају упис усаглашавања противника предлагача са Законом о предузећима, Законом о класификацији делатности и о регистру јединица разврставања и промене лица овлаш-

ћеног за заступање спроведен решењем Трговинског суда у Б. Фи. број 12930/02 од 31.12.2002. године недопуштен.

Одредбом члана 10. став 5. Закона о предузећима потписи оснивача на оснивачком акту се оверавају код надлежног суда. Без овере потписа оснивача, оснивачки акт не може бити пуноважан. Уговор о изменама и допунама оснивачког акта који је приложен у поступку оспореног уписа не садржи потпис једног оснивача – страног правног лица, овде предлагача. Следствено томе, по пријави ствари произлази да Уговор о изменама и допунама оснивачког акта који је приложен у поступку који је претходио спорном упису не садржи пред судом оверен потпис једног од оснивача.

Пошто уговор о измени оснивачког акта није правно ваљан, то он није подобан и није могао послужити као исправа за извршење уписа усаглашавања противника предлагача са Законом о предузећима и Законом о класификацији делатности и о регистру јединица разврставања. Даља последица непуноважности уговора о измени оснивачког акта противника предлагача јесте да сви акти и све одлуке донете на основу овог уговора нису пуноважни и не могу производити правно дејство. То даље значи да ни Стагут противника предлагача и Одлука о именовању и разрешењу лица овлашћеног за заступање нису правно ваљане.

Према томе, ни упис промене лица овлашћеног за заступање код противника предлагача као субјект уписа није био допуштен.

Кључна околност у овој регистарској ствари је та да Уговор о изменама Уговора о оснивању не садржи потпис оснивача који поседује 49% удела по актуелном стању у судском регистру. Заступник предлагача овај Уговор није потписао нити је оверио потпис код надлежног суда. Због тога такав уговор нема обавезну форму прописану одредбом члана 10. Закона о предузећима, а уговор сачињен супротно форми која је законом прописана, ништав је уговор. Због тога су предметни уписи у судски регистар били недопуштени у току самог момента уписа, а самим тиме и неосновани по одредби члана 60. став 1. тачка 3. Закона о поступку за упис у судски регистар.

На темељу изнетих разлога и на основу члана 54. тачка 2. Закона о поступку за упис у судски регистар, Виши трговински суд је одбио жалбу противника предлагача као неосновану и потврдио решење регистарског суда.«

(Решење Вишег трговинског суда, Пж. 3488/04 од 25. маја 2004. године)

*Милица Ђосовић-Кишић,
Секретар Суда части,
при Привредној комори Београда*

Из праксе Суда части при Привредној комори Београда

1. Туристичка агенција је учинила повреду добрих пословних обичаја када је, супротно уговореном и плаћеном аранжману за смештај у хотел са три звездице и шведским столом, пружила путницима туристичку услугу у хотелу без звездица, без шведског стола и додатно изложила путнике малтретирању смештајем у неодговарајући хотел.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр.63/02)

Образложење:

Туристичка агенција је са путницима уговорила путовање у Кушадаси са смештајем у хотелу са три звездице и шведским столом. По доласку у Турску путници су супротно уговору смештени у хотел без звездица и то у девет соба, 30 путника и без шведског стола где су провели два дана. Цену аранжмана платили су у пуном износу.

У току поступка, Суд части је на несумљив начин утврдио да су чињенице из оптужног предлога тачне и да је споран само закључак окривљеног да није одговоран зато што није закључио уговор са путницима у писаној форми. Суд ово није могао да прихвати, јер је окривљена туристичка организација организатор путовања, што се види из ваучера, из листе путника, понуде хотела са три звездице и доказа о ангажовању Туристичке агенције у Турској. Чињеница да није закључила

писани уговор са путницима је њен пропуст који њој шкоди, јер као туристичка агенција са лиценцом дужна је да на професионалан начин организује туристичка путовања, па је оглашена кривом да је повредила добре пословне обичаје и пословни морал.

2. Неиспуњење уговорне обавезе од стране туристичке агенције, смештаја путника у собу са погледом на море, представља повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, а накнадна понуда обештећења путника-оштећеног је олакшавајућа околност.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр.100/02)

Образложение:

Туристичка организација уговором се обавезала да путнике који путују у Бодрум смести у хотелску собу са погледом на море, што није учинила, па су оштећени путници изјавили рекламију одмах по повратку са пута.

Окривљена туристичка организација није оспоравала чињенични опис из оптужног предлога, али је предложила да је Суд части ослободи одговорности будући да је оштећенима понудила обештећење у износу од по 200,00 евра, што су оштећени одбили да прихвате и тражили повраћај цене целокупног износа аранжмана.

Суд части је утврдио да у радњама окривљене туристичке организације има повреда добрих пословних обичаја због непоштовања уговорних обавеза, а околност што није дошло до споразума о обештећењу представља олакшавајућу околност и није од утицаја на доношење другачије одлуке.

3. Таксиста који одбије да изврши услугу превоза корисника такси услуге на одређеној релацији, условљавајући вожњу произвољно одређеном ценом мимо цене утврђене Одлуком о ауто-такси превозу, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала.

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр.812/03)

Образложение:

Одлуком о ауто-такси превозу града Београда («Службени лист града Београда 12/02 и 5/03) прописано је да се цена такси превоза утврђује Ценовником који доноси Извршни одбор Скупштине града Београда и наплаћује се у износу који одреди таксиметар на месту опредељења путника. Окривљени-таксиста не само да је повредио позитивне прописе о утврђивању и наплати цене такси превоза

условљавајући превоз већом ценом коју је одредио по слободној процени, већ је истовремено учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала обављајући своју професију тако што је одбио да превезе странку из разлога ниских побуда до одредишта.

- 4. Власник радње за пружање услуга поправки телефона чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала када не поправи телефон у року који је сам одредио у потврди, а на тражење власника да му врати апарат, у стању у коме му га је предао, изјави да то не може да учини, јер је највероватније исти изгубио и одбије да га правично обештети.**

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр.20/04)

Образложење:

Окривљени је примио на поправку бежични телефон, али није извршио поправку у разумном року, мада је и у реверсу писмено потврдио да ће поправку завршити за седам дана, а усмено обећао поправку за један дан. После месец дана узалудног долажења по телефон, власнику је саопштено да је телефон изгубљен. Власник је случај пријавио тржишној инспекцији, након чега је уследио покушај обештећења, али како није постигнуто вансудско поравнање, мада је власник – општећени предложио разумну суму, тржишни инспектор је пријаву доставио Суду части.

Окривљени је оглашен кривим Одлуком Суда части јер је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала на тај начин што је изгубио ствар коју је примио на поправку а одбио да кориснику услуге да правично обештећење, изложио га малтретирању и губљењу времена.

- 5. Постоји повреда добрих пословних обичаја и пословног морала када се у радњи за хемијско чишћење нестручним прањем оштети хемијски и физички вунени тексти, употребом шампона који има већу pH вредност, па боје промене нијансу односно на местима тексти пожути, а власник радње одбије оправдану рекламију иако у реверсу-рачууну који је сам издао приликом пријема текстиха, није констатовао постојање флека, односно оштећење текстиха.**

(Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр.85/01)

Образложение:

Оштећени, незадовољан извршеном услугом чишћења вуненог текстиха, изјавио је рекламију због оштећења приликом третмана, коју је окривљени одбио као неосновану. Власник (оштећени) текстиха је поднео пријаву Суду части. Суд части је одредио вештачење од стране вештака инжењера текстилне стuke са листе сталних вештака Суда. На основу налаза и мишљења вештака који је Суд у потпуности прихватио, утврђено је да је за оштећење текстиха крив власник радње за хемијско чишћење - јер је исто настало нестручним прањем, односно коришћењем шампона који имају већу pH вредност.

На основу утврђеног чињеничног стања Суд је нашао да је окривљени био дужан да прихвати рекламију зато што услугу није извршио по мерилима и нормама заната, и што у реверсу није констатовао оштећење ствари примљене на чишћење, при чему је посебно Суд ценио околност да је одбио да врати оштећеној други текстих на чије чишћење није било примедби, па је изречена адекватна мера друштвене дисциплине.

6. У поступку пред Судом части, који се води по оптужном предлогу тужиоца Суда части, оштећени нема легитимацију за подношење жалбе другостепеном органу јер није странка у поступку, осим на одлуку о досуђеним му трошковима

(Одлука другостепеног већа Суда части при Привредној комори Београда Дв. бр. 151/04)

Образложение:

Решењем првостепеног већа Суд је обуставио поступак против тапетарске радње, због одустанка тужиоца Суда части од оптужног предлога и поучио оштећеног да може да настави поступак у својству приватног тужиоца.

Оштећени није преузео гоњење у остављеном року али је изјавио жалбу другостепеном органу због нетачно утврђеног чињеничног стања.

Другостепено веће је жалбу одбацило као недозвољену, јер је нашло да оштећени није легитимисан за подношење жалбе против одлуке Суда части. Овакву одлуку другостепено веће је засновало на одредбама члана 78 Правилника о организацији, саставу и раду суда части («Службени лист града Београда» бр. 16/03) којима је прописано да жалбу на одлуку првостепеног већа могу изјавити само странке. Чланом 33 став 1 Правилника, прописано је да су странке у поступку пред Судом части тужилац и окривљени.

Како оштећени није странка, то је другостепено веће одбацило жалбу као недозвољену и обавезало оштећену да плати трошкове поступка.

ПРАВНА ПРАКСА

*Снежана Вујиновић,
Министарство за рад и запошљавање*

Мишљења Министарства за рад и запошљавање

Запослени који ради код једног послодавца пуно радно време, односно 40 часова недељно, не може да заснује радни однос код другог послодавца (допунски рад).

У члану 34. Закона раду („Службени гласник РС“, бр. 70/01 и 73/01) прописано је да пуно радно време запосленог износи 40 часова недељно. Закон такође прописује у члану 27. да запослени који ради са непуним радним временом код једног послодавца, може за остатак радног времена да заснује радни однос код другог послодавца.

Према томе, запослени који ради код једног послодавца пуно радно време, односно 40 часова недељно, не може да заснује радни однос код другог послодавца. Закон о раду не познаје категорију допунског рада те запослени не може поред рада код једног послодавца са пуним радним временом да ради код још једног послодавца.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 130-00-00015 /2004-02 од 21.06.2004. године)

Са лицем које је остварило право на инвалидску пензију се не може закључити уговор о обављању привремених и повремених послова, јер инвалидски пензионер нема здравствену способност за рад.

Према члану 124. Закона о раду („Сл. Гласник СР“, бр.70/2001 и 73/2001) послодавац може за обављање послова из своје делатности који су по својој природи такви да не трају дуже од 180 радних дана у календарској години, са одређеним лицем да закључи уговор о обављању привремених и повремених послова. Лице које закључи уговор о обављању привремених и повремених послова има право на пензијско, инвалидско и здравствено осигурање, у складу са овим законом. Обvezник уплате доприноса је послодавац. Према томе, послодавац може да закључи уговор о привременим и повременим пословима ако утврди да се ради о пословима из његове делатности, да ти послови нису утврђени актом о систематизацији као стални послови и да су привременог и повременог карактера. Привремени и повремени карактер ових послова подразумева да се ти послови јављају с времена на време, односно у одређеним временским размацима. Ови послови су ограничени временски а не количином рада.

За обављање привремених и повремених послова послодавац може да ангажује пензионисано лице ако је старосни или породични пензионер. Са лицем које је остварило право на инвалидску пензију се не може закључити уговор о обављању привремених и повремених послова јер инвалидски пензионер нема здравствenu способност за рад.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-00423/2004-02 од 06. 08. 2004. године)

У делатностима од јавног интереса, пре отпочињања штрајка је неопходно да се предузму мере предвиђене Законом о штрајку, ради обезбеђивања минимума процеса рада а уколико се ти услови не обезбеде, надлежни државни орган, односно надлежни орган локалне самоуправе до дана одређеног за почетак штрајка, утврди мере и начин за испуњење тих услова.

У члану 9. Закона штрајку („Службени лист СРЈ“, бр.29/96) је прописано да се у делатности од јавног интереса или у делатности чији би прекид рада због природе посла могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера, право на штрајк запослених се може остварити ако се испуне и посебни услови утврђени овим законом. Делатност од јавног интереса у смислу овог закона, јесте делатност коју обавља послодавац у области: електропривреде, водопривреде, саобраћаја, информисања (радио и телевизија), ПТТ услуга, комуналних делатности, производње основних прехранбених производа, здравствене и ветеринарске заштите, просвете, друштвене бриге о деци и социјалне заштите.

Према томе, ако је Завод регистрован за обављање послова здравствене заштите као делатност од јавног интереса у смислу овог закона, запослени у Заводу за заштиту здравља имају право на штрајк под условима утврђеним Законом о штрајку.

Према члану 10. Закона запослени који обављају делатност од јавног интереса могу почети штрајк ако се обезбеди минимум процеса рада који обезбеђује сигурност људи и имовине или је незаменљив услов живота и рада грађана или рада другог предузећа, односно правног или физичког лица које обавља привредну или другу делатност или услугу. Минимум процеса рада за јавне службе и јавна предузећа утврђује оснивач, а за другог послодавца – директор. При утврђивању минимума процеса рада оснивач, односно директор обавезан је да узме у обзир мишљење, примедбе и предлоге синдиката. Начин обезбеђивања минимума процеса рада утврђује се општим актом послодавца, у складу са колективним уговором. Запослени који су дужни да раде за време штрајка ради обезбеђивања минимума процеса рада, по прибављеном мишљењу штрајкачког одбора, директор одређује најдоцније пет дана пре почетка штрајка.

Према томе, пре отпочињања штрајка је неопходно да се предузму мере предвиђене Законом ради обезбеђивања минимума процеса рада, а уколико се ти услови не обезбеде, надлежни државни орган, односно надлежни орган локалне самоуправе до дана одређеног за почетак штрајка, утврдиће мере и начин за испуњење тих услова. Директор је у обавези да узме у обзир мишљење и предлоге синдиката приликом утврђивања минимума процеса рада, уколико се они у одређеном року доставе.

У члану 18. Закона о штрајку је прописано да запослени у делатностима од јавног интереса, који одбије да изврши налог послодавца издат ради обезбеђивања минимума процеса рада, чини повреду радне дужности за коју се може изрећи мера престанка радног односа.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-00424/2004-02 од 29. 07. 2004. године)

Одредба члана 23. став 4. Закона о раду, која се односи на заснивање радног односа на одређено време не односи се на уговоре о раду на одређено време закључене у време важења претходног Закона, јер за такав уговор важе одредбе Закона који је тада био на снази.

У максимални рок од три године за заснивање радног односа на одређено време, не рачуна се радни однос заснован на одређено време пре ступања на снагу Закона о раду („Службени гласник РС“, бр. 70/2001 и 73/2001), без обзира што је радни однос истекао после ступања на снагу Закона о раду, јер је радни однос заснован по старом закону, па не може да прерасте у радни однос на неодређено време применом члана 23. став 4. Закона о раду, по коме запослени ако настави да ради пет дана по истеку уговора о раду, заснива радни однос на неодређено време. Значи, одредба Закона о раду која се односи на заснивање радног односа на одређено време не односи се на уговоре о раду на одређено време закључене у време важе-

ња претходног Закона, јер за такав уговор важе одредбе Закона који је тада био на снази.

Према томе, укупно време проведено у радном односу можете рачунати само почев од последњег уговора о раду на одређено време који је закључен по ступању на снагу Закона о раду.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-00310/2004-02 од 28. 06. 2004. године)

Дан престанка радног односа је дан достављања запосленом акта којим је отказан уговор о раду, када он постаје коначан, у конкретном случају даном истека рока када је отказ оглашен на огласној табли послодавца.

Према члану 103. Закона о раду (Службени гласник РС бр.70/2001 и 73/2001) послодавац може да понуди запосленом закључивање уговора под измененим условима само ако за то постоји оправдан разлог. Оправдан разлог није дефинисан у закону, али то најчешће може да буде други посао, рад у другом месту и сл.

Уз уговор под измененим условима запосленом се доставља од стране послодавца или овлашћеног лица и решење, у писаном облику, о остваривању права, обавеза и одговорности са образложењем и поуком о правном леку, у складу са чланом 120. Закона о раду. У образложењу таквог решења послодавац ће образложити оправдан разлог који је условио понуду за закључчењем уговора под измененим условима из члана 103. Закона. У поуци о правном леку треба да стоји да се за заштиту својих права запослени може обратити надлежном суду или да преко синдиката захтева образовање арбитраже код послодавца.

Дан престанка радног односа је дан достављања запосленом акта којим је отказан уговор о раду, када он постаје коначан, у конкретном случају даном истека рока када је отказ оглашен на огласној табли послодавца. Са тим датумом послодавац ће код надлежних служби одјавити запосленог и извршити исплату свих до спелих зарада и других примања, сходно члану 106. Закона о раду.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 11-00-325/2004-02 од 19. 07. 2004. године)

Лица која су избегла са територије Косова и Метохије, којима је престао радни однос дејством више силе, што за последицу има то да радна књижица није закључена на начин како то Закон предвиђа, могу да заснују радни однос на неодређено време, а закључивање радне књижице код претходног послодавца регулисаће

и уредити када услови то буду дозволили тј. кад престане дејство више силе.

На основу члана 128. став 4. Закона о раду (“Службени гласник РС”, бр 70/2001 и 73/2001), послодавац је дужан да запосленом врати уредно попуњену радну књижицу на дан престанка радног односа.

У Вашем случају до престанка радног односа није дошло на законом предвиђен начин већ дејством више силе, што за последицу има то да Ваша радна књижица није закључена на начин како то закон предвиђа, већ је остала непопуњена у делу који означава дан престанка радног односа код претходног послодавца. С обзиром да сте корисник накнаде зараде и доприноса за социјално осигурање које се исплаћује на основу Закључка Владе Републике Србије за лица која су избегла са територије Косова и Метохије, јасно је да нисте у радном односу у поменутој школи „Димитрије Прица“ у месту Девет Југовића.

Мишљења смо да можете да заснујете радни однос на неодређено време, а да ћете закључивање радне књижице код претходног послодавца регулисати и уредити када услови то буду дозволили тј. кад престане дејство више силе.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 07-00-45/04 од 17. 05. 2004. године)

Чињеница да запосленом нису исплаћене заостале зараде до дана престанка радног односа не сматра се основом за враћање запосленог на рад.

Према члану 106. Закона, послодавац је дужан да до дана престанка радног односа запосленом изврши исплату свих доспелих зарада и других примања. Ако послодавац не изврши ту своју обавезу, запослени има право да преко суда захтева исплату заосталих зарада са затезном законском каматом.

Према томе, чињеница да запосленом нису исплаћене заостале зараде до дана престанка радног односа не сматра се основом за враћање запосленог на рад.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-449/04 од 29. 07. 2004. године)

Омладинска задруга као послодавац је у обавези да уплати доприносе за пензијско и инвалидско осигурање, а те податке у радну књижицу лица која ради преко омладинске задруге, уписује организација за пензијско и инвалидско осигурање.

Према члану 11. став 1. тачка 10) Закона о пензијском и инвалидском осигурању („Службени гласник РС“ бр.34/2003 и 64/2004) осигураници запослени јесу лица која у складу са законом обављају привремене и повремене послове преко омладинских задруга, а имају навршених 26 година живота, односно без обзира на године живота ако нису на школовању.

Према члану 174. став 1. тачка 2) наведеног Закона, омладинска или студенческа задруга се у односу на лица која у складу са законом обављају привремене или повремене послове –задругаре, сматра послодавцем, и он је у обавези да плати допринос за пензијско и инвалидско осигурање. Овај закон је ступио на снагу 01.04.2003. год. што значи да за рад који сте обављали преко омладинске задрге почев од 01.04.2003. год. послодавац је био у обавези да Вам уплати доприносе за пензијско и инвалидско осигурање.

За рад који сте обављали преко омладинске задрге пре ступања на снагу овог закона не постоји могућност да Вам се уплате доприноси нити да Вам се то призна као радни стаж, јер у том моменту нису постојали прописи који су рад преко омладинске задрге регулисали као радни однос, нити је постојала законска обавеза да се уплаћују доприноси за рад преко омладинске задрге.

Сходно члану 18. став 1. тачка 2) Правилника о радној књижици („Службени гласник РС“ бр. 17/97) на странама 6 до 21 радне књижице у рубрици „Назив и седиште послодавца, основ осигурања“ уписује се основ осигурања за лица која нису у радном односу а осигурана су у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању – ове податке уписује организација за пензијско и инвалидско осигурање.

Према томе, омладинска задруга као послодавац је у обавези да уплати доприносе за пензијско и инвалидско осигурање, а те податке у радну књижицу лица која раде преко омладинске задрге, уписује организација за пензијско и инвалидско осигурање.

У вези са Вашим питањем које се односи на заснивање радног односа закључивањем уговора о раду, морате се обратити послодавцу, код кога већ дуги низ година радите преко омладинске задрге. Уколико сматрате да постоји неправилност у начину Вашег ангажовања на месту продавца у „Политици“ обратите се надлежној инспекцији рада, која на Ваш захтев може да изврши надзор код послодавца и утврди да ли сте ангажовани у складу са законом.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број:113-04-21/04 од 30. 07. 2004. године)

Иницијатива за споразумни раскид радног односа није битна чињеница, јер између послодавца и запосленог постоји договор, тј. сагласност о престанку радног односа, на основу које се закључује споразум.

Закон о раду („Службени гласник РС“ бр. 70/2001 и 73/2001) чланом 97. став 1. тачка 3.) предвиђа да радни однос престаје споразумом између запосленог и послодавца. Чланом 99. овог Закона ближе се дефинише споразумни раскид радног односа, тако што се каже да је то писани споразум између послодавца и запосленог.

Споразум подразумева сагласност воља, што значи да је споразумни раскид радног односа двострани акт који је заснован на сагласности воља обе стране, које

су се споразумеле о условима раскида радног односа. **Иницијатива за споразумни раскид радног односа није битна чињеница** јер између послодавца и запосленог постоји договор, тј. сагласност о престанку радног односа, на основу које се закључује споразум. Споразум се обавезно закључује у писаном облику и када се потпише производи правно дејство.

Према томе, иницијатива за споразумни раскид радног односа је ирелевантна чињеница јер без обзира ко је покренуо иницијативу мора да постоји сагласност воља тј. договор. Без сагласности воља нема ни споразума, па ни раскида радног односа по том основу. Уколико се постигне договор, уколико се воље страна које потписују споразум усагласе, без обзира на иницијативу; и споразум о раскиду радног односа потпишу обе стране, значи да постоји пристанак и једне и друге стране и да се радни однос раскида. Код споразумног раскида радног односа запослени даје пристанак да му се раскине радни однос јер је својом вољом пристао на потписивање споразума и својим потписом дао сагласност.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политike, број: 011-00-332/2004-02 од 23. 07. 2004. године)

У члану 11. Правилника о радној књижици („Сл. гласник РС“ бр. 17/97), прописано је да се на страни 3. радне књижице у рубрику „Подаци о школској и стручној спреми“ уписују подаци о завршеној школи, стручној спреми, стручном испиту и сл. из јавне исправе са овим подацима, назив издаваоца, број и датум издавања исправе.

Према томе, у радну књижицу уносе се подаци о завршеној школи, стручној спреми и сл. из јавних исправа којима се потврђују ти подаци. То значи да се подаци о завршеној школи, стручној спреми, стручним испиту и другим видовима образовања уписују у радну књижицу на основу диплома и других јавних исправа у систему образовања. Сертификати о завршеној обуци или курсу ван система образовања не уписују се у радну књижицу, јер немају својство јавне исправе у систему образовања.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политike, број: 011-00-485/04 од 18. 06. 2004. године

Ако по истеку 45 дана и даље не постоји потреба за радом запослених, послодавац има могућност да примени Закон о раду у делу који регулише вишак запослених.

Одсуство запослених уз накнаду зараде у случају прекида рада без кривице запослених у потпуности је уређено чланом 87. Закона о раду („Сл. Гласник РС“ бр. 70/2001 и 73/2001).

У складу са чланом 88. став 2. општим актом послодавац може предвидети друге случајеве када ће запослене упутити на плаћено одсуство, али то не могу бити случајеви који су наведени у члану 87. наведеног Закона.

Чланом 87. Закона о раду прописано је да запослени има право на накнаду зараде у висини од 45% зараде коју би остварио да ради за време прекида рада до која је дошло без кривице запосленог, најдуже 45 радних дана у календарској години.

Према томе, овим чланом утврђено је право запосленог на одсуство са рада уз накнаду зараде и то у погледу разлога, висине накнаде зараде и времена трајања прекида рада. То значи да не постоји могућност да послодавац по овом основу утврди плаћено одсуство у дужем трајању.

Ако по истеку 45 дана и даље не постоји потреба за радом запослених, послодавац има могућност да примени Закон о раду у делу који регулише вишак запослених.

(Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, број: 011-00-454/04 од 28. 06. 2004. године)

Правници у привреди Србије и Црне Горе на XIII Конгресу у Врњачкој Бањи, одржаном од 19. до 21. маја 2004. године, са око 900 учесника и са темом “Привреда и приватизација”, усвајају следеће

ПОРУКЕ

I

Правници у привреди СЦГ су струковног уверења да су наши привредни прописи недовољан и у доброј мери неадекватан регулациони оквир, који као такав не обезбеђује потребан ниво правне сигурности и владавину права. Доградња тог регулационог оквира претпоставља шире укључивање струке и струковних асоцијација, као и организовање струковних расправа у процесу доношења закона, како би закони и други прописи били трајнији, међусобно усклађенији, са што мање правних празнина и како би се читали, тумачили и примењивали на јединственији начин. У редоследу доношења закона потребно је следити логику ствари да се право усвајају закони општијег нивоа, а након тога закони специјализованог нивоа, будући да ови други морају бити усклађени са првима.

II

Правници у привреди СЦГ се посебно залажу за отклањање бројних недостатака у регулативи приватизације уочених у судској пракси и теорији попут: укидања у Уставу Србије института друштвене својине и друштвеног предузећа, јачање правних форми контроле процеса приватизације и елиминисање контроле од једне уговорне стране, јачање одредби о одговорности обеју уговорних страна код уговора о продаји капитала и имовине, јасније одређење правне позиције агенције за приватизацију и субјекта приватизације код уговора о продаји, проширење и прецизирање битних елемената овог уговора, конкретизовање основа раскида, поступка раскида и правних последица раскида и сл. При овом, важећи систем приватизације у бити не треба мењати, јер би то зауставило овај процес или га

упорило. Ово не искључује наглашену потребу смањења централизације овог процеса у комерцијалном сектору и јачање тржишне позиције тих привредних субјеката, као и са друге стране, потребу јачања позиције државе у стратешком сектору привреде. Најзад, потребно је обезбедити строжу контролу и јавност трошења средстава од приватизације, како би се спречило њихово ненаменско коришћење.

III

Правници у привреди СЦГ се залажу за привредне прописе који се хармонизују са правом Европске уније, што је и уставна обавеза из Уставне повеље, али и за уважавање потребе за одређеним прелазним решењима док траје период транзиције.

Констатовано је да се касни са хармонизацијом неких домаћих прописа који су акционим планом хармонизације РС предвиђени као приоритетни.

IV

Правници у привреди СЦГ су за јединственије и хармонизованије унутрашње привредно законодавство ових двеју чланица Државне заједнице.

V

У области финансијског тржишта правници у привреду су уверења да важећи закон, као и предлог промена, имају озбиљне правне недостатке, да су превише окренути бирократским потребама, а недовољно потребама јачања тржишне позиције привредних субјеката. Посебно су у овом погледу критична решења института својеврсног принудног отвореног акционарског друштва, заступничке изјаве, преузимања отворених друштава, јачања овлашћења ресорног министра и сужавања овлашћења Комисије за хартије од вредности и сл.

Конечно, на финансијском тржишту је потребно правно уредити недостајуће институције, посебно инвестиционе фондове.

VI

Правници у привреди СЦГ се залажу за развој неких облика алтернативног решавања привредних спорова, као и за озбиљне реформе процесног и извршног законодавства, како би се унапредила ефикасност судова у решавању привредних спорова.

VII

Правници у привреди СЦГ инсистирају на убрзању правне заокружености наших тржишних институција а посебно на доношењу прописа у области хипотекарних тржишта, арбитраже, преузимању акционарских друштава, стечају и реорганизацији, денационализацији, привредним друштвима, антимонополима и уређењу делатности од јавног интереса.

VIII

Нови стечајни закон мора представљати израз савремених правних института и целовитог законског уређења поступка стечаја. У том циљу и предлог новог закона о стечајном поступку би требало допунити и одредбама о грађанском стечају.

Новим законским уређењем стечаја морају се уважити и досадашњи ставови судске праксе о правној природи радно-правног статуса радника задржаних на раду код стечајној дужници. Они се исказују у опште прихваћеном ставу да ти радници могу обављати започете послове само у статусу запосленог на одређено време, или радника по уговору о делу, односно уговора о обављању повремених и привремених послова.

Законско настојање да се одбору поверилаца повери доношење најзначајних одлука о току и исходу поступку стечаја требало би допунити и одредбама по личној и грађанској одговорности његових чланова у обављању тих послова.

IX

На плану заштите права интелектуалне својине потребно је вршити обуку и усавршавање кадрова у судовима, државним и другим органима. Процесне законе и прописе допуњавати и изменити, решавање насталих спорова законски уредити на други начин, одредити неколико судова у већим центрима као надлежни за решавање судских спорова.

У оквиру Привредне коморе формирати арбитражу за решавање спорова из области интелектуалне својине.

Констатована је неадекватна и неефикасна заштита свих форми ауторских права, као и да не постоје потребна овлашћења инспекцијских служби. Стога је потребно отклонити ове слабости.

X

Приватизација привредних субјеката је неизбежно утицала на положај запослених. Овај утицај се испољио какао у погледу губитка статуса запосленог (тзв. отпуштања технолошких вишкова) тако и у погледу самог радно-правног статуса тј. стицања и остваривања права на раду у вези са радом и по основу рада.

Оно што је посебно карактеристично јесте да запосленима, односно њиховим организацијама није обезбеђена адекватна улога у процесу приватизације, с обзиром на то да су они били непосредни учесници у стварању капитала који је предмет приватизације.

Приватизација је изазвала последице и у области социјалног мира, као и у економском и у социјалном положају запослених. У овим областима неопходно је применити међународне стандарде којима се регулише положај запослених чиме би држава извршила преузете међународне обавезе.

Новчана средства од приватизације би у већем проценту требало ставити у функцију отварања нових радних места, а самим тим повећања броја запослених. То мора бити државни циљ. Исто тако, требало би стварати услове за функционисање тржишта радне снаге и посебно афирмисати улогу приватних агенција за запошљавање у складу са међународним стандардима. Поред тога, требало би створити и претпоставке за функционисање система пензијско инвалидског осигурања и постепено у овај систем уводити и приватно пензијско и инвалидско осигурање.

XI

У пореској сфери залажемо се за осетно растрећење зарада. Међутим, неопходно је опрезно и реално утврдити највећи могући финансијски износ тог растрећења у садашњим условима наших привредних токова. Ако средства за финансирање јавних потреба, након поменутог чина не буду довољна, једино решење је одређено селективно обарање јавне потрошње.

Потребно је пореским путем стимулисати привредну активност. У том циљу предлажемо:

- укидање цедуларног пореза на приходе од дивиденди, а приход од овог извора самопријављивањем укључити у основицу за опорезивање годишњег дохотка грађана.
- укинути порез на капиталне добитке од акција и удела. Наиме, код овог пореза појављује се двоструко опорезивање. Прво се опорезује добит предузећа, а други пут капитални добитак од раста цена акција.
- неопходно је укинути и порез на приходе од камата, јер се у нашим условима опорезује негативна реална каматна стопа.

Сазрели су услови за замењивање мешовитог система опорезивања дохотка грађана синтетичким односно глобалним годишњим порезом.

XII

Констатована је слаба заштита потраживања. Због високе ненаплативости одобрених кредитита, велики број банака, укључујући и највеће, отишао је у ликвидацију.

ЗПП и ЗИП нису били прилагођени заштити потраживања и због дугог трајања поступка наплате потраживања нису могли да постигну своју сврху.

Најважније средство обезбеђивања кредита у тржишним привредама – хипотека, у нашим условима је било крајње неефикасно. Ни ручна залога није лако остварива. Лично обезбеђење је било једино ефикасно средство обезбеђења банковних кредита. Наш ЗОО предвиђа и залагање потраживања као средство обезбеђења, али ни овај облик не представља довољан ослонац за кредитну делатност банака. У складу са прописима ЕУ, требало би у нашем законодавству предвидети могућност залагања финансијских инструмената високе ликвидности. Тиме би се убрзала наплата потраживања и одвијање платног промета.

Повратак поверења у наше банкарство претпоставља и изградњу конзистентног система за заштиту депозита. Неопходно је и усавршавање управног правног надзора над банкама, које је у надлежности НБС.

Скренута је и пажња на опасност од уплатиња власти у рад банака. Мешање државе у кадровска решења у банкама отежава враћање поверење у наш банковни и финансијски систем.

Ускоро излази из штампе

ВОДИЧ
за читање
ЗАКОНА О ПРИВРЕДНИМ ДРУШТВИМА
аутора проф. др Мирка Васиљевића

Основни садржај:

- | | |
|---|--|
| - оснивање | - предузетник |
| - регистрација | - ортачко друштво |
| - управљање | - командитно друштво |
| - капитал | - друштво с ограниченом одговорношћу |
| - одговорност | - акционарско друштво (отворено и затворено) |
| - статус ортака, чланова и акционара | - повезивање привредних друштава |
| - права мањинских и несагласних чланова и акционара | - статусне промене привредних друштава |
| | - промене правне форме привредних друштава |
| | - пререгистрација и прелазне одредбе |

Закон - 457 чланова

Водич - око 600 страна

Издавач: Удружење правника у привреди Србије и Црне Горе,
Београд, Трг Николе Пашића 1/II
тел/факс 323-4985 • e-mail udruzpip@eunet.yu
текући рачун: 355-1028874-46 Војвођанска банка Филијала Београд

НАРУЦБЕНИЦА

Фирма/Име и презиме:.....

Адреса:.....

Тел/факс:

Број примерака:

Цена: 2.500,00 дин. до изласка из штампе, односно 3.000,00 дин. по изласку из штампе. За наруџбу више од пет књига одобравамо попуст 10% по примерку

Начин плаћања (заокружити) вирмански

готовински

Књиге шаљемо по пријему уплате. Доказ о уплати са наруџбеницом послати на факс: 011/323-4985

У 2004. **М.П.**

потпис наручиоца

САДРЖАЈ

Чланци

<i>Klaus J. Hopt</i>	Модернизација компанијског права и унапређење корпоративног управљања у ЕУ3
<i>Jürgen Basedow</i>	Право конкуренције у глобализованој економији – од екстратериторијалне примене до хармонизације18
<i>Reinhard Zimmerman</i>	Начела европског уговорног права35
<i>Зоран Арсић</i>	Одговорност за садржину проспекта75
<i>Небојша Јовановић</i>	Мањкавости српског правног режима преузимања акционарских друштава84
<i>Боса Ненадић</i>	Отворена питања финансирања надлежности Државне заједнице Србија и Црна Гора102
<i>Радомир Бусарац</i>	Конзорцијум као купац друштвеног капитала у поступку приватизације116
<i>Вук Радовић</i>	Стечај над имовином предузетника према усвојеном Закону о стечајном поступку123

Прилози

<i>Наталија Петровић</i>	Осигурања ревизора од одговорности141
Међународно пословно право	
	Решавање међународних спорова160
	Међународна регулатива163
	Из упоредног права166
	Из домаћег права пословања са иностранством169
	За документацију174
	Глосар177

Судска пракса

<i>Драгишица Слијећевић</i>	Сентенце Вишег трговинског суда179
<i>Милица Ђосовић-Кишић</i>	Из праксе Суда части при Привредној комори Београда196

Правна пракса

<i>Снежана Вујиновић</i>	Мишљења Министарства за рад и запошљавање200
	Поруке XII конгреса правника у привреди СЦГ208

LAW AND ECONOMY Number 9-12/2004. Year XLI

C O N T E N T

Articles

<i>Klaus J. Hopt</i>	Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the EU	3
<i>Jürgen Basedow</i>	Competition Policy in a Globalized Economy: From Extraterritorial Application to Harmonisation	18
<i>Reinhard Zimmermann</i>	The Principles of European Contract Law	35
<i>Zoran Arsić</i>	Liability for the Content of Prospect	75
<i>Nebojša Jovanović</i>	The Serbian Law's Loopholes in Regulating Takeover of Companies	84
<i>Bosko Nenadnić</i>	The Questions about Financing Jurisdictions of the State Union of Serbia and Montenegro	102
<i>Radomir Busarac</i>	Consortium as a Buyer of the Social Capital in the Privatization Process	116
<i>Vuk Radović</i>	Sole Proprietorships' Bankruptcy according to the newly adopted Bankruptcy Procedure Code .	123

Contributions

<i>Nataša Petrović</i>	Auditor's Liability Insurance	141
------------------------	-------------------------------------	-----

International Business Law

International Disputes Settlements.....	160
International Regulations	163
A Section from Comparative Law.....	166
A Section from Domestic Foreign Business Law	169
For Documentation.....	174
Glossar	177

Judicial Practice

<i>Dragiša Slijepčević</i>	Excerpts from the Higher Commercial Court decisions ..	179
----------------------------	--	-----

Milica Čosović-Kitić

Practise of the Belgrade Commercial Chamber's Court of Honour	196
--	-----

Legal Practice

<i>Snežana Vujičević</i>	Opinions of the Ministry of Labor and Employment ..	200
--------------------------	---	-----

Recommendations from the XII Congress of Commercial Lawyers in Serbia & Montenegro	208
---	-----

UDK 347.7

YU ISSN 0354-3501

ПРАВО И ПРИВРЕДА
ЧАСОПИС ЗА ПРИВРЕДНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БРОЈ 9-12/2004./Година XLI
Београд

Главни и одговорни уредник
Мирко Васиљевић

Уредник
Мирослав Пауновић

Редакција

Зоран Арсић, Мирко Васиљевић, Радован Вукадиновић, Милица Јањушевић
(секретар), Боса Ненадић, Мирослав Пауновић, Ратомир Слијепчевић, Александар
Ћирић, Вук Радовић, Драгиша Сљепчевић

Издавачки савет

Јованка Бодирога, Михајло Велимировић, Раде Јефтић, Нермина Љубовић,
Мирослав Милетић, Небојша Јовановић, Данило Пашајлић, Витомир Поп-
овић, Дејан Поповић, Михаило Рулић, Драган Радоњић, Марко Рајчевић,
Миодраг Трајковић (председник),

Издавач
УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ
Београд, Трг Николе Пашића 1/II
тел./факс 3234-985

Технички уредник
Зоран Димић

Графичка припрема
Јелена Димић
Светозара Марковића 2, Београд

Претплата за 2004. годину износи: правна лица - 7.100 динара,
физичка лица - 3.550 динара, иностранство - 100 УС \$

Претплата се врши на текући рачун број: 355-1028874-46, Војвођанска банка,
уз назнаку:
Претплата за часопис „Право и привреда“

Излази ПЕРИОДИЧНО

Штампа „ФУТУРА“, Петроварадин

НАРУЦБЕНИЦА

Овим се неопозиво претплаћујемо на _____ примерака часописа "ПРАВО И ПРИВРЕДА" за 2004. годину по цени од 7.100,00 динара за правна лица (3.550,00 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 текући рачун број 355-1028874-46 (Војвођанска банка Београд) УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

Тел/факс 3234-985

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 СРБИЈЕ И ЦРНЕ ГОРЕ, Београд, Трг Николе Пашића 1/II

Потпис наручиоца

М.П.