

**Зборник радова са XXX Сусрета правника
у привреди Републике Србије
(Златибор, 11-14. септембар 2022. године)**

(ур. Татјана Јевремовић Петровић)

Почасни уредник

Проф. др Мирко Васиљевић, Правни факултет Универзитета у Београду, Република Србија

Уредник

Проф. др Татјана Јевремовић Петровић, Правни факултет Универзитета у Београду, Република Србија

Рецензенти

Шиме Ивањко (Правни факултет Универзитета у Марибору, Словенија)

Rainer Kulms (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка)

Christa Jessel-Holst (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Немачка)

Небојша Јовановић (Правни факултет Универзитета у Београду, Република Србија)

Драган Вујисић (Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Република Србија)

Марија Караникић Мирић (Правни факултет Универзитета у Београду, Република Србија)

Секретар

Маша Мишковић, Правни факултет Универзитета у Београду, Република Србија

Технички секретар

Милена Митровић, Институт за међународну политику и привреду, Република Србија

Издавач

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

Телефон/факс: +381 11 3234 985

Електронска адреса удружења: office@pravniciuprivredi.org.rs

Електронска адреса часописа: casopis@pravniciuprivredi.org.rs

Интернет страница: www.pravniciuprivredi.org.rs

Графичка припрема и штампа

Досије студио, Браће Недића 29, Београд

Штампа

Intermex, Београд

Технички уредник

Јован Ђорђевић

ISBN

978-86-901728-2-5

Тираж

200

Радови објављени у зборнику подлежу анонимној рецензији двоје рецензента.

Изнесени ставови у објављеним радовима не изражавају ставове уредника. Аутори преузимају правну и моралну одговорност за идеје изнесене у својим радовима.



**Зборник радова са XXX Сусрета правника
у привреди Републике Србије
(Златибор, 11-14. септембар 2022. године)**

(ур. Татјана Јевремовић Петровић)

**Зборник радова са XXX Сусрета правника
у привреди Републике Србије
(Златибор, 11–14. септембар 2022. године)**

САДРЖАЈ

Младен НИКОЛИЋ	
Уговор о хипотеци и заложна изјава као извршне исправе . . .	1
Владимир КОЗАР, Немања АЛЕКСИЋ	
Прелазак права и обавеза на стечајног управника као последица отварања стечајног поступка.	25
Вања СЕРЈЕВИЋ	
Неуређене правне последице смрти физичког лица као јединог члана и заступника друштва с ограниченом одговорношћу.	42
Рагмила ДРАГИШИЋ	
Утицај случаја „Achmea“ на положај интра-ЕУ билатералних инвестиционих уговора.	57
Милош СЕКУЛИЋ	
Одговорност пружаоца услуге са недостатком на европском нивоу и у праву Србије	73
Марија ВИЋИЋ СИМИЋ	
Територијална примена Закона о дигиталној имовини	90
Ивана ДАНИЛОВИЋ ТЕРЗИЋ, Јована МИХАИЛОВИЋ	
Особености пословања пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама кроз призму њихове делатности	108

**Collection of Papers from XXX Congress of Association
of Business Lawyers of Serbia
(Zlatibor, 11th to 14th September, 2022)**

TABLE OF CONTENTS

Mladen NIKOLIĆ

Mortgage Contract and Pledge Statement as Enforceable Documents	1
---	---

Vladimir KOZAR, Nemanja ALEKSIĆ

Transfer of Rights and Obligations to the Bankruptcy Manager as a Consequence of the Opening of Bankruptcy Proceedings . . .	25
--	----

Vanja SERJEVIĆ

The Unattended Legal Consequences of the Death of the Sole Member and Representative of a Single-Member Limited Liability Company	42
---	----

Radmila DRAGIŠIĆ

Impact of the Achmea Case on the Position of Intra-EU Bilateral Investment Agreements	57
---	----

Miloš SEKULIĆ

Liability of the Provider for the Defective Service at European Level and in Serbian Law	73
--	----

Marija VIČIĆ SIMIĆ

Territorial Application of the Law on Digital Assets	90
--	----

Ivana DANILOVIĆ TERZIĆ, Jovana MIHAILOVIĆ

Particularities of the Virtual Currency Services Providers Regarding the Nature of Their Activities	108
---	-----

УДК: 347.952 ; 347.447.6

CERIF: S 130

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2201A

Младен НИКОЛИЋ*

судија Привредног апелационог суда у Београду, Србија

УГОВОР О ХИПОТЕЦИ И ЗАЛОЖНА ИЗЈАВА КАО ИЗВРШНЕ ИСПРАВЕ

Сажетак

Чланак је посвећен уговору о хипотеци и заложној исправи као специфичним извршним исправама предвиђеним Законом о хипотеци и Законом о извршењу и обезбеђењу. Ове извршне исправе, чија је форма и садржина дејално уређена Законом о хипотеци, омогућавају повериоцу да истовремено обезбеди новчано израживање и стекне извршну исправу на основу које о доспелости израживање може намиријати у законском прописаном вансудском или изв. судском поступку. Аутор је образложио своје ставовише према том уговору о хипотеци и заложна изјава не морају бити снабдени потврдом о извршности, јер се извршности ових извршних исправа углавном утврђује из њихове садржине и битно је да је новчано израживање доспело. Наведене извршне исправе могу се подијати широм у правничном поступку, а указано је и на одређену судску праксу. Поверилац има могућности избора да се намири према правилима прописаним Законом о хипотеци или Законом о извршењу и обезбеђењу, али истиоји ограничење до којих момента то може учинити.

Кључне речи: Уговор о хипотеци. – Заложна изјава. – Извршна исправа. – Извршност. – Намирење.

* Електронска адреса аутора: mladen.nikolic@pa.sud.rs.

І Увод

Поверилац новчаног потраживања има за циљ да потраживање наплати са што мање трошкова и у најкраћем могућем периоду након доспелости потраживања. Дужник своју обавезу може испунити у свему како она гласи одмах по доспелости, чиме се избегавају додатни трошкови и штеди време, али се ипак се често дешава да ће поверилац бити у ситуацији да иницира поступак пред судом како би издејствовао одлуку на основу које би намирио своје потраживање. Уколико је поверилац принуђен да се обрати суду, онда постоје два пута, односно две процесне ситуације. Једна је да, уколико поседује веродостојну исправу, поднесе предлог за извршење на основу веродостојне исправе, а други, да уколико не поседује веродостојну исправу – поднесе тужбу надлежном суду и у парничном поступку издејствује извршну исправу против туженог. И један и други пут у циљу остварења новчаног потраживања подразумева излагање трошковима, често и дуг период који је потребан да би се издејствовала жељена одлука. Треба напоменути да се, уколико је у питању поступак извршења који се иницира на основу веродостојне исправе, у пракси најчешће догађа да се тај поступак настави у парници као поводом приговора на платни налог. Тада следи процедура у свему у складу са одредбама Закона о парничном поступку.¹

Поставља се питање на који начин би поверилац могао намирити потраживање са што мање трошкова и у краћем временском периоду, а да при том буде готово сигуран да ће из тачно одређене имовине дужника моћи и намирити новчано потраживање. Одговор на ово питање био би да је потребно да поверилац поседује исправу путем које би истовремено обезбедио своје новчано потраживање, али и да та исправа омогућава да без вођења парничног поступка приступи намирењу потраживања. Пре доношења Закона о хипотеци,² поверилац је имао могућност да подношењем заједничког предлога са дужником пред надлежним судом постигне споразум о заснивању заложног права – било на непокретности, било на покретним стварима дужника. Овај институт је први пут уведен на нашим просторима у тадашњој СФРЈ 1991. године.³ Поступак се иницирао заједничким предлогом странака пред надлежним судом, а извршење се такође спроводило пред надлежним судом. У периоду до доношења Закона о хипотеци постојала

1 Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 55/14, 87/18 и 18/20.

2 Закон о хипотеци – ЗХ, *Службени гласник РС*, бр. 115/05, 60/15, 63/15 – одлука УС и 83/15.

3 Закон о извршном поступку, *Службени лист СФРЈ*, бр. 70/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90 и 35/91, чл. 251а–251ђ.

је искључива надлежност суда, како у фази у којој се доносе извршне исправе, тако и у фази поступка извршења. Доношењем Закона о хипотеци започела је децентрализација, односно измештање одређених поступака из искључиве надлежности суда. Аргументи су били растерећење суда, али и истовремено постизање веће ефикасности у заштити права поверилаца. Децентрализација, или како неки кажу „развлашћивање суда“, настављена је и увођењем извршитеља (данас јавни извршитељи) у правни систем Републике Србије, што је уследило 2011. године,⁴ као и увођењем јавних бележника.⁵

Можемо приметити да су измене које су уследиле у правном систему Републике Србије и у законима који регулишу дужничко-поверилачке односе уско повезане са променом друштвено-економског уређења државе, односно са транзицијом која је, изгледа, још увек у току. Од самоуправног социјалистичког система у коме је доминирала друштвена својина, и у коме је она била изузетно заштићена, као што је био и пренаглашено заштићен положај дужника у поступку извршења, постепено се дошло до ситуације у којој су наглашено заштићена права поверилаца. Утисак је да су страни инвеститори у многото допринели постојећој ситуацији. Актуелни Закон о извршењу и обезбеђењу⁶ и Закон о хипотеци најбоље осликавају до које позиције су дошли како повериоци новчаног потраживања, тако и дужници тог потраживања.

II Извршне исправе

Услов да би поверилац новчаног потраживања могао кренути и у фактичку реализацију свог потраживања јесте да поседује извршну исправу (немамо у виду веродостојну исправу) према извршном дужнику. Закон о извршењу и обезбеђењу је матични закон када је у питању материја извршења и прописује које су то извршне исправе.⁷ Осим што наведена норма таксативно набраја поједине извршне исправе, она садржи и одредбу која упућује на то да извршна исправа може бити предвиђена и другим законом. „Извршна исправа је појединачни правни акт на основу кога се може према закону тражити принудно

4 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 99/11 – др. закон, 109/13 – одлука УС, 55/14 и 139/14.

5 Закон о јавном бележништву, *Службени гласник РС*, бр. 31/11, 85/12, 19/13, 55/14 – др. закон, 121/14, 6/5 и 106/15.

6 Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Службени гласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – аутентично тумачење, 113/17 – аутентично тумачење, 54/19 и 9/20 – аутентично тумачење.

7 ЗИО, чл. 41.

извршење. Извршном исправом се на веродостојан начин утврђује стварна легитимација извршног повериоца и извршног дужника, постојање и обим потраживања и његова доспелост.⁸ Одредница из члана 41 да су исправе које су предвиђене и другим законом извршне исправе оставља могућност да се круг извршних исправа значајно прошири.⁹

„Након доношења Закона из 1978. године препознајемо интенцију законодавца да се број извршних исправа повећава. У том смислу, свака нова измена извршног законодавства углавном је повећавала број извршних исправа, али се никада није потпуно јасно определила за неко од уобичајених решења (или набрајање свих извршних исправа, или коришћење универзалног модела у коме се правила извршног права примењују на све одлуке које су, пак, подобне за судско извршење).“¹⁰

Да би извршна исправа била перфектна, осим што треба да наступи извршност чинидбе која је наложена дужнику из исправе, она мора бити и подобна за извршење.¹¹ Подобност подразумева да су у извршној исправи јасно назначени извршни поверилац и извршни дужник, те предмет, врста и обим испуњења обавезе. Из наведеног следи закључак да само кондемпнаторне – обавезујуће извршне исправе јесу и подобне за извршење. Кад анализирамо извршне исправе које су таксативно наведено у члану 41 Закона о извршењу и обезбеђењу, уочићемо да одређени број извршних исправа доносе државни органи (судска одлука, судско поравнање, одлука у прекршајном или управном поступку и управно поравнање, с тим да у управном поступку она гласи само на новчану обавезу, одлука Уставног суда којом је усвојен захтев подносиоца уставне жалбе на накнаду штете) или да је реч о исправама које представљају диспозицију странака (извод из Регистра залогe и извод из Регистра финансијског лизинга, уговор о хипотеци и заложна изјава, јавнобележничке исправе које имају снагу извршне исправе, споразум о решавању спора путем посредовања који испуњава услове одређене законом којим се уређује посредовање у решавању спорова). План реорганизације у стечајном поступку чије усвајање решењем потврђује суд је специфичан, јер иако је реч о уговору којим на нов начин стечајни дужник и повериоци уређују своје односе, да би план реорганизације стекао својство извршне исправе – неопходно је да га потврди суд као државни орган.

8 Младен Николић, Небојша Шаркић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, треће издање, Београд, 2021, 128.

9 Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 113/17 и 95/18 – аутентично тумачење, чл. 121.

10 М. Николић, Н. Шаркић, 131.

11 ЗИО, чл. 47.

Осим што извршни поверилац треба да поседује перфектну извршну исправу, неопходно је да у циљу намирења свог потраживања иницира извршни поступак. Поступак извршења иницира се предлогом за извршење чија је садржина када је у питању извршна исправа детаљно уређена Законом о извршењу и обезбеђењу.¹² „Предлог за дозволу извршења је формални акт, те у том смислу не постоји могућност било каквог одступања од предлога за дозволу извршења у односу на извршну исправу.“¹³

III Форма и садржај уговора о хипотеци и заложне изјаве

„Почетком примене ЗХ у фебруару 2006. године у српско право је унета и извршна вансудска хипотека, која повериоцу омогућава не само да не мора да води парнични поступак у којем би се утврђивало да ли власник оптерећене непокретности мора да трпи намирење обезбеђеног потраживања и цене постигнуте њеном продајом, већ да не мора да води ни судски извршни поступак ради продаје непокретности и реализације намирења.“¹⁴

Форму и садржај уговора о хипотеци и заложне изјаве регулише матични закон – Закон о хипотеци, али се за судски поступак намирења мора имати у виду и Закон о извршењу и обезбеђењу. Извршна исправа је формалан појединачни правни акт, што пре свега значи да мора бити сачињен у писаној форми. То важи и за уговор о хипотеци и за заложну изјаву. Да је писана форма обавезна проистиче како из одредби Закона о хипотеци, тако и из одредби Закона о извршењу и обезбеђењу.¹⁵

Закон о хипотеци дефинише уговор о хипотеци као уговор између власника непокретности и повериоца којим се власник непокретности обавезује да у корист повериоца заснује хипотеку ради намирења обезбеђеног потраживања на начин прописан законом. Уговор о хипотеци се обавезно закључује у форми јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Заложна изјава, односно једнострана хипотека настаје на основу изјаве воље власника непокретности. Власник непокретности се једнострано обавезује да у корист повериоца заснује хипотеку ради намирења обезбеђеног потраживања на начин прописан законом. Заложна изјава такође мора бити сачињена у форми јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе.

12 ЗИО, чл. 59.

13 Боривоје Познић, *Грађанско-процесно право*, Београд, 1981, 4, 29.

14 Милош Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретности*, Београд, 2010, 161.

15 ЗХ, чл. 15 ст. 1; ЗИО, чл. 59 ст. 2.

„Јавнобележнички акти и њихови отправци представљају јавне исправе ако су сачињени у форми прописаној законом. Дакле, да би јавнобележнички акт имао значај јавне исправе, он мора бити а) донет од стране јавног бележника носиоца јавнобележничке службе, б) донет у оквиру овлашћења поверених јавном бележнику, и в) донет у прописаној форми, а то значи да приликом његовог састављања мора бити задовољена законска форма, обавезни садржај конкретног јавнобележничког акта и поступак за сачињавање таквог акта. Сматрамо битним да нагласимо да и приватне исправе о правном послу уз испуњавање прописаних законом законских услова, потврђивањем од стране јавног бележника добијају доказну снагу јавне исправе / солемнизација/.“¹⁶

Садржина уговора о хипотеци и заложне изјаве регулисана је на јединствен начин. Закон о хипотеци јасно прописује да уговор о хипотеци, односно заложна изјава која није дата у форми коју закон прописује и која нема садржај који овај закон прописује нема снагу извршне исправе.¹⁷ Хипотека настаје уписом у надлежни регистар непокретности. Заснивањем хипотеке, поверилац пре свега обезбеђује своје новчано потраживање и стиче могућност да новчано потраживање намири из цене остварене продајом непокретности. „Обезбеђујућа функција, као одраз законом прописане обезбеђујуће сврхе залог, остварује се посредством начела акцесорности, као и посредством многих других појединачних правила инспирисаних овом функцијом, као што су, примера ради, ограничење приговора застарелости на камату и трошкове обезбеђеног потраживања (а не и на главницу), изостанак смањења обезбеђеног потраживања у случају стечаја дужниковог и у случају смрти презадуженог дужника, посебна овлашћења заложног повериоца у случају смањења вредности предмета залог, радњама власника заложене ствари итд.“¹⁸ Закон о извршењу и обезбеђењу, одређујући да су уговор о хипотеци и заложна изјава извршне исправе, додатно упућује да морају бити закључени, односно дати у форми коју одређује Закон о хипотеци са садржином коју тај закон предвиђа, али и да морају бити уписани у Катастар непокретности као извршна вансудска хипотека. „Упис у Катастар непокретности је, дакле, као и упис других права на основу правног посла, каузалан, јер његово дејство – стицање хипотеке зависи од пуноважности правног посла који је основ тог стицања. Три су услова за стицање: да се стиче од лица за заснивање хипотеке, да је

16 Катарина Доловић, „Улога јавног бележника код заложног права на непокретности“, *Сјрани љравни живој*, бр. 2/2010, 297.

17 ЗХ, чл. 12 и чл. 15.

18 Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење љоћраживања: Књига I*, Београд, 2015, 29.

правни посао заснивања пуноважан и да се хипотека упише у Регистар непокретности.¹⁹

Предмет хипотеке, како је изричито прописано,²⁰ може бити и објекат у изградњи, као и посебан део објекта у изградњи (стан, пословне просторије, гаража и др.), без обзира на то да ли је већ изграђен, под условом да је издато правноснажно одобрење за градњу у складу са законом којим се уређује изградња објеката. „Наше је мишљење да је могућност хипотековања објекта у изградњи и посебног дела објекта у изградњи на начин који предвиђа ЗХ у основи аномалија нашег хипотекарног права, проузрокована неким другим аномалијама нашег стварног права, и да је зато треба разумети као привремено решење.“²¹ Нажалост, наведено решење за које цитирани аутори с правом износе становиште да је требало бити привремено, је потрајало и актуелно је и данас. Хипотека на објекту у изградњи, а то мишљење дели и аутор чланка, заиста јесте аномалија нашег хипотекарног права. Ова могућност је била искоришћавана у циљу злоупотребе и преварних радњи и имала је за последицу низ судских спорова (продаја станова док је објекат у изградњи).

За правни посао којим се врши уступање обезбеђеног потраживања такође је неопходна прописана форма и садржина. „Потраживање обезбеђено хипотеком може се уступити на основу уговора о потраживању закљученог између повериоца и лица коме се потраживање уступа. Уступање потраживања /цесија/ је промена повериоца у облигационом односу на основу уговора о уступању потраживања. Због акцесорности хипотеке и уговора о уступању потраживања, у смислу преноса права и обавезе код хипотеке, мора обавезно садржати и клаузулу о преносу хипотеке на лице коме се потраживање уступа, да би овај уговор могао да производи правно дејство.“²²

У овом делу, треба указати на то да се правна ваљаност уговора о хипотеци и заложне изјаве може побијати тужбом и у пракси судова су такви случајеви присутни. У једном случају у спору са иностраним елементом тужиоци су захтевали утврђење ништавости заложне изјаве уз тврдњу да је основни посао из кога је проистекла заложна изјава ништав. Привредни апелациони суд одлучујући о жалби, а након одржане расправе пред другостепеним судом, и прибављања меродавног права Краљевине Холандије утврђујући ништавост заложне изјаве закључује да ништавост уговора о зајму као основа за давање заложне изјаве, и

19 *Ibid.*, 243.

20 ЗХ, чл. 3 тач. 6

21 Д. Хибер, М. Живковић, 240.

22 К. Доловић, 303.

тима касније заснивање заложног права, за собом повлачи и ништавост спорних заложних изјава. Спорне заложне изјаве дате су у циљу обезбеђења недоказаног (непостојећег) потраживања при чему је у погледу заложних изјава меродавно право Републике Србије, па су исте ништаве сагласно одредби члана 103 Закона о облигационим односима, јер су засноване на ништавом правном послу – уговорима о зајму и дате за непостојеће потраживање поверилаца. Другостепени суд, полазећи од навода тужених да суд Републике Србије не може решавати као претходно питање правну ваљаност спорних уговора о зајму који су закључени у складу са меродавним правом Краљевине Холандије не прихвата ове наводе и закључује да јесте надлежан да решава претходно питање које је од значаја за одлуку о захтеву тужиоца и за решавање тог претходног питања које је од значаја само за предметну парницу. Другостепени суд је током расправе прибавио меродавно право Краљевине Холандије и утврдио да су ништави спорни уговори о зајму који су били основ за давање заложне изјаве.²³

У другој одлуци Привредни апелациони суд преиначава првостепену пресуду којом је утврђена ништавост заложне изјаве, те одбија тужбени захтев тужиоца налазећи да предметна заложна изјава није ништава. Другостепени суд полазећи од одредбе члана 103 став 1 Закона о облигационим односима закључује да је услов да би неки правни посао или уговор био ништав да је противан принудном пропису, јавном поретку или добрим обичајима. У конкретном случају, заложна изјава је дата од власника непокретности у корист хипотекарног повериоца, извршен је упис хипотеке у његову корист, а заложна изјава дата од стране тужиоца је ваљана и из разлога јер је давању те изјаве претходно уследила одлука надлежних органа тужиоца, о чему су упознати сви учесници предметног правног посла због чега иста није супротна члану 2 Закона о хипотеци. Даље, другостепени суд закључује да предметна заложна изјава као једнострана хипотека је сачињена у свему у складу са одредбом члана 14 у вези са чланом 9 и 10 Закона о хипотеци, сачињена од стране власника непокретности, дата у корист хипотекарног повериоца, те дакле није противна јавном поретку, императивним прописима, нити добрим обичајима. Другостепени суд је имао у виду да правна ваљаност уговора о зајму који је претходио заложној изјави није доведена у питање, јер је у том делу тужбени захтев правноснажно одбијен.²⁴

Привредни апелациони суд, поступајући по жалби тужиоца изјављеној против пресуде првостепеног суда којом је одбијен тужбе-

23 Пресуда Привредног апелационог суда Пж 3536/15 од 14. 3. 2016. године; пресуда Врховног касационог суда Прев 176/16 од 24. 11. 2016. године.

24 Пресуда Привредног апелационог суда Пж 5518/18 од 24. 10. 2018. године.

ни захтев тужиоца да се утврди ништавост заложне изјаве, одбијајући жалбу тужиоца закључује да је за правну ваљаност предметне заложне изјаве релевантно да ли је лице које је дало заложну изјаву у моменту давања заложне изјаве било уписано као власник непокретности на којима је успостављена хипотека. Та чињеница је од стране првостепеног суда правилно утврђена, јер је хипотекарни поверилац савесно лице с обзиром на то да се у моменту давања заложне изјаве и уписа хипотеке у Катастру поуздао у јавне књиге и податке из њих, а из јавних књига је произлазило да је давалац заложне изјаве власник 1/1 предметних непокретности, те да не постоје било какве забележбе, па ни забележба спора. Чињеница да је Катастар непокретности касније уписао забележбу спора не може утицати на савесност хипотекарног повериоца.²⁵

IV Извршност уговора о хипотеци и заложне изјаве – формални легалитет

1. Извршност уговора о хипотеци и заложне изјаве

Опште је правило да судске одлуке, одлуке прекршајних и управних органа, као и поравнања закључена пред судом или управним органом (када гласи на новчано потраживање), као и друге извршне исправе предвиђене законом да би имале својство извршне исправе морају постати извршне. „Извршност је својство неке исправе да се на темељу ње може тражити принудно остварење потраживања, које је у њој утврђено.“²⁶ Када су у питању одлуке донете у судском поступку, извршности треба да претходи правноснажност те одлуке, осим уколико је реч о одлукама за које закон прописује да жалба нема суспензивно дејство. Извршности одлуке која је донета у управном поступку (која гласи на новчано потраживање) по правилу претходи коначност. Извршност наступа протеком парижонског рока, односно рока за добровољно испуњење обавезе. У случају поравнања, било закљученог пред судом или пред управним органом, обавеза из такве извршне исправе мора бити доспела да би поравнање било извршно. Када извршни поверилац предложи извршење на основу судске одлуке, као извршне исправе, онда та извршна исправа уколико се предлог подноси суду који није одлучивао о потраживању у првом степену мора бити снабдевена потврдом о извршности. Такву потврду о извршности издаће суд који је одлучивао о потраживању у првом степену. Са друге стране, извршност судског

25 Пресуда Привредног апелационог суда Пж 10236/21 од 19. 1. 2022. године.

26 Siniša Triva, Velimir Belajac, Mihajlo Dika, *Sudsko izvršno pravo: Opći dio*, Zagreb, 1980, 118.

поравнања као извршне исправе, односно доспелост потраживања из такве извршне исправе доказује се записником о судском поравнању или јавном или по закону овереном исправом.

„Извршност је квалитативно својство одређене исправе на основу које се може тражити принудно извршење потраживања које је у њој утврђено. Сходно томе, извршност представља суштинско унутрашње својство извршне исправе, односно својство које у суштини одређеној исправи даје могућност да се на основу ње принудним путем може остварити потраживање које је у њој утврђено.“²⁷

Уговор о хипотеци и заложна изјава јесу специфичне извршне исправе. Реч је о извршним исправама којима није претходио неки други поступак и одлука неког државног органа. Ове извршне исправе су резултат дозвољене диспозиције дужника, односно дужника и повериоца и оне настају вољом ових лица у вансудском поступку. Имајући наведено у виду, у даљем тексту посебну пажњу посветићемо извршности уговора о хипотеци и заложној изјави.

Није спорно да и уговор о хипотеци и заложна изјава морају постати извршне како би поверилац могао основано приступити вансудском или судском поступку намирења. Полазећи од правне природе уговора о хипотеци и заложне изјаве, поставља се питање да ли морају бити снабдевене и потврдом о извршности пре иницирања поступка. Када је поверилац из уговора о хипотеци или заложне изјаве изабрао вансудски поступак намирења, онда је овлашћен да о доспелости новчаног потраживања упути опомену у писаној форми заложном дужнику, чиме се иницира поступак вансудског намирења. Нема потребе за потврдом о извршности. Уколико се определио за поступак извршења који је регулисан Законом о извршењу и обезбеђењу (тзв. судски поступак намирења), може се поставити питање да ли је у том случају неопходно да уговор о хипотеци или заложна изјава буду снабдевени потврдом о извршности. Мишљење аутора је да не би требало да буду снабдевене потврдом о извршности, него да се извршност ових извршних исправа утврђује из њихове садржине, односно оне су извршне уколико је новчано потраживање из ових извршних исправа и доспело. За разлику од нпр. судске одлуке која садржи и партициони рок који мора протећи да би након (по правилу) правноснажности одлука постала извршна или мора протећи и када правни лек не задржава извршење, у уговору о хипотеци и заложној изјави немамо партициони рок. У овим извршним исправама уговорне стране, када је у питању уговор о хипотеци, или заложни дужник, уколико је у питању заложна изјава, назначавају када

27 Владимир Црњански, *Извршности јавнобележничкој записи*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2018, 108.

новчано потраживање повериоца доспева, тј. када zaloжни дужник треба да испуни своју новчану обавезу. С обзиром на специфичност ових извршних исправа, нити имамо правни лек, нити имамо посебно достављање ових извршних исправа странкама, за разлику од нпр. судских одлука које се достављају странкама, односно пуномоћницима и парижони рок се рачуна у случају жалбеног поступка од уредног достављања другостепене одлуке, а у случају изостанка жалбе од дана уредног достављања првостепене одлуке странци или пуномоћнику. Може протећи значајан период до уредног достављања, и тиме почетка тока парижонског рока. Зато је неопходно да суд, полазећи од наведеног, утврди да ли је наступила извршност, те ако јесте – изда потврду о извршности.

Уговор о хипотеци, када је у питању доспелост новчаног потраживања повериоца, према мишљењу аутора, најближи је правној природи поравнања које се закључује пред судом, али на које се не ставља потврда о извршности, него се извршност поравнања утврђује из садржине самог поравнања, тј. из записника о поравнању. Стога се, по мишљењу аутора, и извршност уговора о хипотеци или zaloжне изјаве утврђује из садржине наведених извршних исправа. Овде се морамо осврнути на одредбу члана 44 став 2 Закона о извршењу и обезбеђењу. Одредба има наслов „Потврда о извршности одлуке“, али морамо приметити да јавни бележник када је у питању уговор о хипотеци и zaloжна изјава не доноси одлуку; уговор о хипотеци се закључује, односно zaloжна изјава се даје најчешће у форми јавнобележничког записа. Дакле, како нема одлуке јавног бележника (осим ако одбија предлог странака), одредбе из става 2 члана 44, да на предлог странке потврду о извршности издаје суд или други орган који је донео извршну исправу у првом степену или јавни бележник тако што потврду ставља на извршну исправу, пре свега не одговарају садржини наслова тог члана, и према мишљењу аутора у наведену норму је јавни бележник уврштен без ваљаног законског основа. Даље, када је у питању одредба из члана 43 става 3 Закона о извршењу и обезбеђењу која гласи да се извршност управне одлуке цени према правилима управног поступка, а извршност јавнобележничке исправе која има снагу извршне исправе – према закону којим се уређује јавно бележништво, треба имати у виду следеће: јавни бележник према одредби члана 4 тачке 1 наведеног закона је овлашћен да саставља, оверава и издаје јавне исправе о правним пословима, изјавама и чињеницама на којима се заснивају права и оверава приватне исправе. За нас је од свих врста јавнобележничких исправа које састављају јавни бележници, пре свега битан јавнобележнички запис јер одредба члана 15 става 1 Закона о хипотеци, између осталог, прописује да се уговор о хипотеци, односно zaloжна изјава закључује

или даје у форми јавнобележничког записа. Закон о јавном бележничштву даље у одредби члана 7 јавнобележничкој исправи, која је сачињена и издата по том закону, даје снагу јавне исправе, али и прописује да је она извршна у случајевима предвиђеним законом. Уговор о хипотеци и заложна изјава сачињавају се управо у облику јавнобележничког записа као што је наведено, али и под условом да садржи изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу наведеног уговора о хипотеци, односно заложној изјави може ради остварења дуговане чинидбе по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење – било судским, било вансудским путем. Овде долазимо и до одредбе члана 85 Закона о јавном бележничштву, која је за нас најзначајнија. Та одредба регулише извршност јавнобележничког записа, па се у ставу 1 поново наглашава да у таквом запису мора бити утврђена одређена обавеза на чинидбу, затим мора садржати изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу исправе ради остварења дуговане чинидбе по доспелости обавезе непосредно може спровести принудно извршење, при чему и одредбе става 3 наведеног члана поново говоре да је услов за захтевање извршења доспелост чинидбе. „Јавнобележнички запис има значај извршне исправе ако је у њему утврђена одређена обавеза на чинидбу о којој се странке могу споразумети и уколико садржи изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу њега, а ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе, може непосредно покренути поступак принудног извршења.“²⁸ Могуће је да обавеза зависи од неког услова или истека рока који није календарски одређен за извршност и тада се извршност доказује јавном исправом или исправом на којој је оверен потпис повериоца, а ако то није могуће правноснажном парничном пресудом којом треба утврдити да је услов наступио, односно да је рок истекао. Коначно, у одредби члана 85 става 6 Закона о јавном бележничштву (која је по мишљењу аутора непотребна када су у питању уговор о хипотеци или заложна изјава), прописано је да у случајевима када је јавнобележнички запис извршна исправа, јавни бележник, на захтев странке, сам ставља потврду о извршности на исправу. Постоји супротно мишљење: „Доследно томе, да би се могло одредити извршење на основу непосредно извршеног јавнобележничког записа у складу са општим режимом наше извршне процедуре, нужно је да јавни бележник претходно стави потврду о извршности на јавнобележнички запис (наравно у питању је један од кумулативних услова који се процењује приликом доношења решења о извршењу).“²⁹

Већ је назначено која је разлика између нпр. одлуке суда, конкретно пресуде донете у парничном поступку у погледу њене извршности

28 *Ibid.*, 151.

29 *Ibid.*, 191.

и издавања потврде о извршности – коју издаје суд након истека парационог рока и по правилу правноснажности пресуде, и извршности уговора о хипотеци и заложне изјаве. Јасно се може уочити из горе цитираних одредби Закона о јавном бележничтву да се, када је у питању јавно бележнички запис као извршна исправа, прописује као услов за извршност доспелости чинидбе. Стога, треба указати на разлику када је у питању доспелост потраживања као услов да поверилац може поднети тужбу против дужника, јер уколико утужи недоспело потраживање, а потраживање не доспе ни у току првостепене парнице, тужбени захтев ће бити одбијен као преурањен. Уколико утужи доспело потраживање и уколико суд донесе одлуку којом ће нпр. обавезати туженог као дужника да исплати новчано потраживање, онда је услов за извршност по правилу правноснажност одлуке суда, али и протек парационог рока. Можемо видети разлику када је у питању доспелост као услов за утужење и парациони рок од чијег протека зависи извршност. Зато није случајно да Закон о јавном бележничтву као услов за извршност јавнобележничког записа, а тиме и уговора о хипотеци и заложне изјаве, прописује доспелост чинидбе. Стога у овом случају доспелошћу чинидбе истовремено наступа и извршност и то се утврђује из садржине уговора о хипотеци или заложне изјаве, па стављање потврде извршности од стране јавног бележника на уговор о хипотеци или заложну изјаву није потребно. Имајући наведено у виду, одредба члана 44 става 2 Закона о извршењу и обезбеђењу, као и одредба члана 85 става 6 Закона о јавном бележничтву које регулишу издавање, односно стављање потврде на јавнобележнички запис као извршну исправу могу бити оправдано критиковане, и по мишљењу аутора су сувишне. Код уговора о хипотеци и код заложне изјаве је довољно прописати да се извршност утврђује из садржине наведених извршних исправа, и то тако што постају извршне када доспе потраживање.

2. Формални легалитет

Формални легалитет као једно од основних начела извршног поступка регулисано је одредбом члана 5 Закона о извршењу и обезбеђењу, тако што је у ставу 1 прописано да су при одлучивању о предлогу за извршење суд и јавни извршитељ везани извршном и веродостојном исправом, док према ставу 2 суд није овлашћен да испитује законитост и правилност извршне исправе. Иако то није прописано, наравно да ни јавни извршитељ није овлашћен да испитује законитост и правилност извршне исправе. Зашто је формални легалитет значајан и у случају када се одлучује о предлогу за извршење на основу уговора о хипотеци или на основу заложне изјаве? Значајан је јер суд када одлучује о таквом

предлогу мора, уколико су испуњени законом прописани услови, донети решење о извршењу, и то у свему сагласно извршној исправи, што пре свега подразумева да се не може одступити од висине новчаног потраживања, од средства плаћања, односно валуте на коју гласи, предвиђене затезне камате, с тим што наравно извршни поверилац може тражити мање од онога што је предвиђено уговором о хипотеци или заложној изјави, али никако више или другачије него што је предвиђено наведеним извршним исправама. Извршни суд уговор о хипотеци или заложну изјаву може испитивати само у погледу њене форме у којој мора бити сачињена, али и у погледу садржине која је прописана законом, како би утврдио да ли имају својство извршне исправе.³⁰

Треба указати и на следеће, иако није у непосредној вези са начелом формалног легалитета. С обзиром на то да се према одредби члана 41 става 3 Закона о извршењу и обезбеђењу на основу уговора о хипотеци и заложне изјаве извршење може спровести само на предмету заложног права, онда је неопходно да у овим извршним исправама непокретност буде јасно и прецизно идентификована, и то у свему у складу са стањем у Катастру, јер у супротном уколико непокретност није довољно и прецизно идентификована или уколико се идентификација непокретности, како је наведено у уговору о хипотеци и заложној изјави, не подудара са идентификацијом из стања у Катастру (лист непокретности се обавезно прилаже уз предлог за извршење и извршну исправу) – суд може одбити предлог за извршење.

Један од разлога за усвајање жалбе извршног дужника у ситуацијама када је извршење одређено на основу заложне изјаве јесте и да приликом одређивања извршења првостепени суд није поступио у складу са начелом формалног легалитета. Привредни апелациони суд у неколико одлука усвајајући жалбу извршног дужника закључује да се на основу заложне изјаве као извршне исправе могло одредити извршење на непокретности само за оно потраживање за које је заложно право стечено, и за које извршни поверилац поседује извршну исправу или се могло одредити само за онај износ који је уписан као износ извршне вансудске хипотеке у Катастар непокретности. Привредни апелациони суд стога за износе који нису у складу са извршном исправом преиначава првостепено решење о извршењу у делу за те износе и у том делу одбија предлог за извршење.³¹

Привредни апелациони суд у једној другој одлуци, водећи рачуна по службеној дужности о правилној примени материјалног права,

30 ЗИО, чл. 74 ст. 1, чл. 78 ст. 3.

31 Решење Привредног апелационог суда Иж 1237/19 од 15. 8. 2019. године; Решење Привредног апелационог суда Иж 560/20 од 23. 7. 2020. године.

преиначава првостепено решење којим је одређено извршење, обуставља поступак извршења и одбија предлог из разлога јер је заложна изјава дата и извршна хипотека конституисана ради обезбеђења потраживања повериоца у износу од 40.000,00 евра са каматном стопом од 7,5% на годишњем нивоу, а поднетим предлогом за извршење поверилац је тражио да се извршење одреди ради наплате новчаног потраживања од 10.283.016,66 динара са законском затезном каматом рачунатом од 30. 10. 2020. године до исплате. У наведеном решењу другостепени суд закључује да не постоји идентитет између извршне исправе и поднетог предлога за извршење, што је противно члану 5 Закона о извршењу и обезбеђењу.³²

V Намирење

Намирење у ширем смислу подразумева поступак кроз који ће поверилац намирити новчано потраживање продајом непокретности на којој је засновано заложно право, док је у ужем смислу намирење завршни чин поступка који ће бити спроведен и подразумева саму исплату новчаног потраживања повериоцу.

Поверилац новчаног потраживања које је засновано на уговору о хипотеци или заложној изјави може да бира између два пута који му омогућавају да намири своје новчано потраживање. Оба су уређена законом – један вансудски пут намирења, регулисан Законом о хипотеци, и један тзв. судски пут намирења, регулисан Законом о извршењу и обезбеђењу. Када кажемо тзв. судски пут намирења, морамо имати у виду да према актуелном Закону о извршењу и обезбеђењу суд има доминантну улогу у фази одлучивања о предлогу за извршење, док јавни извршитељи имају доминантну улогу у поступку спровођења извршења и надлежни су да спроводе сва извршења ради намирења новчаног потраживања. Који ће пут да изабере поверилац, у његовој је диспозицији, али постоје и одређена ограничења.

1. Вансудски поступак намирења

Уколико се определи за вансудски поступак намирења, хипотекарни поверилац, како га означава Закон о хипотеци, одмах по доспелости новчаног потраживања дужан је да пошаље опомену у писаној форми дужнику новчане обавезе, а уколико то лице није истовремено и заложни дужник, да такву опомену пошаље и заложном дужнику, односно

32 Решење Привредног апелационог суда Иж 570/21 од 15. 7. 2021. године.

власнику непокретности. Слањем опомене иницира се поступак вансудског намирења и она садржи податке који су таксативно прописани Законом о хипотеци.³³ Реч је о првој опомени, а уколико у року од 30 дана дужник не исплати дуг, хипотекарни поверилац ће наведеним лицима, као и осталим хипотекарним повериоцима, уколико постоје, упутити опомену о продаји непокретности.³⁴ Опомена о продаји непокретности упућује се дужнику након што истекне 30 дана од када је примио прву опомену. По истеку наведеног рока хипотекарни поверилац ће Регистру непокретности послати захтев да се изврши забележба хипотекарне продаје у његову корист, а уз захтев се доставља обавезна документација.³⁵ Регистар непокретности ће у кратком року од 7 дана, уколико су испуњени услови, извршити забележбу хипотекарне продаје у корист хипотекарног повериоца, те решење о забележби доставити хипотекарном повериоцу, дужнику и власнику непокретности уколико дужник није истовремено и заложни дужник. Право дужника је да у року од 10 дана од дана добијања опомене о продаји непокретности затражи састанак са хипотекарним повериоцем у циљу евентуалног договора о начину измирења потраживања хипотекарног повериоца. Након што решење о забележби хипотекарне продаје постане коначно, а да пре тога дуг није измирен, по протеклу рока од 30 дана од дана издавања решења о забележби хипотекарни поверилац је овлашћен да приступи продаји непокретности путем аукције или непосредне погодбе. Претходно се врши процена тржишне вредности непокретности путем судског вештака или овлашћеног проценитеља. Непосредна погодба као метод продаје могућа је по цени која не може бити нижа од 90% од процењене вредности непокретности, а када је у питању аукција – јавно надметање која је била неуспешна, продаја се може наставити непосредном погодбом по цени не нижој од 60% од процењене вредности непокретности или се може заказати друга аукцијска продаја. Закон о хипотеци прописује рок од 18 месеци од дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје у ком мора доћи до продаје непокретности, а уколико се то не деси Регистар непокретности донеће решење о брисању забележбе по службеној дужности. Истовремено, Регистар непокретности уписаће забележбу забране вансудске продаје непокретности од ког момента хипотекарни поверилац може да се намири искључиво у поступку судске продаје, односно по процедури прописаној Законом о извршењу и обезбеђењу. На првој аукцији почетна цена не може бити нижа од 75% процењене вредности, а на другој аукцији не може бити нижа од 60%

33 ЗХ, чл. 29. ст. 2.

34 ЗХ, чл. 30.

35 ЗХ, чл. 31 ст. 1.

од процењене вредности. Хипотекарни поверилац може бити купац непокретности. Када је у питању продаја непосредном погодбом, онда је хипотекарни поверилац на основу коначног решења о забележби хипотекарне продаје овлашћен да као законски заступник власника хипотековане непокретности прода непокретност уз поштовање прописаних цена.

Из цене добијене продајом намирују су првенствено трошкови продаје укључујући и трошкове и хонораре трећих лица уколико су настали у поступку продаје, те се потом исплаћују потраживање хипотекарног повериоца, а уколико их је више намирују се према редоследу заснивања хипотеке. Уколико преостане новчани износ након намирења трошкова и хонорара трећих лица, те хипотекарних поверилаца, он се враћа дужнику, односно власнику заложене непокретности уколико то није дужник новчане обавезе. Потребно је још истаћи и једну специфичност намирења које се спроводи у складу са Законом о хипотеци, јер хипотекарни поверилац од доспелости потраживања може да се намири не само из вредности заложене непокретности, него из остале имовине дужника.³⁶ Ово решење је специфично јер иако је новчано потраживање обезбеђено на непокретности, закон даје могућност хипотекарном повериоцу да се намири и из имовине која није била предмет уговора о хипотеци или заложне изјаве, односно на којој није засновано заложно право. Овде постоји значајна разлика у односу на судски поступак намирења, јер као што је наведено, према одредби члана 41 става 3 Закона о извршењу и обезбеђењу када су у питању уговор о хипотеци и заложна изјава као извршне исправе, извршење се може спровести само на предмету заложног права. Потребно је још указати на то да је могуће намирење хипотекарног повериоца преносом права својине на непокретности уместо исплате дуга, о чему се закључује уговор у форми јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солеминоване) исправе. Уговор закључује хипотекарни поверилац и власник непокретности, односно заложни дужник.

Вансудски поступак продаје непокретности, према правилима из Закона о хипотеци, даје велика овлашћења хипотекарном повериоцу, јер је он тај који организује продају. Овакав начин намирења, односно продаје непокретности са правом се може критиковати. „Ако је увођење ове посебне врсте самопомоћи по којој је хипотекарни поверилац сходно уговору овлашћен да сам организује продају хипотековане непокретности и од остварене продајне цене задржи оно што је његово, у једном тренутку се могао правдати, чини се да су сада сазрели услови

36 ЗХ, чл. 25.

да се српско право, у том погледу, врати на колосек коме традиционално припада.³⁷ Колосек коме традиционално припада српско право био би уствари судски поступак намирења, тј. поступак намирења према правилима Закона о извршењу и обезбеђењу. „Ако законодавац сматра да би изненадно укидање намирења кроз вансудску продају непокретности представљало превелик удар на хипотекарно тржиште, које се на неки начин навикло на овај институт, до потпуног укидања вансудског намирења се може доћи и постепено тако што би се у првом кораку ова могућност ограничила само на банке као акционарска друштва са седиштем у Републици Србији, које имају дозволу за рад Народне банке Србије, и то искључиво на основу заложних изјава датих од стране привредних друштава као правних лица која обављају делатност у циљу стицања добити.“³⁸

2. Судски поступак намирења

По доспелости потраживања из уговора о хипотеци или заложне изјаве, поступак се иницира предлогом за извршење пред надлежним судом, уз који се прилаже извршна исправа, лист непокретности као доказ да је извршни дужник власник непокретности, као и доказ да је на истој заснована хипотека и да је извршна исправа уписана као извршна вансудска хипотека. Предлог се подноси суду на чијем се подручју налази непокретност и реч је о искључивој месној надлежности, а даљи поступак након доношења решења о извршењу се спроводи предузимањем појединих извршних радњи које су обавезне у поступку. Прва радња је забележба решења о извршењу у Катастар непокретности и значај ове радње је изузетан за извршног повериоца. Наиме, према времену извршене забележбе одређује се и редослед намирења, али истовремено извршни поверилац стиче право да се намири на непокретности и уколико се након забележбе промени власник. Следећа извршна радња је процена вредности непокретности, при чему Закон о извршењу и обезбеђењу не ограничава јавног извршитеља да сам процени тржишну вредност непокретности, с тим што се у пракси процена углавном поверава судским вештацима грађевинске струке или овлашћеним проценитељима. Продаја непокретности се заказује закључком, као што се закључком претходно утврђује вредност непокретности. Постоје два начина – метода продаје: један је електронско јавно надметање, а други је непосредна погодба. Странке у поступку се могу договорити одмах о непосредној погодби или се могу договорити о непосредној

37 Ненад Тешић, „О извршности заложне изјаве“, *Правни животи*, бр. 10/2019, 494.

38 *Ibid.*, 497.

погодби до доношења закључка о додељивању непокретности, дакле и након што је обављена електронска јавна продаја, а није донет закључак о додељивању, али је обавеза јавног извршитеља који је надлежан да спроводи извршење да иницијално може одредити само продају електронским јавним надметањем. Могућа су максимално два јавна надметања и цена по којој се непокретност не може продати на првом износи 70% процењене вредности непокретности, а 50% на другом надметању. Одлука која се доноси након успешно спроведеног електронског јавног надметања или након успешно спроведене непосредне погодбе јесте закључак о додељивању непокретности, али свакако најзначајнија одлука, која се такође доноси у форми закључка, јесте закључак о предаји непокретности. Закључак о предаји непокретности доноси се након што купац положи цену и на основу тог закључка купац стиче својину на непокретности, и то даном доношења закључка.³⁹ Последња извршна радња је намирење. Одлука се доноси у форми закључка. Из добијене цене продајом првенствено се намирују трошкови извршног поступка, потраживања на основу законског издржавања која се доказују извршном исправом настала пре доношења најстаријег решење о извршењу и пријављена до дана доношења закључка о додељивању непокретности, а потом се намирују потраживања заложних поверилаца, потраживања лица која имају право на накнаду због гашења личних службености и стварних терета и потраживања извршних поверилаца. Имајући у виду поступак продаје непокретности у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу, лако је уочити да се само иницијална одлука, тј. решење о извршењу може побијати правним леком – жалбом када је у питању извршна исправа, док се све остале одлуке у поступку продаје доносе у форми закључка. Закључак се не може побијати правним леком, а једино је против закључка о предаји непокретности дозвољено поднети захтев за отклањање неправилности, с тим што усвајање тог захтева не утиче на права купца непокретности. Значајно је још истаћи да је могуће да дође до промене власника непокретности после стицања заложног права и у тој ситуацији када новчано потраживање из уговора о хипотеци или заложне изјаве доспе, заложни поверилац као извршни поверилац у предлогу за извршење ће као извршног дужника назначити новог власника непокретности.

Право је повериоца да се намири управо из непокретности. У једној одлуци Привредног апелационог суда, ценећи жалбени навод извршног дужника да је над дужником из основног посла са повериоцем (дужник новчаног потраживања) отворен стечајни поступак, који због непостојања правног интереса поверилаца није спровођен те је одмах

39 ЗИО, чл. 193 ст. 2.

закључен, при чему предметни поверилац није пријавио своје новчано потраживање према основном дужнику због чега је по становишту жалиоца потраживање престало, другостепени суд ценећи то као неоснован наведени жалбени разлог истиче да је решење о дозволи извршења донето на основу оверене заложне изјаве која је у смислу члана 41 Закона о извршењу и обезбеђењу извршна исправа, да је она дата ради обезбеђења новчаног потраживања извршног повериоца из уговора о дугорочном кредиту који је закључен између повериоца у својству банке и дужника из основног посла, а у својству корисника кредита у износу од 60.000,00 евра, али је предлог за извршење поднет против новог власника заложене непокретности, а сагласно члану 70 Закона о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу. Другостепени суд налази да жалбени навод извршног дужника да је потраживање повериоца престало јер га није пријавио према дужнику из основног посла, када је над њим отворен стечај и без спровођења закључен – није основан стога што поверилац чије је потраживање обезбеђено хипотеком има право да се намири из вредности хипотекованог добра без обзира на промену власништва.⁴⁰

3. Избор поступка намирења

Ограничења за која смо рекли да постоје када је у питању избор повериоца и његово опредељење да ли жели да се намири применом Закона о хипотеци или применом Закона о извршењу и обезбеђењу је уређен Законом о извршењу и обезбеђењу. Када Регистар непокретности донесе решење о упису забележбе хипотекарне продаје, сматра се да је поверилац изабрао намирење вансудским путем, а уколико пре тога поднесе предлог за извршење, сматра се да је изабрао намирење применом Закона о извршењу и обезбеђењу. Међутим, уколико се поверилац предомисли и после доношења решења о упису забележбе хипотекарне продаје поднесе предлог за извршење у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу, сматра се да је одустао од вансудског намирења, када ће јавни извршитељ доставити решење о извршењу ради уписа забележбе решења о извршењу у Катастар, али истовремено наложити и брисање забележбе хипотекарне продаје. Оно што је значајније јесте регулисање ситуације у којој један поверилац намирује више новчаних потраживања или када више поверилаца намирује из једне непокретности, применом различитих закона, тј. Закона о хипотеци и Закона о извршењу и обезбеђењу. Овде важи основно правило, да се ради намирења новчаног потраживања једног повериоца који има више новчаних потраживања

40 Решење Привредног апелационог суда Иж 1373/20 од 10. 9. 2020. године.

или намирења више поверилаца може спровести само један поступак продаје исте непокретности. Стога је прописано да у ситуацији када постоји више поверилаца који се намирују применом различитих закона на истој непокретности на којој је заснована хипотека, а решење о упису забележбе хипотекарне продаје постане коначно пре доношења решења о извршењу, предност има намирење применом закона којим се уређује хипотека. У том случају, уствари извршни поверилац који је одабрао пут намирења путем Закона о извршењу и обезбеђењу ступа у вансудски поступак намирења, а уколико их је више, редослед намирења им се одређује према дану када су стекли право на намирење у извршном поступку, тј. према дану заснивања хипотеке или уписа забележбе. Закон о извршењу и обезбеђењу је усклађен са Законом о хипотеци и прописано је да уколико се непокретност није могла продати у поступку намирења применом Закона о хипотеци у року од 18 месеци од коначности решења о упису забележбе хипотекарне продаје, извршни поступак ће се наставити. Друга је ситуација да је по предлогу неког повериоца решење о извршењу донето пре коначности решења о упису забележбе хипотекарне продаје, и тада предност има намирење применом Закона о извршењу и обезбеђењу, а забележба хипотекарне продаје губи дејство и тада хипотекарни повериоци који су одабрали пут вансудским намирењем ступају у извршни поступак који се води према правилима Закона о извршењу и обезбеђењу. За редослед је битан моменат стицања хипотеке на непокретности. „Законодавац је, прописујући одредбу члана 21 Закона о извршењу и обезбеђењу којим уређује намирење више поверилаца применом различитих закона на непокретности оптеретених хипотеком, пропустио да пропише шта се дешава са извршним поступком у коме је донето решење о извршењу, те ко доноси одлуку о наставку поступка и у којој форми уколико су се стекли услови за наставак извршног поступка у складу са ставом 2 члана 21.“

Како у извршном поступку није дозвољен застој, осим у случају изузетака прописаних одредбом члана 90 става 4 и члана 303 Закона о извршењу и обезбеђењу, то нема места одређивању застоја у извршном поступку који се води према правилима Закона о извршењу и обезбеђењу у случају намирења применом Закона о хипотеци. Такође, нема места доношењу одлуке о одлагању извршења, јер је одлагање извршења могуће само у законом прописаним случајевима, и то на предлог извршног повериоца, извршног дужника, трећег лица, по споразуму странака, по споразуму странака и трећег лица и на захтев државног тужиоца.⁴¹ Могуће решење за отклањање ове празнине у закону

41 М. Николић, Н. Шаркић, 81–82.

било би да се одреди прекид поступка који би трајао до истека рока од 18 месеци од коначности решења о упису забележбе хипотекарне продаје. Како је у питању прекид, одлука се доноси у форми решења са правом на правни лек (жалбу другостепеном суду или приговор већу првостепеног суда). Наставак поступка би уследио после истека рока од 18 месеци у коме непокретност није продата, а уколико би непокретност била продата у вансудском поступку намирења, једном одлуком би се одлучило да се поступак настави и одмах након тога донесе решење о обустави (са правом на правни лек).

VI Закључак

Уговор о хипотеци и заложна изјава су извршне исправе прописане Законом о хипотеци и Законом о извршењу и обезбеђењу. Да би имале и својство перфектне извршне исправе, морају бити сачињене у форми коју прописује Закон о хипотеци и са садржајем које тај закон такође прописује, али и подобне за извршење. Увођење наведених извршних исправа у правни систем Републике Србије било је мотивисано циљем да се растерете судови, али и да се олакша повериоцу новчаног потраживања (по мишљењу аутора, пре свега банкама) да наплате своје обезбеђено потраживање. У том смислу, омогућено је повериоцу новчаног потраживања да потраживање намири у вансудском поступку намирења, што је доношењем Закона о хипотеци представљало потпуну новост у Републици Србији. Актуелна законска решења омогућавају повериоцу да бира пут намирења, и то вансудски у складу са Законом о хипотеци, или тзв. судски према правилима Закона о извршењу и обезбеђењу. Присутно је мишљење које подржава и аутор да се поставља питање даље оправданости постојања вансудског намирења које није примерено нашем правном систему, а ово и из разлога јер је актуелним Законом о извршењу и обезбеђењу, те увођењем јавних извршитеља у правни систем Републике Србије омогућен ефикасан поступак продаје заложене непокретности.

Стављање потврде о извршности на уговор о хипотеци или на заложну изјаву као један од услова за потпуност предлога за извршење је, по мишљењу аутора, непотребно и такво законско решење није правилно. Извршност уговора о хипотеци и заложне изјаве утврђује се из садржаја тих исправа и битно је утврдити дан доспелости новчаног потраживања јер је са даном доспелости наступила и извршност уговора о хипотеци и заложне изјаве. Поступак намирења зависи од пута који је изабрао поверилац и он може бити вансудски или тзв. судски, уз одређено ограничење. И један и други пут подразумева поштовање

правила која су прописана Законом о хипотеци, односно Законом о извршењу и обезбеђењу.

У сваком случају, уговор о хипотеци и заложна изјава су такве извршне исправе које истовремено и обезбеђују новчано потраживање повериоца на непокретној ствари, али му дају могућност да без вођења парничног поступка по доспелости новчаног потраживања из наведених извршних исправа иницира поступак намирења или у складу са Законом о хипотеци, или у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу, и да у релативно кратком периоду намири новчано потраживање.

Коришћена литература

- Доловић Катарина, „Улога јавног бележника код заложног права на непокретности“, *Страни правни живот*, бр. 2/2010. (Dolović Katarina, „Uloga javnog beležnika kod založnog prava na nepokretnosti“, *Strani pravni život*, br. 2/2010)
- Живковић Милош, *Акцесорност заложних права на непокретности*, Београд, 2010. (Živković Miloš, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Beograd, 2010)
- Николић Младен, Шаркић Небојша, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, треће издање, Београд, 2021. (Nikolić Mladen, Šarkić Nebojša, *Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju*, treće izdanje, Beograd, 2021)
- Познић Боровоје, *Грађанско-процесно право*, Београд, 1981. (Poznić Borivoje, *Građansko-procesno pravo*, Beograd, 1981)
- Тешић Ненад, „О извршности заложне изјаве“, *Правни живот*, бр. 10/2019. (Tešić Nenad, „O izvršnosti založne izjave“, *Pravni život*, br. 10/2019)
- Triva Siniša, Belajac Velimir, Dika Mihajlo, *Sudsko izvršno pravo: Opći dio*, Zagreb, 1980.
- Хибер Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење и оштраживања: Књига I*, Београд, 2015. (Hiber Dragor, Živković Miloš, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja: Knjiga I*, Beograd, 2015)
- Црњански Владимир, *Извршност јавнобележничкој записи*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2018. (Crnjanski Vladimir, *Izvršnost javnobeležničkog zapisa*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2018)

Mladen NIKOLIĆ

Judge at Commercial Appellate Court in Belgrade, Serbia

MORTGAGE CONTRACT AND PLEDGE STATEMENT AS ENFORCEABLE DOCUMENTS

Summary

This article concerns a mortgage contract and a pledge statement as specific enforceable documents prescribed by The Law on Mortgage, but also by The Law on Enforcement and Security Interest. These enforceable documents, whose form and content are regulated in detail by The Law on Mortgage, give a creditor the opportunity to simultaneously secure a monetary claim and gain an enforceable document which will be, when a claim is due, the basis for the satisfaction of the claim in legally prescribed out-of-court or so-called judicial proceedings. The author explained that, in his opinion, a mortgage contract and a pledge statement do not need a certificate of enforceability, because enforceability of these enforceable documents is usually established by their content, and it is important that the monetary claim is due. A lawsuit can be brought against the enforceable documents and certain court cases are also mentioned. A creditor can choose to satisfy his claim according to the rules prescribed by The Law on Mortgage or by The Law on Enforcement and Security Interest, but there is a deadline for making that choice.

Key words: *Mortgage Contract. – Pledge Statement. – Enforceable Document. – Enforceability. – Satisfaction of a Claim.*

Датум пријема рада: 31. 3. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 5. 2022.

УДК: 347.736/.739 ; 347.739

CERIF: S 144

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2202A

др Владимир КОЗАР*
редовни професор Правног факултета за привреду и правосуђе
Универзитета Привредна академија у Новом Саду, Србија

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

ПРЕЛАЗАК ПРАВА И ОБАВЕЗА НА СТЕЧАЈНОГ УПРАВНИКА КАО ПОСЛЕДИЦА ОТВАРАЊА СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА

Сажетак

У раду су анализиране законске одредбе, ставови судске праксе, као и мишљења правне науке о преласку права и обавеза на стечајног управника, као најважнијој последици отварања стечајног поступка по стечајног дужника, која доводи до обједињавања заснудничке и управљачке функције у личности стечајног управника, док чланови и акционари задржавају власничку функцију уз значајно ограничавање права. Приказан је став о дозвољености жалбе већинској акционара против решења о отварању стечајног поступка. Објашњена су дејства стечаја на губитак пословне способности и прелазак заснудничких права на стечајног управника, као и на ограничавање правне способности стечајног дужника. Указано је на различита схватања о правном

* Електронска адреса аутора: kozarv@pravni-fakultet.info.

** Електронска адреса аутора: nemanja.aleksic@lawofficealeksic.rs.

йоложају стечајної уйравника. Посебно су размојрена йийтања која се односе на функцију йривременой стечајної уйравника као *sui generis* меру обезбеђења, након укидања решења о ойварању стечајної йосйуйка. Такође, анализирана су йеоријска и йрактична йийтања која се односе на ойраничење одйоворности стечајної уйравника за шйейу йроузроковану учесницима у йосйуйку, уз изношење различийих сйавова и крийику йосйојећих законских решења.

Кључне речи: Ойварање стечајної йосйуйка. – Правне йоследице. – Сstechајни дужник. – Засйуйање. – Сstechајни уйравник.

I Увод

Отварањем стечајног поступка наступају значајне материјално-правне последице по стечајног дужника и његову имовину, као и у односу на потраживања поверилаца и правне послове. Истовремено, настају и процесноправне последице, које доводе до обавезног прекида свих судских и управних поступака, као и успостављања законске забране извршења и намирења. У оквиру правних последица отварања стечајног поступка по стечајног дужника, које су регулисане Законом о стечају, по значају посебно се издваја прелазак права и обавеза на стечајног управника, што је тема овог рада.¹

Стечајни поступак, као процес, покреће се предлогом повериоца, дужника или ликвидационог управника, као овлашћених предлагача,² док се доношење одлуке о том предлогу, ако суд утврди постојање једног од законских стечајних разлога, дакле позитивне одлуке о усвајању предлога, назива отварањем стечајног поступка (ЗС, чл. 55 ст. 1).³ Стечајни судија отвара стечајни поступак доношењем решења о отварању стечајног поступка којим се усваја предлог за покретање стечајног поступка.⁴ Све правне последице стечаја, укључујући и прелазак права и обавеза на стечајног управника, као најважнију последицу по статус стечајног дужника и његових органа, наступају отварањем стечајног поступка, а не покретањем поступка подношењем иницијалног акта – предлога овлашћеног предлагача.⁵

1 Закон о стечају – ЗС, *Службени йласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 71/12 – одлука УС, 83/14, 113/17 и 44/18, чл. 74.

2 ЗС, чл. 55 ст. 1.

3 Владимир Козар, Немања Алексић, „Последице отварања стечајног поступка у српском процесном праву“, *Право и йривреда*, бр. 2/2020, 84.

4 ЗС, чл. 69 ст. 1.

5 Владимир Козар, Немања Алексић, „Мере обезбеђења и ‘мораторијум’ у претходном стечајном поступку“, *Право и йривреда*, бр. 4–6/2018, 515–530.

„Након наступања правних последица отварања стечаја, странке у поступку нису више само предлагач и стечајни дужник, већ и повериоци, као и други учесници поступка, којима закон даје могућност да своја права у односу на стечајног дужника остварују у овом поступку, јер стечај омогућава колективно и сразмерно намирење стечајних поверилаца“⁶ у складу са Стечајним законом и начелом заштите стечајних поверилаца.⁷

Стечајни поступак представља посебну врсту грађанског судског поступка,⁸ те се отуда на овај поступак поред стечајног закона, на питања која нису посебно уређена овим законом, сходно и супсидијарно примењују и одговарајуће одредбе Закона о парничном поступку,⁹ сагласно начелу императивности и преклузивности из чл. 7 ст. 1 ЗС.¹⁰

II Обједињавање заступничке и управљачке функције у личности стечајног управника

Отварање стечајног поступка производи правне последице на статус стечајног дужника и његових органа.¹¹ Даном отварања стечајног поступка престају заступничка и управљачка права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника, и та права прелазе на стечајног управника.¹² „Истог дана потребно је урадити нови печат, оверити ОП обрасце, предати АПР пријаву о промени заступника, истакнути решење о отварању стечаја на седиште дужника.“¹³

6 Јасминка Обућина, „Положај и остваривање права стечајних поверилаца у поступку банкротства и поступку реорганизације“, доступно на адреси: [https://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Referat – Jasminka Obucina – Položaj i ostvarivanje prava stečajnih poverilaca.pdf](https://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Referat%20-%20Jasminka%20Obucina%20-%20Polo%C5%BEaj%20i%20ostvarivanje%20prava%20ste%C4%87ajnih%20poverilaca.pdf), 6. 4. 2022, 4.

7 ЗС, чл. 3.

8 Мирко Васиљевић, *Пословно право*, 5. издање, Београд, 1997, 328.

9 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.

10 Небојша Шаркић, Дејан Радуловић, Милан Почуча, *Посебни грађански поступци*, Београд, 2019, 319–320.

11 М. Васиљевић, 331.

12 ЗС, чл. 74 ст. 1.

13 Јован Кордић, Ђорђе Зечевић, Невена Словић, Јасмина Грчић, *Коментар Закона о стечају и националних стандарда*, 3 издање, Београд, 2013, 134.

1. Задржавање власничке функције уз ограничавање права чланова и акционара и суспендовање скупштине привредног друштва

Власници капитала стечајног дужника не губе то својство даном отварања стечајног поступка. Дакле, чланови односно акционари привредног друштва остају власници капитала – удела или акција, чији је емитент стечајни дужник који задржава правну способност.¹⁴ Али, по основу власничке функције могу да остваре само она права која им стечајни закон изричито признаје, нпр. да у својству заинтересованих лица поднесу примедбу на предложеној продаји у року од пет дана од дана пријема обавештења о предложеној продаји,¹⁵ затим да поднесу план реорганизације као власници најмање 30% капитала стечајног дужника,¹⁶ као и право на вишак деобне масе.¹⁷

Према ставу судске праксе, „даном отварања стечајног поступка не престају права оснивача (чланова привредног друштва), али се иста суспендују.“¹⁸ Међутим, њима престају управљачка права, тачније суспендује се право скупштине привредног друштва да доноси одлуке из своје надлежности, и иста се могу поново успоставити након обустављања стечајног поступка (ЗС, чл. 166 ст. 2) „у случају усвајања плана реорганизације и правноснажности решења о потврђивању усвајања плана реорганизације.“¹⁹

а) Процесна легитимација и дозвољеност жалбе већинској акционара против решења о отварању стечајног поседу

Поред права која стечајни закон изричито признаје, у судској пракси заузет је став о процесној легитимацији и дозвољености жалбе

14 „Од отварања стечајног поступка до његовог окончања, стечајни дужник задржава свој правни субјективитет и заступа га стечајни управник.“ Маријана Дуккић Мијатовић, „Специфичности стечајне легислативе Републике Србије у транзиционој фази развоја привреде“, *Век и њо реулисана стечаја у Србији* (ур. Небојша Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд, 2019, 87–94.

15 ЗС, чл. 113 ст. 8.

16 ЗС, чл. 161 ст. 1.

17 ЗС, чл. 147 ст. 1.

18 Одговори утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда од 16., 17., 20. и 30. 11. 2017. године, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2017, 202–203.

19 *Ibidem*.

већинског акционара стечајног дужника против решења о отварању стечајног поступка:

„За оцену дозвољености жалбе акционара против решења о отварању стечајног поступка, потребно је или да се ради о акционару који је према броју акција могао битно и пресудно утицати на одлуке органа управљања (већински акционар) или да жалбу изјављују заједнички већи број акционара који су, према укупном броју акција, на такав начин могли учешћем у раду скупштине битно утицати на одлуке органа.“²⁰

У образложењу је, поред осталог, истакнуто да:

„Акционар није заступник друштва, није овлашћен да га представља и заступа... Наиме, потребно је разликовати појам правног интереса за подношење правног лека и појам овлашћења на његово изјављивање. Подразумева се да је правни лек правно средство лица које има правни интерес, али то не значи да свако лице које има правни интерес по аутоматизму има право да поднесе правни лек... Закон о стечајном поступку – ЗСП, *Службени јласник РС*, бр. 84/04, 85/05 – др. закон, посебно питање овлашћења акционара да побијају одлуке донете у поступку стечаја, не уређује.“²¹

Тумачењем Закона о привредним друштвима (*Службени јласник РС*, бр. 125/04), као и циљним тумачењем ЗСП, даље је закључено да „поред правног интереса акционара за побијање одлуке о покретању стечаја, за постојање овлашћења акционара на изјављивање правног лека су потребни и додатни услови. Потребно је или да се ради о акционару који је према броју акција могао битно и пресудно утицати на одлуке органа управљања (већински акционар) или да жалбу изјављују заједнички већи број акционара који су, према укупном броју акција, на такав начин могли учешћем у раду скупштине битно утицати на одлуке органа. На тај начин процесна легитимација акционара била би у сразмери са обимом њихових права из периода пре покретања стечаја.“²²

Суд је, дакле, оценио да је за дозвољеност жалбе акционара против решења о отварању стечајног поступка потребно да поред правног интереса, који несумњиво постоји, а чија је садржина правна корист коју би остварио укидањем решења у поступку по жалби,²³ потребно

20 Из решења Вишег трговинског суда, Пвж. 1504/2009 од 4. 11. 2009. године, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/32571>, 7. 4. 2022.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*.

23 „Правни интерес за жалбу зависи од могућности да се по изјављеном правном леку донесе повољнија одлука за жалиоца, од одлуке против које је изјављена жалба.“ – из решења Привредног апелационог суда, Иж. 480/2011 од 24. 3. 2011. године, доступно на адреси: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/35931>, 7. 4. 2022.

да постоји и процесна легитимација – процесно овлашћење за вођење поступка, односно за подношење правног лека, као једна општа процесна претпоставка која се тиче странака. При томе, став о постојању процесне легитимације акционара стечајни суд је засновао на одредбама материјалног права,²⁴ закључивши да она мора бити у сразмери са обимом њихових права из периода пре покретања стечаја, која су дефинисана законом који уређује положај привредних друштава.²⁵

2. Губитак пословне способности и прелазак заступничких права на стечајног управника

Уместо директора привредног друштва, коме престаје својство статутарног заступника, као заступник правног лица – стечајног дужника у Регистар привредних субјеката уписује се стечајни управник. То значи да отварањем стечајног поступка привредни субјекат „губи пословну способност“, а „стечајни управник постаје законски заступник *sui generis* привредне организације која је пала под стечај.“²⁶ У правној науци постоји мишљење да се „стечајном дужнику ограничава пословна способност“,²⁷ што се највише огледа у забрани располагања имовином и спречавању умањења стечајне масе из које се намирују стечајни повериоци. Према другом схватању, отварање стечајног поступка доводи до престанка, односно потпуног губитка пословне способности²⁸ „будући да сви органи, заступници и пуномоћници губе своје функције.“²⁹

„Потпуним губитком пословне способности ... стечајни дужник губи у потпуности процесну пословну способност.“³⁰ Стога, прелазак заступничких права на стечајног управника разлог је за одбацивање тужбе поднете у име правног лица после отварања стечајног поступка, од стране директора (претходног статутарног заступника), као неовлашћеног лица. Према ставу судске праксе, „применом наведених

24 „За утврђивање постојања процесне легитимације процесно право упућује на материјално право.“ Александар Радованов, *Грађанско процесно право*, 4. издање, Нови Сад, 2009, 84–86.

25 Право акционара на жалбу против решења о отварању стечајног поступка не уређује ЗС, ни други важећи прописи, из чега следи да изложени став судске праксе није изгубио актуелност.

26 Дара Миленовић, „Правне последице отварања стечајног поступка“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 30/1990, 164.

27 Владимир Чоловић, Недељко Милијевић, *Стечај – теорија, пракса*, Бања Лука, 2020, 137–138.

28 Д. Миленовић, 164.

29 М. Васиљевић, 330–331.

30 Д. Миленовић, 164.

одредби на конкретну правну ситуацију произлази да је суд овлашћен да одбаци тужбу поднету од неовлашћеног лица без одржавања рочишта, у смислу чл. 294 ст. 2 ЗПП³¹ јер није у питању ни један од седам разлога за одбацивање тужбе таксативно наведених у чл. 294 ст. 1 тач. 1–7 ЗПП, о којима је суд дужан да омогући тужиоцу да се изјасни пре доношења решења.

ЗС не прописује изузетке од овог правила, али сходном применом општих одредаба ЗПП може се закључити да је директор привредног друштва – стечајног дужника овлашћен да у име стечајног дужника изјави жалбу против решења о отварању стечајног поступка из чл. 60 ЗС, без обзира на то што му је заступничко својство престало даном објављивања огласа о отварању поступка на огласној табли суда.³² У правној науци као пример изузетка од губитка процесне пословне способности наводи се одредба из Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији,³³ која је гласила: „Против решења којим је отворен стечајни поступак, поред лица овлашћених за заступање дужника, жалбу може изјавити, у име дужника, заступник његовог органа управљања.“³⁴

3. Ограничавање правне способности стечајног дужника

С друге стране, у правној науци преовладава мишљење да дејство отварања стечаја на статус субјекта стечаја доводи до ограничавања правне способности.³⁵ Јер, „стечајни дужник више не може бити носилац свих права и обавеза као пре, већ може само окончати неопходне започете послове, те и закључивати нове уговоре који из тога произлазе и из потребе уновчења имовине дужника...“³⁶ с тим што је за предузимање одређених правних послова, који имају карактер радњи од изузетног значаја, потребна сагласност одбора поверилаца. Радње које предузима стечајни управник, а које имају или могу имати значајан утицај или последице на стечајну масу, као што су узимање кредита или зајма, набавка опреме веће вредности, издавање у закуп и друге

31 Одговори утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда од 16., 17., 20. и 30. 11. 2017, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 3/2017, 13–14.

32 ЗС, чл. 73 ст. 1 и чл. 74 ст. 1.

33 Д. Миленовић, 164.

34 Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији – ЗППСЛ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93 и 28/96, чл. 84 ст. 4.

35 Д. Миленовић, 166.

36 М. Васиљевић, 331.

сличне радње, могу се предузети уз обавештавање стечајног судије и уз добијање сагласности одбора поверилаца.³⁷

Следи закључак да се правном лицу, које због своје природе већ има специјалну правну способност, отварањем стечаја додатно ограничава могућност да буде носилац права и обавеза.

4. Схватања о правном положају стечајног управника

„Стечајни управник је најзначајнији орган стечајног поступка, али и централна личност у поступку.“³⁸ Он је истовремено и орган стечајног дужника и орган стечајног поступка.³⁹ „На њега су, ради остварења одређених функција, пренета, уз одређена ограничења и у складу са потребама стечајног поступка, различита права и дужности која произлазе из конкретне функције. Имајући у виду делокруг послова стечајног управника, може се закључити да су они разноврсни, да се предузимају у самом стечајном поступку и изван њега и да се могу груписати у више целина: (1) управљање стечајним дужником; (2) управљање стечајном масом; (3) заступање стечајног дужника.“⁴⁰

Дакле, у личности стечајног управника обједињене су управљачка и заступничка функција, које су до дана отварања стечајног поступка припадале власницима капитала (чији је орган скупштина привредног друштва), односно директору правног лица и осталим заступницима, пуномоћницима, прокуристима⁴¹ и сл. „Он је неутрални професионалац који заступа интересе поверилаца, при чему се сматра да се ти интереси могу дефинисати као максимизација степена намирења поверилаца.“⁴² „Стечајни управник као службено лице води послове и заступа стечајног дужника.“⁴³

37 ЗС, чл. 28 ст. 1.

38 Дара Миленовић, „Стечајни управник“, *Право и приврега*, бр. 7–9/2010, 258.

39 Органи стечајног поступка су стечајни судија, стечајни управник, скупштина поверилаца и одбор поверилаца (ЗС, чл. 17).

40 Д. Миленовић (2010), 258.

41 Прокура је пословно пуномоћје којим друштво овлашћује једно или више физичких лица да у његово име и за његов рачун закључују правне послове и предузимају друге правне радње (ЗПД, чл. 37 ст. 1). „Прокуриста није исто што и законски заступник друштва...“ јер се „његово овлашћење на заступање односи само на правне послове привредног друштва у вези с пословањем друштва.“ Вид. Драгослав Словић, Гордана Мрдак, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2012, 70.

42 Мирко Цветковић, „Коментар Предлога закона о стечају“, 2004, доступно на адреси: <http://www.clds.rs/dokumenti/Stecaj.pdf>, 6. 4. 2022, 7.

43 Миодраг Миховић, *Привредно право*, Крагујевац, 2010, 141; Славко Царић, Мирослав Витез, Маријана Дукић Мијатовић, Јанко Веселиновић, *Привредно право*, Нови Сад, 2016, 105.

У правној теорији постоје различита схватања о правном положају стечајног управника: „Према публицистичкој теорији, стечајни управник је службени судски орган; према теорији заступања он је законски заступник стечајне масе; према мешовитој теорији, то је јавно-правни орган који, према неким ауторима, заступа дужника и повериоце, а према другим ауторима, заступа дужника, а повереник је поверилаца.“⁴⁴

III Функција привременог стечајног управника као *sui generis* мера обезбеђења након укидања решења о отварању стечајног поступка

Новелом из 2017. године у чл. 73 ЗС додати су нови ставови, који уређују наступање правних последица отварања стечајног поступка у случају усвајања жалбе и укидања првобитног решења: „Ако је решење о отварању стечајног поступка по жалби укинато, а у поновном поступку стечајни поступак буде отворен, правне последице отварања стечајног поступка наступају даном када је прво решење истакнуто на огласној табли суда (ст. 2). У случају укидања решења о отварању стечајног поступка, стечајни управник наставља да обавља функцију привременог стечајног управника који преузима сва овлашћења органа стечајног дужника до доношења новог решења по предлогу за отварање стечајног поступка“ (ст. 3).⁴⁵

Цитираним одредбама предвиђено је да правне последице отварања стечајног поступка, у случају да је решење о отварању стечајног поступка по жалби укинато, а у поновном поступку стечајни поступак поново отворен, настају даном када је прво решење истакнуто на огласној табли суда. На овај начин избегнута су различита тумачења дејства правних последица отварања стечајног поступка, које су претходно наступиле, у случајевима укидања првог решења о отварању стечајног поступка и, истовремено, спречено понављање евентуално претходно предузетих радњи.⁴⁶ Такође, у истом циљу, новелом је прецизирано да у случају укидања решења о отварању стечајног поступка, стечајни управник, који је именован првобитним решењем, наставља да обавља функцију привременог стечајног управника до доношења новог решења по предлогу за отварање стечајног поступка.

44 Михаило Велимировић, „Стечајни управник“, *Право и њивреда*, бр. 5–8/2005, 1016.

45 Закон о изменама и допунама Закона о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 113/2017.

46 Влада Републике Србије, Предлог закона о изменама и допунама Закона о стечају – III Објашњење основних правних института и појединачних решења, доступно на адреси: <http://www.parlament.gov.rs>, 4. 12. 2017, 34.

Наведене одредбе о наступању правних последица отварања стечаја од доношења првобитног решења, односно истицања првог – неправноснажног решења на огласној табли суда, и у случају када је оно по жалби укинато, а у поновном поступку стечај буде поново отворен новим решењем, у складу су са правилом да жалба против решења о отварању стечајног поступка не задржава извршење решења, заснованом на општем правилу стечајне процедуре из чл. 46 ст. 3 ЗС. Несуспензивност жалбе као принцип, а задржавање извршења ожалбеног решења, као изузетак, специфичност је стечајног поступка. Отуда и правило да правне последице отварања стечаја наступају на основу првог првостепеног, дакле неправноснажног решења о отварању стечајног поступка, које је укинато по жалби, без обзира на то што никада није стекло својство правноснажности, јер је доношењем и истицањем на огласној табли суда, стекло својство извршности и произвело значајне правне последице у правном промету, које се не односе само на стечајног дужника и друге странке и учеснике у стечајном поступку, већ и на сва трећа лица – сауговораче стечајног дужника, његове повериоце и дужнике, запослене и сл.

Одредба о времену наступања правних последица у случају укидања решења о отварању стечајног поступка по жалби, преузета је из ранијих прописа: „Ако је решење о отварању стечајног поступка по жалби укинато, а у поновном поступку стечајни поступак је поново отворен, правне последице стечајног поступка настају почетком дана када је прво решење истакнуто на огласној табли суда.“⁴⁷

С друге стране, правило да стечајни управник, који је именован првобитним решењем, наставља да обавља функцију привременог стечајног управника до доношења новог решења по предлогу за отварање стечајног поступка, сасвим је ново и оригинално, а може се рећи и практично. У суштини, реч је о специфичној – *sui generis* мери обезбеђења, сличној мери обезбеђења из чл. 62 ст. 2 тач. 2 ЗС, јер се у случају укидања решења поступак враћа у фазу претходног стечајног поступка, али се привремени стечајни управник не одређује одлуком стечајног судије, већ његова функција наступа по сили закона.⁴⁸

47 ЗППСЛ, чл. 91 ст. 2.

48 Владимир Козар, Немања Алексић, *Коментар Закона о стечају са новелама из 2017. године и судском праксом*, Београд, 2018, 174.

1. Наставак обављања функције привременог стечајног управника *ex lege* до доношења новог решења по предлогу за отварање стечајног поступка

У судској пракси заузет је став према коме привремени стечајни управник наставља да обављања функцију *ex lege*, дакле без посебне одлуке суда, до доношења новог решења по предлогу за отварање стечајног поступка. Наиме, поставило се питање да ли је након укидања решења о отварању стечајног поступка, потребно донети решење којим би се „констатовала чињеница“ да је стечајни управник наставио да обавља функцију привременог стечајног управника, који преузима сва овлашћења органа стечајног дужника до доношења новог решења по предлогу за отварање стечајног поступка, „јер се оваква формулација поклапа са мерама обезбеђења из чл. 62 ст. 2 тач. 1.“

Према одговору датом у судској пракси, одредбом чл. 73 ст. 3 ЗС прописано је „да у случају укидања решења о отварању стечајног поступка, стечајни управник наставља да обавља функцију привременог стечајног управника који преузима сва овлашћења органа стечајног дужника до доношења новог решења по предлогу за отварање стечајног поступка. Наведеном допуном чл. 73 ЗС јасно је одређено да, у случају укидања решења о отварању стечајног поступка, стечајни управник наставља да обавља функцију привременог стечајног управника. Стога, у таквој ситуацији, када сам ЗС јасно дефинише да стечајни управник наставља да обавља функцију привременог стечајног управника, не постоји обавеза првостепеног суда да се доноси решење којом би се та чињеница констатовала, јер је статус именованог стечајног управника, у ситуацији када је решење о отварању поступка стечаја укинато, регулисана самим законом.“⁴⁹

IV Ограничење одговорности стечајног управника за штету проузроковану учесницима у поступку

Стечајни управник има најшира овлашћења: „Функција стечајног управника је веома значајна. Она обједињује функције управљања над предузећем у стечају са функцијама заштите права приватне својине поверилаца. Стечајни управник управља предузећем у току трајања стечајног поступка, односно доноси правовремене и економски рационалне одлуке из домена свакодневних активности предузећа.“⁵⁰

49 Одговори утврђени на седницама Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда од 8. и 9. 11. 2018, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2018, 127–128.

50 М. Цветковић, 4.

Међутим, овлашћења стечајног управника нису праћена истовременим прописивањем одговарајућег степена пажње, односно облика виности када је у питању његова одговорност за штету проузроковану учесницима стечајног поступка у обављању функције. Јер, иако је изричито прописано да „стечајни управник обавља своје послове самостално и с пажњом доброг стручњака, у складу са овим законом, националним стандардима за управљање стечајном масом и кодексом етике“;⁵¹ законодавац није санкционисао пропуштање стечајног управника да поступа „с пажњом доброг стручњака“ када је у питању његова одговорност за штету. Стога, може се закључити да у домену грађанско-правне деликтне одговорности стечајни закон, у суштини, не тражи од стечајног управника да поступа „с пажњом доброг привредника“ или „с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака)“, што представља одступање од основног начела грађанског права о понашању у извршавању обавеза и остваривању права.⁵²

Напротив, законодавац изричито прописује да стечајни управник одговара својом личном имовином за штету коју, обављајући послове стечајног управника, проузрокује учесницима стечајног поступка намерно или грубом непажњом (ЗС, чл. 31).⁵³ Како је стечајни управник физичко лице, са јединственом имовином, он би одговарао за штету личном имовином и да није такве одредбе у закону.⁵⁴ „То истицање је сувишно, изузев ако је намера законодавца била да посебно подвуче да се потраживања по овом основу не намирују из стечајне масе. Иначе, нема потребе да се наглашава да се за штету одговара својом, а не туђом имовином.“⁵⁵

Међутим, „одговорност стечајног управника ограничена је на квалификоване облике кривице.“⁵⁶ Он одговара по начелу доказане кривице, што значи да је терет доказивања постојања кривице на оштећеном, који мора да докаже постојање услова за одговорност по основу кривице – радњу, штетну последицу, прописани облик виности, узрочну везу.⁵⁷

51 ЗС, чл. 27 ст. 4.

52 ЗОО, чл. 18.

53 Марија Караникић Мирић, „Вануговорна одговорност стечајног управника“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018, 635.

54 Владимир Козар, „Грађанско-правни основи одговорности стечајног управника и државе у стечајном поступку“, *Право, теорија и пракса*, бр. 1–3/2012, 44–59.

55 М. Караникић Мирић, 635.

56 *Ibid.*, 647.

57 Катарина Иванчевић, „Осигурање стечајног управника од професионалне одговорности“, *Век и по рејулусања стечаја у Србији* (ур. Небојша Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд, 2019, 265–266.

Према тумачењу које у правној науци преовлађује, закон установљава тежи облик кривице као основ одговорности стечајног управника, што значи да штета настала услед обичне непажње стечајног управника (*culpa levis*) не може водити заснивању његове одговорности.⁵⁸ То значи да стечајни управник не одговара за штету коју је обичном непажњом (нехатом) проузроковао странкама, пре свега повериоцима, или другим учесницима у стечајном поступку, укључујући и власнике капитала стечајног дужника.

Према једном мишљењу, за штету проузроковану учесницима у поступку намерно или крајњом непажњом постоји солидарна одговорност стечајног управника и државе, а ако је штету проузроковао обичном непажњом – нехатом, тада постоји само одговорност државе (ЗОО, чл. 172 ст. 1).⁵⁹ Насупрот томе, у правној науци постоје супротна мишљења: „У српском праву нико не одговара за стечајног управника по правилима о вануговорној одговорности за другога. Држава не одговара за штету коју стечајни управник причини обављајући свој посао, без обзира на то да ли је штета проузрокована учеснику стечајног поступка или неком трећем лицу. ... Стечајни управник јесте орган стечајног поступка, али није државни орган. Стечајни управник није ни државни службеник.“⁶⁰

V Закључак

У личности стечајног управника обједињене су управљачка и заступничка функција, јер даном отварања стечајног поступка престају заступничка и управљачка права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника и та права прелазе на стечајног управника.

Власници капитала стечајног дужника не губе то својство даном отварања стечајног поступка, али по основу власничке функције могу да остваре само она права која им стечајни закон изричито признаје – да поднесу примедбу на предложену продају, да поднесу план реорганизације, као и право на вишак деобне масе. Поред тога, већински акционар стечајног дужника има процесну легитимацију за жалбу против решења о отварању стечајног поступка.

58 Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006, 70.

59 Владимир Козар, Милан Почуча, „Штета у стечајном поступку“, *Осиурање, накнада штете и нови грађански судски поступци* (ур. Здравко Петровић), Београд, 2011, 135.

60 М. Караникић Мирић, 638.

Последице отварања стечајног поступка су ограничење правне способности, с обзиром на то да стечајни дужник више не може да буде носилац свих права и обавеза као пре, већ само окончава започете послове, као и потпуни губитак пословне способности, јер сви органи, заступници и пуномоћници губе своје функције, а у Регистар привредних субјеката уписује се стечајни управник, као *sui generis* законски заступник.

У правној теорији постоје различита схватања о правном положају стечајног управника. Према публицистичкој теорији, стечајни управник је службени судски орган, док је према теорији заступања – законски заступник стечајне масе, а према мешовитој теорији он је јавно-правни орган који заступа дужника и повериоце или је повереник поверилаца.

У случају укидања решења о отварању стечајног поступка, стечајни управник, који је именован првобитним решењем, наставља да обавља функцију привременог стечајног управника до доношења новог решења по предлогу за отварање стечајног поступка, и то без посебне одлуке суда.

Одговорност стечајног управника за штету проузроковану учесницима стечајног поступка у обављању функције, ограничена је на квалификоване облике кривице, што значи да одговара само за намеру или грубу непажњу, а не и за обичну непажњу. Велика законска овлашћења стечајног управника нису праћена истовременим прописивањем одговарајућег облика виности када је у питању његова одговорност за штету.

Коришћена литература

- Васиљевић Мирко, *Пословно право*, 5. издање, Београд, 1997. (Vasiljević Mirko, *Poslovno pravo*, 5. izdanje, Beograd, 1997)
- Велимировић Михаило, „Стечајни управник“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2005. (Velimirović Mihailo, „Stečajni upravnik“, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2005)
- Дукић Мијатовић Маријана, „Специфичности стечајне легислативе Републике Србије у транзиционој фази развоја привреде“, *Век и по реулисања стечаја у Србији* (ур. Небојша Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд, 2019. (Dukić Mijatović Marijana, „Specifičnosti stečajne legislative Republike Srbije u tranzicionoj fazi razvoja privrede“, *Vek i po regulisanja stečaja u Srbiji* (ur. Nebojša Šarkić, Vuk Radović, Gordana Ajnšpiler Popović, Vladimir Čolović), Beograd, 2019)
- Иванчевић Катарина, „Осигурање стечајног управника од професионалне одговорности“, *Век и по реулисања стечаја у Србији* (ур. Небојша

- Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд, 2019. (Ivančević Katarina, „Osiguranje stečajnog upravnika od profesionalne odgovornosti“, *Vek i po regulisanja stečajja u Srbiji* (ur. Nebojša Šarkiћ, Vuk Radović, Gordana Ajnšpiler Popović, Vladimir Čolović), Beograd, 2019)
- Козар Владимир, „Грађанско-правни основи одговорности стечајног управника и државе у стечајном поступку“, *Право, теорија и пракса*, бр. 1–3/2012. (Kozar Vladimir, „Građansko-pravni osnovi odgovornosti stečajnog upravnika i države u stečajnom postupku“, *Pravo, teorija i praksa*, br. 1–3/2012)
- Козар Владимир, Алексић Немања, „Мере обезбеђења и ‘мораторијум’ у претходном стечајном поступку“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018. (Kozar Vladimir, Aleksić Nemanja, „Mere obezbeđenja i ‘moratorijum’ u prethodnom stečajnom postupku“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2018)
- Козар Владимир, Алексић Немања, „Последице отварања стечајног поступка у српском процесном праву“, *Право и привреда*, бр. 2/2020. (Kozar Vladimir, Aleksić Nemanja, „Posledice otvaranja stečajnog postupka u srpskom procesnom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 2/2020)
- Козар Владимир, Алексић Немања, *Коментар Закона о стечају са новелама из 2017. године и судском праксом*, Београд, 2018. (Kozar Vladimir, Aleksić Nemanja, *Komentar Zakona o stečaju sa novelama iz 2017. godine i sudskom praksom*, Beograd, 2018)
- Козар Владимир, Почуча Милан, „Штета у стечајном поступку“, *Осуђурање, накнада штете и нови грађански судски поступци* (ур. Здравко Петровић), Београд, 2011. (Kozar Vladimir, Počuća Milan, „Šteta u stečajnom postupku“, *Osiguranje, naknada štete i novi građanski sudski postupci* (ur. Zdravko Petrović), Beograd, 2011)
- Кордић Јован, Зечевић Ђорђе, Словић Невена, Грчић Јасмина, *Коментар Закона о стечају и националних стандарда*, 3 издање, Београд, 2013. (Kordić Jovan, Zečević Đorđe, Slović Nevena, Grčić Jasmina, *Komentar Zakona o stečaju i nacionalnih standarda*, 3 izdanje, Beograd, 2013)
- Марија Караникић Мирић, „Вануговорна одговорност стечајног управника“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2018. (Marija Karanikić Mirić, „Vanugovorna odgovornost stečajnog upravnika“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2018)
- Миленовић Дара, „Правне последице отварања стечајног поступка“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 30/1990. (Milenović Dara, „Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 30/1990)

- Миленовић Дара, „Стечајни управник“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2010. (Milenović Dara, „Stečajni upravnik“, *Pravo i privreda*, br. 7–9/2010)
- Мићковић Миодраг, *Привредно право*, Крагујевац, 2010. (Mićović Miodrag, *Privredno pravo*, Kragujevac, 2010)
- Обућина Јасминка, „Положај и остваривање права стечајних поверилаца у поступку банкротства и поступку реорганизације“, доступно на адреси: [https://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Referat – Jasminka Obucina – Položaj i ostvarivanje prava stečajnih poverilaca.pdf](https://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Referat%20-%20Jasminka%20Obucina%20-%20Polo%C5%BEaj%20i%20ostvarivanje%20prava%20ste%C4%81ajnih%20poverilaca.pdf), 6. 4. 2022. (Obućina Jasminka, „Položaj i ostvarivanje prava stečajnih poverilaca u postupku bankrotstva i postupku reorganizacije“, dostupno na adresi: [https://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Referat – Jasminka Obucina – Položaj i ostvarivanje prava stečajnih poverilaca.pdf](https://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2015/Referat%20-%20Jasminka%20Obucina%20-%20Polo%C5%BEaj%20i%20ostvarivanje%20prava%20ste%C4%81ajnih%20poverilaca.pdf), 6. 4. 2022)
- Радованов Александар, *Грађанско процесно право*, 4. издање, Нови Сад, 2009. (Radovanov Aleksandar, *Građansko procesno pravo*, 4. izdanje, Novi Sad, 2009)
- Слијепчевић Драгиша, Спасић Слободан, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Београд, 2006. (Slijepčević Dragiša, Spasić Slobodan, *Komentar Zakona o stečajnom postupku*, Beograd, 2006)
- Царић Славко, Витез Мирослав, Дукић Мијатовић Маријана, Веселиновић Јанко, *Привредно право*, Нови Сад, 2016. (Carić Slavko, Vitez Miroslav, Đukić Mijatović Marijana, Veselinović Janko, *Privredno pravo*, Novi Sad, 2016)
- Цветковић Мирко, „Коментар Предлога закона о стечају“, 2004, доступно на адреси: <http://www.clds.rs/dokumenti/Stecaj.pdf>, 6. 4. 2022. (Cvetković Mirko, „Komentar Predloga zakona o stečaju“, 2004, dostupno na adresi: <http://www.clds.rs/dokumenti/Stecaj.pdf>, 6. 4. 2022)
- Чоловић Владимир, Милијевић Недељко, *Стечај – теорија, пракса*, Бања Лука, 2020. (Čolović Vladimir, Milijević Nedeljko, *Stečaj – teorija, praksa*, Banja Luka, 2020)
- Шаркић Небојша, Радуловић Дејан, Почуча Милан, *Посебни грађански поступци*, Београд, 2019. (Šarkić Nebojša, Radulović Dejan, Počuća Milan, *Posebni građanski postupci*, Beograd, 2019)

Vladimir KOZAR, PhD

Full professor at the University Business Academy in Novi Sad, Faculty of Law for Commerce and Judiciary, Serbia

Nemanja ALEKSIĆ, PhD

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

TRANSFER OF RIGHTS AND OBLIGATIONS TO THE BANKRUPTCY MANAGER AS A CONSEQUENCE OF THE OPENING OF BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Summary

This paper analyses provisions of the law, the standpoints of domestic court practice and the opinions of jurisprudence on the transfer of rights and obligations to the bankruptcy manager, as the most important consequence of opening bankruptcy proceedings against the bankruptcy debtor. It was pointed out that the representation and management function are merging in the person of the bankruptcy manager, while the members and shareholders of the bankruptcy debtor retain the ownership function with significant restriction of rights, which results in the suspension of the company’s assembly. The standpoint on the admissibility of the appeal of the majority shareholder against the decision to open bankruptcy proceedings is presented. The effects of bankruptcy on the loss of legal capacity and the transfer of representation rights to the bankruptcy manager, as well as on the limitation of the legal capacity of the bankruptcy debtor are explained. Different views on the legal position of the bankruptcy manager were pointed out. Issues related to the function of interim bankruptcy manager as a sui generis security measure after the revocation of the decision to open bankruptcy proceedings were considered. Also, theoretical and practical issues related to limiting the liability of the bankruptcy manager for damage caused to participants in the proceedings were analyzed, with different views and criticism of existing legal solutions.

Key words: Opening of Bankruptcy Proceedings. – Legal Consequences. – Bankruptcy Debtor. – Representation. – Bankruptcy Manager.

Датум пријема рада: 8. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 10. 6. 2022.

УДК: 347.724:347.462 ; 347.133.3

CERIF: S 144

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2203A

др **Вања СЕРЈЕВИЋ***

судија Привредног суда у Зајечару, Србија

НЕУРЕЂЕНЕ ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ СМРТИ ФИЗИЧКОГ ЛИЦА КАО ЈЕДИНОГ ЧЛАНА И ЗАСТУПНИКА ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ

Сажетак

Предмет рада су правне последице смрти јединог члана и заступника друштва с ограниченом одговорношћу, анализирани у судском поступку по предлогу повериоца за отварање стечаја над тим друштвом, који је поднео суду пре окончања оставинског поступка. Анализа случаја је показала бројне системске недостатке из којих проистиче потреба за изменама и дојунама: Закона о стечају, Закона о привредним друштвима, Закона о наслеђивању, Закона о ванпарничном поступку, Закона о матичним књигама и Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре. Аутор у закључку износи предлоге за измену и дојуну наведених прописа.

Кључне речи: *стечај. – Смрт. – Наслеђивање. – Члан друштва. – Заступник.*

* Електронска адреса аутора: [vanjaserjevic@gmail.com](mailto:vanejserjevic@gmail.com).

I Увод

Пракса показује да релевантни прописи привредног права не уређују питање смрти јединог члана и заступника друштва с ограниченом одговорношћу на потпун и свеобухватан начин. Ово питање је нарочито од значаја када се ради о инсолвентним друштвима, и то када поверилац поднесе привредном суду предлог за покретање стечајног поступка након смрти јединог члана и заступника стечајног дужника. Управо је такав предлог поднет Привредном суду у Зајечару, пред којим су се појавила бројна и изузетно сложена питања правних и фактичких последица смрти јединог члана и заступника друштва, као и међусобне условљености и утицаја следећих прописа: Закона о стечају,¹ Закона о парничном поступку,² Закона о привредним друштвима,³ Закона о наслеђивању,⁴ Закона о ванпарничном поступку,⁵ Закона о матичним књигама⁶ и Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре.⁷ Овај рад представља покушај да се академској и стручној јавности изложи проблем који је уочен у судској пракси – по својој природи веома практичан и животно условљен – али, истовремено, непотпуно и неадекватно уређен прописима. У поступку трагања за решењем насталог проблема, аутор у раду износи своје предлоге за ефективну примену релевантних прописа, као и за њихове измене и допуне у интересу поверилаца али и наследника умрлог члана и заступника друштва с ограниченом одговорношћу.

II Чињенични опис

Поверилац је поднео предлог за покретање стечајног поступка над друштвом с ограниченом одговорношћу. У поступку претходног

- 1 Закон о стечају, *Службени њасник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018.
- 2 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени њасник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020.
- 3 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени њасник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.
- 4 Закон о наслеђивању, *Службени њасник РС*, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УС и 6/2015.
- 5 Закон о ванпарничном поступку, *Службени њасник СРС*, бр. 25/82 и 48/88, *Службени њасник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – др. закон и 14/2022.
- 6 Закон о матичним књигама, *Службени њасник РС*, бр. 20/2009, 145/2014 и 47/2018.
- 7 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Службени њасник РС*, бр. 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021.

испитивања овог предлога, суд је по службеној дужности проверавао уписане податке о друштву у Регистру привредних субјеката, као и податке о физичком лицу које је уписано као једини члан и заступник тог друштва. На основу тако прибављених података, суд је утврдио да је друштво регистровано као једночлано друштво с ограниченом одговорношћу, чији је једини члан истовремено и једини заступник друштва, те да се ради о физичком лицу које је преминуло више од годину дана пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. Према даље прибављеним подацима, заоставштина преминулог члана и заступника расправљена је пред надлежним основним судом, и то по предлогу пуномоћника супруге оставиоца, која је један од законских наследника (поред потомака).

Увидом у прибављени спис оставинског предмета, утврђено је да супруга оставиоца није пријавила његов удео у друштву с ограниченом одговорношћу као имовину која припада заоставштини – те да овај удео, правно и фактички (са позиције суда који је расправљао заоставштину), представља имовину оставиоца за коју се није знало да припада заоставштини у време доношења решења о наслеђивању.

Такође, увидом у јавно доступне податке Регистра привредних субјеката, суд је закључио да наследници, као ни било који орган јавне власти (који је у обављању службених дужности сазнао за смрт члана и заступника) – нису пријавили чињеницу смрти члана и заступника Агенцији за привредне регистре. Тачније, регистровани јавни подаци о члану и заступнику једночланог друштва с ограниченом одговорношћу више од годину дана не одговарају стварном, фактичком стању ствари – имајући у виду да је преминуло физичко лице више од годину дана након смрти и даље евидентирано као члан и заступник друштва.

Независно од тога, Агенција за привредне регистре је по службеној дужности објавила обавештење о постојању разлога из члана 546 став 1 тачка 10 Закона о привредним друштвима за покретање поступка принудне ликвидације над овим привредним друштвом – због недостављања финансијских извештаја за две узастопне пословне године које претходе години у којој се подносе финансијски извештаји.

III Правна питања

1. Закон о стечају

Закон о стечају, као посебни закон, уопште не уређује поступак стечаја над једночланим друштвом чији једини члан и заступник фактички не постоји у тренутку подношења предлога за покретање стечајног поступка.

Чланом 105 став 1 овог закона прописано је да отварањем стечајног поступка стечајни управник преузима целокупну имовину која улази у стечајну масу и њоме управља. У предметном случају се поставља питање: како поступити по претходној одредби, када стечајни дужник постоји само формално, јер нема заступника или другог органа управљања који има обавезу да у име стечајног дужника изврши примопредају имовине привредног друштва стечајном управнику?

Затим, чланом 61 став 3 у вези става 2 истог члана Закона о стечају прописано је да су следећа лица дужна да стечајном управнику одмах по позиву предају рачуноводствене исправе, пословне књиге, печате, кључеве и шифре стечајног дужника и да предају или омогуће приступ рачуноводственом софтверу: овлашћена лица стечајног дужника, пуномоћници и лица која за стечајног дужника врше финансијске послове и послове ревизије, чланови извршног, управног и надзорног одбора стечајног дужника, као и контролни чланови друштва. Као и код претходног питања, и овде се суочавамо са чињеницом да је једини члан и заступник друштва преминуо, а додатно и са чињеницом да годинама нису предавани финансијски извештаји друштва. Имајући у виду и то да је од смрти овог лица протекло више од годину дана, као и да његова супруга у оставинском поступку није пријавила удео оставиоца у друштву као део његове заоставштине – основано се може посумњати у то да су рачуноводствене исправе и пословне књиге непотпуне, неажурне, па чак и сакривене или уништене. С тим у вези је и проблем примене члана 109 Закона о стечају, којим је прописана обавеза стечајног управника да – у року од 30 дана од дана преузимања имовине и права стечајног дужника – састави почетни стечајни биланс у коме ће навести и упоредити активу и пасиву стечајног дужника (став 1), као и његова обавеза да суду и одбору поверилаца поднесе извештај о економско-финансијском положају дужника (заједно са почетним стечајним билансом) најкасније пет дана пре дана одржавања првог поверилачког рочишта (став 3).

Очигледно је да из истих разлога неће бити могућности ни за примену одредбе члана 61 став 1 Закона о стечају којом је прописана обавеза овлашћеног лица стечајног дужника да пружи све податке и обавештења на захтев стечајног судије и стечајног управника, и то без одлагања.

2. Привремени старалац заоставштине, као привремени заступник друштва

Чланом 7 став 1 Закона о стечају прописано је да се на питања која нису посебно уређена овим законом, сходно примењују одговарајуће одредбе закона којим се уређује парнични поступак.

Закон о парничном поступку садржи одредбе о постављању привременог заступника када се у току парничног поступка покаже да би редован поступак око постављања законског заступника туженом трајао дуго, па би због тога могле да настану штетне последице за једну или обе странке у поступку, при чему се за привременог заступника поставља адвокат по редоследу са списка адвоката који суду доставља надлежна адвокатска комора (члан 81 став 1). Према одредби члана 81 став 3 у вези става 2 тачка 1 ЗПП, суд може да постави привременог заступника и правном лицу које нема заступника, с обзиром на то да правно лице није парнично способно.

Поставља се питање да ли су ове одредбе применљиве у предметном случају, као и у стечајном поступку уопште, с обзиром на то да се односе на привремено заступање у парничном поступку, као и да постоји конкуренција тих одредби са одредбама Закона о привредним друштвима које се односе на институт привременог заступника.

Наиме, поступак постављања привременог заступника привредном друштву уређен је другим, посебним законом – Законом о привредним друштвима, те се овде појављује проблем конкуренције напред наведених одредби ЗПП са одредбама тог закона. Намеће се закључак да би требало применити одредбе Закона о привредним друштвима, према којима се привремени заступник привредног друштва поставља у ванпарничном поступку, на захтев заинтересованог лица.⁸ Тачније, одредбе ЗПП о постављању привременог заступника по редоследу са списка адвоката применљиве су само у парничном поступку, али не и у стечајном поступку који је, по својој природи, ванпарнични, па принцип разумности указује на природну и логичну везу између стечајног поступка и других ванпарничних поступака уређених Законом о привредним друштвима, као посебним законом.

С тим у вези, оправданим се поставља питање посебних квалификација лица које суд у ванпарничном поступку може поставити као привременог заступника привредног друштва. Као што смо видели, у парничном поступку се интереси обе странке задовољавају постављањем адвоката по редоследу са списка који суду доставља надлежна адвокатска комора. Међутим, привремени заступник стечајног дужника би требало да има посебна знања у области привредног и пословног права с обзиром на захтевне обавезе које заступник друштва има према напред поменутих одредбама Закона о стечају. Сматрамо да би, у вези са тим

8 Чланом 221 ставом 4 Закона о привредним друштвима прописано је да ако је друштво остало без директора, а нови директор не буде регистрован у регистру привредних субјеката у даљем року од 30 дана – члан друштва или друго заинтересовано лице може тражити да суд у ванпарничном поступку постави привременог заступника друштва.

проблемом, требало применити посебне одредбе о именовану привременог заступника капитала према Закону о приватизацији.⁹

Међутим, у предметном случају се проблем постављања привременог заступника продубљује и отвара додатно питање конкуренције посебних одредби закона којим се уређује наслеђивање. Наиме, чланом 172 став 2 Закона о привредним друштвима („Пренос удела путем наслеђа“) прописано је да суд надлежан за спровођење оставинског поступка иза преминулог члана друштва може, на захтев друштва или једног од наследника преминулог члана друштва, поставити привременог стараоца заоставштине, који ће у име и за рачун наследника преминулог члана друштва вршити чланска права у друштву. С тим у вези, чланом 210 став 2 Закона о наслеђивању прописано је да суд може привременог стараоца заоставштине поставити и на захтев оставиочевих поверилаца, испорукопримца или корисника налога.

Као што смо у чињеничном опису случаја навели, оставински суд је расправио заоставштину, али до доношења решења о наслеђивању није имао сазнања да је имовину оставиоца чинио и његов удео у друштву с ограниченом одговорношћу. Наведени пропуст се може отклонити применом релевантних одредби Закона о ванпарничном поступку. Наиме, чланом 128 став 1 овог закона прописано је да, ако се по правноснажности решења о наслеђивању или решења о легату пронађе имовина, за коју се у време доношења решења није знало да припада заоставштини, суд неће поново расправљати заоставштину, већ ће ову имовину новим решењем расподелити на основу раније донесеног решења о наслеђивању. Такође, према одредби члана 100 став 3 истог закона, ако попис имовине није извршен, суд може на основу података заинтересованих лица сам утврдити имовину која улази у заоставштину.

Закључујемо да би привременог заступника друштва с ограниченом одговорношћу, чији је једини члан и заступник преминуо, требало да постави суд надлежан за спровођење оставинског поступка (основни суд према месту последњег пребивалишта, односно боравишта оставиоца), и то на захтев једног од наследника, али и других заинтересованих лица, међу којима су и оставиочеви повериоци, као и повериоци поманутог привредног друштва.

Проистиче да је поверилац у предметном случају требало да поднесе предлог оставинском суду за постављање привременог стараоца

9 Закон о приватизацији, *Службени гласник РС*, бр. 83/2014, 46/2015 и 112/2015. Чланом 42 ставом 2 овог закона прописане су квалификације лица које може бити именовано за заступника капитала, док су у ставу 4 истог члана описане дужности овог заступника.

заоставштине. Тек по постављању овог стараоца, односно заступника, поверилац може поднети предлог привредном суду за покретање стечајног поступка.

3. Удео преминулог члана друштва као део његове заоставштине

Закон о привредним друштвима у члану 172 уређује питање преноса удела путем наслеђа. Наведеним чланом је, наиме, прописано да у случају смрти члана друштва с ограниченом одговорношћу наследници тог члана стичу његов удео у складу са законом којим се уређује наслеђивање (став 1). На захтев друштва или једног од наследника преминулог члана друштва, суд надлежан за спровођење оставинског поступка иза преминулог члана друштва може поставити привременог стараоца заоставштине који ће у име и за рачун наследника преминулог члана друштва вршити чланска права у друштву (став 2).

Предметни судски случај потврдио је да у правном систему Републике Србије није успостављен правни основ и механизам који омогућава узајамну размену података о смрти члана друштва између надлежне службе за вођење матичних књига, оставинског суда, јавног бележника и Агенције за привредне регистре.

Закључујемо да би поменути размену података између надлежних институција требало успоставити одмах по пријави смрти физичког лица које је имало статус члана у привредном друштву, како би оставински суд у најкраћем року након дана смрти могао по службеној дужности да постави привременог стараоца заоставштине, који ће у име и за рачун наследника оставиоца вршити чланска права у друштву. У случају да из било којих разлога оставински суд то, ипак, не учини – треба омогућити повериоцима оставиоца, односно повериоцима привредног друштва чији је оставилац био једини члан и заступник, да постављање привременог заступника друштва захтевају у ванпарничном поступку пред привредним судом, у складу са чланом 221 став 4 ЗПД.

Као што смо видели, оставински поступак у предметном случају вођен је пред надлежним основним судом на предлог супруге оставиоца, која није пријавила удео у друштву као део имовине оставиоца коју би требало расправити. Удео у друштву с ограниченом одговорношћу представља јавно доступан податак који се региструје у складу са Законом о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре. Међутим, није доступна претрага ове врсте података према личним подацима физичких лица која су регистрована као чланови друштва,

те је оставинском суду и јавном бележнику¹⁰ ускраћена могућност утврђивања и провере ових података по службеној дужности при састављању смртовнице, односно пописа и процене имовине умрлог. Предлог је да се ови недостаци у систему регистрације привредних субјеката отклоне, како би се омогућила већа транспарентност и размена података који су битни за потпуно и ефективно расправљање заоставштине преминулог члана друштва с ограниченом одговорношћу.

IV Поступање суда по предметном предлогу повериоца

Суд је одбацио предлог повериоца за покретање стечајног поступка, с позивом на све напред наведене одредбе Закона о привредним друштвима и Закона о наслеђивању. У образложењу одлуке је наведено да је постојање разлога за покретање стечајног поступка над дужником (као странком у том поступку) могуће ценити тек пошто стечајни дужник добије привременог стараоца заоставштине у смислу члана 172 став 2 ЗПД и члана 210 став 2 Закона о наслеђивању, или привременог заступника друштва у смислу члана 221 став 4 Закона о привредним друштвима. С обзиром на то да је Агенција за привредне регистре објавила обавештење о постојању разлога за покретање поступка принудне ликвидације, суд је у одлуци указао и на потребу решавања проблема конкуренције између стечајног поступка и поступка принудне ликвидације – којим се, услед његове сложености, овде нећемо бавити.

У поступку одлучивања о предлогу повериоца за покретање стечајног поступка, суд је извршио увид у списе оставинског предмета надлежног основног суда и утврдио да приликом састављања смртовнице није извршен попис и процена имовине оставиоца, те да предметни удео оставиоца у привредном друштву (једночланом друштву с ограниченом одговорношћу) није био предмет расправљања у оставинском поступку који је правноснажно окончан решењем о наслеђивању.

Сагласно утврђеним чињеницама и напред цитираним одредбама принудних прописа, Привредни суд у Зајечару је по службеној дужности упутио допис надлежном оставинском суду – којим га је обавестио о постојању удела у друштву, као имовине за коју се у време доношења решења о наслеђивању није знало да припада заоставштини. С тим у вези, указао је на потребу да се овај удео новим решењем расподели на

10 Према одредби члана 92 става 2 Закона о ванпарничном поступку, када прими извод из матичне књиге умрлих, оставински суд доноси решење којим поверава јавном бележнику да састави смртовницу. Такође, јавни бележник врши попис и процену имовине умрлог на основу одлуке суда (чл. 96 ст. 1). Најзад, оставински суд по пријему смртовнице може донети решење којим спровођење оставинског поступка поверава јавном бележнику (чл. 110а).

основу раније донетог и правноснажног решења о наслеђивању, те да је такво решење потребно доставити Агенцији за привредне регистре ради уписа података о преносу удела путем наслеђа. Посебно је наглашена хитност у поступању, имајући у виду да постоје повериоци друштва с ограниченом одговорношћу које нема заступника и о чијој имовини се након смрти оставиоца (као јединог члана и заступника) нико не стара, нити њоме управља и спроводи одговарајуће мере обезбеђења.

V Закон о привредним друштвима – недоследности у погледу последица смрти члана привредног друштва

Чини се да одредбе ЗПД о последицама смрти члана привредног друштва нису доследне, с обзиром на то да то питање на различите начине уређују у односу на поједине правне форме привредних друштава.

1. Ортакчко друштво

Када је у питању ортакчко друштво, Закон у члану 119 став 1 одређује да се удео ортака не наслеђује у случају његове смрти, изузев ако је уговором о оснивању одређено да друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака. Дакле, последице смрти ортака првенствено уређују одредбе уговора о оснивању. Међутим, ако ортаци ово питање нису уредили на наведени начин уговором о оснивању, примењује се опште правило, према коме се удео преминулог ортака не наслеђује, већ распоређује сразмерно на преостале ортаке.

У случају да су ортаци, ипак, уговором о оснивању друштва утврдили да друштво наставља да послује са наследницима преминулог ортака – примена такве уговорне одредбе није безусловна, већ зависи од воље наследника. Наиме, одредбом члана 119 став 2 ЗПД предвиђена је сагласност наследника да ступе на место преминулог ортака. Према одредби става 3 истог члана, наследници могу у року од 30 дана од дана правноснажног окончања оставинског поступка да захтевају од друштва да ступе на место преминулог ортака. С друге стране, ако наследници изричито изјаве да не желе да ступе на место овог ортака, или у року из става 3 то не захтевају од друштва – удео преминулог ортака се распоређује сразмерно на преостале ортаке. Такође, ако само неки од наследника не ступе на место преминулог ортака у складу са претходним одредбама, онда они имају право на исплату накнаде за удео сразмерно свом наследном делу, у складу са одредбама члана 122 овог закона (члан 119 став 4).¹¹

11 С тим у вези, од значаја је одредба члана 122 став 3 ЗПД, према којој је ортак који иступа из друштва – ако је вредност имовине друштва на дан иступања недовољна

Међутим, нема законских одредби о одговорности наследника за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине, имајући у виду неограничену солидарну одговорност ортака за обавезе друштва.¹² Такође, законом није уређено ни питање повезаности и конкуренције ових одредби са релевантним одредбама Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку – у погледу права наследника да приме наслеђе које им припада по закону или тестаменту, или да се одрекну од наслеђа. С тим у вези, чланом 214 Закона о наслеђивању прописано је да је изјава о одрицању од наслеђа неопозива и да не може бити дата под условом или роком, као и да одрицање од наслеђа не може бити делимично.

2. Командитно друштво

За разлику од ортачког друштва, ЗПД не препушта ово питање уговору о оснивању друштва, већ исто непосредно уређује принудним одредбама члана 137. Када су у питању командитори, Закон у ставу 1 овог члана прописује да командитно друштво не престаје у случају смрти командитора, док је одредбом става 2 прописано да наследници командитора ступају на његово место. С тим у вези, Закон не прописује потребну сагласност наследника командитора да ступе на његово место, те се чини да је наследницима то наметнуто као обавеза уколико се у оставинском поступку прихвате наслеђа које им припада на основу закона или тестаamenta командитора, као оставиоца.

С друге стране, одредбама става 4 и 5 истог члана уређене су последице смрти комплементар, али на нејасан и, чини се, непотпун начин. Наиме, Закон у члану 137 став 4 прописује последице смрти *јединог* комплементар, те се поставља питање последица смрти комплементар када командитно друштво има више од једног комплементар. Сагласно одредби става 4, у случају смрти јединог комплементар друштво наставља да послује са наследницима преминулог комплементар, ако наследници у року од три месеца од дана правноснажног окончања оставинског поступка захтевају упис промене комплементар у регистар. Дакле, за разлику од ортачког друштва, није потребно да овај пренос удела комплементар по основу наслеђа буде предвиђен уговором о оснивању, нити се захтева изричита сагласност наследника, као ни њихова обавеза подношења захтева друштву да ступе на место преминулог комплементар. Недоследно аналогној одредби члана 119 став 3

за покриће обавеза друштва – у обавези да исплати друштву део непокривеног износа сразмерно свом уделу у друштву у року од шест месеци, ако уговором о оснивању није одређен други рок.

12 Чланом 222 Закона о наслеђивању прописано је да наследник одговара за оставиочеве дугове до висине вредности наслеђене имовине.

ЗПД (којом је прописан рок од 30 дана од дана правноснажног окончања оставинског поступка, у коме наследници ортака могу да захтевају од друштва да ступе на место преминулог ортака) – одредбом члана 137 став 4 ЗПД се од наследника (*јединоі*) комплементара очекује, тј. захтева (у случају да имају намеру да ступе на место преминулог комплементара) да у року од три месеца од дана правноснажног окончања оставинског поступка поднесу захтев за упис промене у регистар. У случају да то не учине у овом року, имају право на исплату накнаде за удео сразмерно свом наследном делу, сагласно одредби става 5 истог члана у вези члана 122 ЗПД.

Као и у случају ортачког друштва, и овде нема одредби о одговорности наследника за обавезе преминулог комплементара до висине наслеђене имовине, нити је уређено питање повезаности и конкуренције наведених одредби са правом наследника да приме наслеђе које им припада по закону или тестаменту, или да се одрекну од наслеђа.

3. Друштво с ограниченом одговорношћу

ЗПД у члану 172 став 1 изричито прописује да наследници преминулог члана друштва стичу његов удео у складу са законом којим се уређује наслеђивање. Нема, међутим, одредби о року у коме су наследници дужни да захтевају упис промене у регистар, као ни одредби о последицама смрти *јединоі* члана друштва. Проистиче да, за разлику од напред анализираних одредби о последицама смрти ортака и комплементара, наследници преминулог члана друштва с ограниченом одговорношћу немају право на опредељење у погледу преузимања удела оставиоца и настављања пословања друштва – осим у случају одрицања од наслеђа у оставинском поступку, у складу са општим правилима закона којим се уређује наслеђивање. Закључак је да ЗПД уводи посебан режим наслеђивања у односу на удео ортака и комплементара, који је независан од општег режима наслеђивања по закону којим се уређује наслеђивање, те се оправдано може поставити питање уставности тих одредби.¹³ С друге стране, ЗПД не уводи посебан режим наслеђивања у односу на удео преминулог члана друштва с ограниченом одговорношћу (као ни у односу на удео преминулог командитора), али не садржи ни одредбе о обавези наследника да у одређеном року по правноснажном окончању оставинског поступка (или након смрти члана друштва) поднесу захтев за упис промене у регистар. Као што је у претходном делу рада наведено, недостају и битне одредбе о последицама смрти јединог

13 Чланом 59 ставом 1 Устава Републике Србије прописано је: „Јемчи се право наслеђивања, у складу са законом“. Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021.

члана и заступника друштва – посебно о последицама на поступке који за циљ имају престанак друштва,¹⁴ покренуте након смрти јединог члана и заступника, а пре постављања привременог стараоца заоставштине у оставинском поступку, или привременог заступника друштва у посебном ванпарничном поступку.

VI Нека запажања из упоредног права

Правна литература о статусу једночланог привредног друштва након смрти члана у америчком праву указује да ово питање није уређено на јединствен начин.¹⁵ Пре свега, оснивачима једночланих компанија остављено је право да последице смрти члана одреде у оснивачком акту или другом организационом акту компаније (*organizational documents*). Приметно је, међутим, да у стварности преовлађује одсуство уређења последица смрти у компанијским актима, а тамо где то јесте случај – да последице смрти на опстанак и пословање компаније нису уређене на адекватан и потпун начин. У таквим случајевима се примењују законска правила о последицама смрти јединог члана компаније са ограниченом одговорношћу (*default statutory rules*). У федералним државама, какве су Сједињене Америчке Државе (САД), постоје разлике у законским решењима федералних јединица, што је дало повода процесима унификације (уједначавања) права. Тако су настала и развила се четири различита модела једнообразних правила. Према првом моделу, компанија по сили закона престаје након смрти јединог члана.¹⁶ Други понуђени модел заступа правило по коме до престанка компаније након смрти јединог члана може доћи само на основу судске одлуке донете по захтеву лица који је правни следбеник преминулог члана.¹⁷ Трећи модел допуњује други, увођем јасне могућности замене преминулог члана, као начина и пуноважног основа за опстанак компаније у формалном (правном) и фактичком (пословном) смислу.¹⁸ Према овом моделу, до престанка компаније неће доћи ако у наредном периоду од 90 дана након смрти јединог члана – његов законски заступник (енг. *legal / representative*) одреди лице које ће постати члан компаније до истека тог

14 Стечај (по предлогу повериоца) или принудна ликвидација (по службеној дужности Агенције за привредне регистре).

15 Наведено према: F. Philip Manns Jr., Timothy M. Todd, „Issues Arising upon the Death of the Sole Member of a Single-Member LLC“, *Marquette Law Review*, Nr. 3/2016, 725.

16 АБА Прототип закона (*ABA Prototype Act [1992]*).

17 ULLCA Јединствени закон о друштвима са ограниченом одговорношћу (*ULLCA – Uniform Limited Liability Company Act [1996]*).

18 RULLCA Ревидирани јединствени закон о друштвима са ограниченом одговорношћу (*RULLCA – Revised Uniform Limited Liability Act [2006]*).

периода – наравно, уз сагласност тј. пристанак тог лица. У пракси се, међутим, јавио проблем око тумачења појма законског заступника преминулог члана компаније. Последњи, четврти модел преузима решење понуђено претходним моделом, с тим што одлуку о именовању новог члана не доноси законски заступник преминулог члана, већ сва лица на која су прешла права преминулог члана (наследници), и то једногласно.¹⁹

VII Закључак

Анализом чињеничног основа једног судског случаја и његових правних последица, потврдили смо постојање значајних системских недостатака који се односе на статусне и наследноправне последице смрти физичког лица које је једини члан и заступник друштва с ограниченом одговорношћу.

У циљу превазилажења описаних проблема, потребно је системски уредити електронску размену чињенице о смрти физичког лица између следећих субјеката: Регистра матичних књига,²⁰ оставинског суда према месту пребивалишта/боравишта умрлог у време смрти, јавног бележника и Агенције за привредне регистре. Потребно је, такође, омогућити претрагу чланова и заступника друштва с ограниченом одговорношћу (у оквиру успостављеног система електронске размене података) према ЈМБГ преминулог физичког лица.

Закон о наслеђивању и Закон о ванпарничном поступку би требало допунити одредбом о обавези оставинског суда да у року од пет дана од дана пријема податка о смрти лица, по службеној дужности, донесе одлуку о одређивању привременог заступника, који ће у име и за рачун тог друштва, предузимати правне радње и послове у оквирима законом прописаних надлежности скупштине друштва и органа управљања (заступника) друштва. С тим у вези, требало би при министарству надлежном за послове привреде или правосуђа установити регистар овлашћених заступника капитала, који могу бити именовани за привременог заступника друштва. Такође, изменама и допунама Закона о наслеђивању треба установити посебан наследноправни режим у односу на имовинска права оставиоца на уделу у друштву, тако што би се наследницима омогућило делимично одрицање од наслеђа само у односу на удео оставиоца у друштву. Тиме би се одредбе Закона о наслеђивању усагласиле са релевантним одредбама Закона о привредним друштвима које уређују последице смрти члана друштва.

19 АВА Ревидирани прототип закона (*ABA Revised Prototype Act [2011]*).

20 Регистар матичних књига је јединствена база података о личном стању грађана која се води у електронском облику. (Закон о матичним књигама, чл. 33 ст. 1).

Закон о привредним друштвима би требало изменити тако да одредбе о последицама смрти члана друштва буду усаглашене код свих релевантних правних форми (ортачког друштва, командитног друштва и једночланог друштва с ограниченом одговорношћу), као и са одредбама Закона о наслеђивању – у складу са примедбама изнетим у раду. Треба имати у виду и то да Закон о привредним друштвима не препознаје последице смрти јединог члана и заступника друштва с ограниченом одговорношћу на исти начин као последице смрти ортака и комплементара – ни у вези са прописаним разлозима за покретање поступка принудне ликвидације. Према члану 546 став 1 тачка 3 ЗПД, принудна ликвидација се покреће над ортачким друштвом у случају смрти ортака, ако друштво остане са једним ортаком, а ниједан од наследника преминулог ортака у складу са чланом 119 овог закона не буде уписан у регистар као члан друштва у року од три месеца од дана правноснажног окончања оставинског поступка. На исти начин је прописан и разлог за покретање поступка принудне ликвидације над командитним друштвом, у случају смрти *јединог* комплементара (члан 546 став 1 тачка 4 ЗПД). Међутим, Закон не препознаје смрт *јединог* члана друштва с ограниченом одговорношћу као разлог за покретање поступка принудне ликвидације, у случају да у року од три месеца од дана правноснажног окончања оставинског поступка наследник преминулог члана не буде уписан у регистар као члан друштва, те би га у том делу требало допунити и, с тим у вези, ревидирати одредбу члана 546 став 1 тачка 7 ЗПД.

Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре треба допунити одредбама које се односе на системску електронску размену података између Регистра матичних књига и Агенције, као и на обавезу Агенције да у року од 24 сата од тренутка пријема податка о смрти физичког лица по службеној дужности изврши забележбу брисања тог лица у својству члана и заступника друштва. По пријему одлуке оставинског суда о одређивању привременог заступника друштва, Агенција би извршила упис брисања преминулог заступника (и члана) друштва, уз истовремени упис привременог заступника по одлуци суда.

Закон о стечају би требало ускладити са измењеним одредбама Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку, тако што би посебним одредбама био уређен проблем стечаја над друштвом с ограниченом одговорношћу које је услед смрти остало без јединог члана и заступника. У складу са иновираним одредбама закона у области наслеђивања – према којима би оставински суд био дужан да у року од пет дана од дана пријема податка о смрти лица донесе одлуку о одређивању привременог заступника друштва у коме је оставилац имао статус јединог члана и заступника – потребно је прописати да ће

привредни суд одбацити предлог за отварање стечаја који је поднет према овом друштву пре него што оставински суд донесе одлуку о именовању привременог заступника, односно пре него што стечајни дужник добије привременог заступника у посебном ванпарничном поступку (према члану 221 став 4 ЗПД).

Коришћена литература

Manns Jr. F. Philip, Todd Timothy M., „Issues Arising upon the Death of the Sole Member of a Single-Member LLC“, *Marquette Law Review*, Nr. 3/2016.

Vanja SERJEVIĆ, PhD

Judge at the Commercial Court in Zaječar, Serbia

THE UNATTENDED LEGAL CONSEQUENCES OF THE DEATH OF THE SOLE MEMBER AND REPRESENTATIVE OF A SINGLE-MEMBER LIMITED LIABILITY COMPANY

Summary

The article deals with the legal consequences of the death of the sole member and representative of a single-member limited liability company, analysed in a judicial case upon the creditor's bankruptcy application against the company – which was filed before the ending of the intestate succession proceedings before the probate court. The analysis brought to light numerous deficiencies and discrepancies of the following systemic laws of the Republic of Serbia: The Bankruptcy Act, The Companies Act, The Succession Act, etc. Author makes proposals for the amendments of the pertinent acts of law in the conclusion.

Key words: *Bankruptcy. – Death. – Succession. – Company's member. – Representative.*

Датум пријема рада: 12. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 5. 2022.

УДК: 341.638:339.727.22/.24(4-672EU) ; 346.543

CERIF: S 144

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2204A

мр Радмила ДРАГИШИЋ*
докторанд Универзитета у Бањој Луци – Правног факултета,
замјеник директора Републичког секретаријата за законодавство,
Босна и Херцеговина

УТИЦАЈ СЛУЧАЈА „АСНМЕА“ НА ПОЛОЖАЈ ИНТРА-ЕУ БИЛАТЕРАЛНИХ ИНВЕСТИЦИОНИХ УГОВОРА

Сажетак

У овом раду се, кроз примјену аналитичких и синтетичких метода, при чему у оквиру њих средишње мјесто заузимају анализа садржаја и компаративна анализа, разматра случај Аштеа као одабрани примјер из јуриспруденције Суда правде Европске уније. Случај се разматра како бисмо сазнали о његовом утицају на положај интра-ЕУ билатералних инвестиционих уговора и његовом потенцијалу да, у недостигању експлицитних одредаби у праву европске организације које уређују однос између интра-ЕУ БИТ-ова и права Европске уније, успостави правну сигурност. У раду анализирамо и споразум о престанку билатералних уговора о инвестицијама од 5. маја 2020. године између држава чланица Европске који је уследио након случаја Аштеа и представља наставак институционалног дјеловања Уније у правцу стављања ван снаге интра-ЕУ БИТ-ова.

* Електронска адреса аутора: r.dragisic@rsz.vladars.net.

Кључне ријечи: *Јуриспруденција. – Случај Ачтеа. – Арбитража. – Инвестиције. – БИТ арбитража.*

І Увод

Посебну врсту арбитраже представља арбитража која се уговара у оквиру билатералног инвестиционог уговора (БИТ), као инструмента међународне заштите страних инвестиција¹ који закључују двије суверене државе у циљу промоције и заштите приватних инвестиција својих пословних субјеката.² БИТ-ови се састоје из двије основне компоненте – једна се односи на заштиту страних инвестиција (нуклеус заштите који укључује национални третман, третман најповлашћеније нације, компензацију за експропријацију и права на пренос капитала), а друга на процедуралне одредбе о рјешавању инвестиционог спора (које се активирају у случају да уговорница не поступа у складу са преузетим обавезама).

Инвестициони спор се рјешава покретањем међународне арбитраже, често под покровитељством Међународног центра за рјешавање инвестиционих спорова (ICSID)³, с тим да клаузуле о рјешавању спорова у многим БИТ-овима, поред Центра,⁴ реферишу и на судове државе домаћина, процедуре договорене од стране уговорница, арбитражу Међународне трговинске коморе у Паризу,⁵ арбитражу Комисије Уједињених нација за међународно трговинско право⁶ или на *ad hoc*

1 Jeswald Salacuse, „BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries“, *The International Lawyer*, Vol. 24, Nr. 3/1990, доступно на адреси: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2743&context=til>, 1. 10. 2021, 655–67.

2 О поријеклу БИТ-ова вид. Danilo Ruggero Di Bella, „The Origins of BITs: Bilateral Conventions of Establishment (BCEs)“, *Opiniojuris*, 2020, доступно на адреси: <http://opiniojuris.org/2020/05/20/re-...>, 3. 10. 2020.

3 Конвенција о рјешавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*), доступно на адреси: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>, 3. 10. 2020.

4 Jaime Martínez Estévez, James Otis Rodner, „BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention has Been Denounced“, *Journal of International Arbitration*, Vol. 29, Nr. 4/2012, 437–451.

5 Арбитражна правила Међународне трговинске коморе (*ICC Rules of Arbitration*), доступно на адреси: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>, 15. 1. 2021.

6 Арбитражна правила Комисије за међународно трговинско право УН (*UNCITRAL Arbitration Rules*), доступно на адреси: <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/>

арбитражу.⁷ Свака страна (а ту се мисли на државе које су закључиле БИТ) даје понуду за закључење арбитражног споразума. Споразум настаје прихватам те понуде тако што улагач активира механизам предвиђен дијагоналном клаузулом.⁸

Без обзира на одређену тенденцију смањивања преговарања и пораста раскидања БИТ-ова,⁹ овај облик заштите страних инвестиција и даље представља веома актуелну и једну од најактивнијих области стварања међународног права јер на међународном нивоу не постоји свеобухватни правни оквир, а ни међународно обичајно право не нуди свеобухватна рјешења за регулисање управљања страних инвестиција.

Сагласно Уговору о функционисању Европске уније (ТФЕУ),¹⁰ директна страна улагања укључена су у област заједничке трговинске политике (члан 207 ТФЕУ) над којом Унија има искључиву надлежност (члан 3 ТФЕУ). Поменуто укључивање произвело је одређене нејасноће у вези са обухватом заједничке трговинске политике. У циљу појашњења, Суд правде је у савјетодавном мишљењу 2/15 од 16. маја 2017. године, поводом закључивања првог свеобухватног трговинског и инвестиционог споразума у оквиру заједничке трговинске политике након Лисабона (Споразума о слободној трговини између Европске уније и Сингапура),¹¹ појаснио да индиректне инвестиције и рјешавање инвестиционих спорова (*investor-state dispute settlement* – ИСДС) нису обухваћени чланом 207(1) ТФЕУ, и да су остали под заједничким надлежностима.¹² У пракси, ова подјела надлежности има за посљедицу да ће споразуми који покривају и стране директне и индиректне инвестиције и/или ИСДС

contractualtexts/arbitration, 15. 1. 2021.

- 7 О врсти инвестиционих спорова и различитим механизмима за њихово рјешавање вид. Маја Станивуковић, „Арбитража између државе и улагача на основу споразума о заштити и унапређењу улагања“, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића* (ур. Мирко Васиљевић), Београд, 2006, 516–518.
- 8 Владимир Павић, „Будућност заштите страних улагања у Србији након случаја Achmea“, *Harmonius*, 2018, 172.
- 9 Вања Павићевић, „Реформа билатералних инвестиционих споразума – од кризе легитимитета до инструмента социјалне и еколошке правде“, *Стране инвестиције у Србији: нови њоџеги* (ур. Сања Јелисавац Трошић), Београд, 2019, 188–208.
- 10 Споразум о функционисању Европске уније (*Treaty on the Functioning of the European Union*, ОЈ С 326, 26. 10. 2012; даље у фуснотама: ТФЕУ).
- 11 Opinion of the Court 2/15 16 May 2017, ECLI:EU:C:2017:376, пара. 305.
- 12 Одредба члана 207(1) ТФЕУ гласи: „Заједничка трговинска политика заснива се на јединственим начелима, посебно у односу на промјене царинских стопа, закључивање царинских и трговинских споразума о трговини робом и услугама те трговинске аспекте интелектуалне својине, директна страна улагања и постизање уједначености мјера либерализације, извозну политику и мјере за заштиту трговине, попут оних које се предузимају у случају дампинга или субвенција.“

бити закључени као мјешовити споразуми, или ће постепено нестати због сувише захтјевног поступка ратификације.¹³ Исте године, 5. децембра, у предмету *C-600/14 Germany v. Council (OTIF)*¹⁴ Суд се поново осврнуо на одредбе Споразума о слободној трговини са Сингапуром, констатујући да одредбе тог споразума које се односе на индиректна страна улагања Унија није могла одобрити сама, без сагласности држава чланица. Експлицитно је указао на немогућност да се унутар Савјета постигне потребна већина како би Унија сама могла извршавати спољну надлежност коју у том подручју дијели са државама чланицама.¹⁵

У наставку разматрамо случај *Achmea* који је, између осталог, посебан и по томе што се Суду правде први пут указала прилика да се изјасни о осјетљивом питању усклађености БИТ-ова које су државе чланице Уније закључивале међусобно, прије или након ступања у њено чланство, са одредбама чл. 18, 267 и 344 ТФЕУ.¹⁶

II Поступак пред Судом правде Европске уније

Суду правде Европске уније упућен је 23. маја 2016. године захтјев за доношење одлуке о претходном питању¹⁷ у оквиру поступка који је покренут пред њемачким редовним судовима у сврху поништења коначне арбитражне одлуке од 7. децембра 2012. године коју је донио арбитражни суд са сједиштем арбитраже у Франкфурту на Мајни, основан у складу са Уговором о узајамном подстицању и заштити инвестиција између Краљевине Холандије и Чешке и Словачке Федеративне Републике (БИТ између Холандије и Чехословачке) и УНЦИТРАЛ арбитражним правилима, док је Стални арбитражни суд у Хагу имао улогу секретаријата. Питање је од изузетне важности јер је крајем 2017. године у Унији било на снази 196 БИТ-ова и вођено је много арбитражних поступака између инвеститора и држава чланица. У тим поступцима је

13 Stephan W. Schill, „The European Union’s Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization“, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 46, Nr. 2/2019, 105–128.

14 *C-600/14 Germany v. Council (OTIF)*, ECLI:EU:C:2017:935, пара. 67–68.

15 Положај БИТ-ова закључених између држава чланица Уније и трећих земаља регулисан је Уредбом о успостављању прелазних мјера за билатералне инвестиционе уговоре између држава чланица и трећих земаља (*Regulation (EU) No 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*, OJ L 351, 20. 12. 2012).

16 *Slowakische Republik v Achmea BV*, Case 284/16, ECLI:EU:C:2018:158.

17 Monika Glavina, „To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure“, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 16, 2020, 25–59.

Европска комисија интервенисала као *amicus curiae* како би подржала своју тезу, према којој БИТ-ови унутар Уније¹⁸ нису у складу са ТФЕУ,¹⁹ коју су арбитражни судови системски одбијали као неосновану. У наставку говоримо о основним карактеристикама БИТ-а између Холандије и Чехословачке, анализирамо прилике у Словачкој које су претходиле покретању поступка пред Судом правде, те позицију општег правобраниоца и одлуку Суда правде у случају *Achmea*.

1. Основне карактеристике БИТ-а између Холандије и Чехословачке и прилике у Словачкој

БИТ између Холандије и Чехословачке закључен је 29. априла 1991. године на период од десет година и ступио је на снагу 1. октобра 1992. године.²⁰ Њиме је одређено да уговорнице подстичу инвестиције и инвеститоре друге уговорне стране и дозвољавају улагања у складу са одредбама својег права као и да осигуравају поштено и праведно поступање у односу на инвестиције друге стране, те не смију доносити дискриминацијске мјере. Предвиђено је да уговорне стране не предузимају мјере којима се директно или индиректно одузимају инвеститорима друге уговорне стране њихова улагања, осим ако се испуне минимално три услова: да се мјере предузимају у општем интересу и у складу са законом прописаним поступком, да нису дискриминирајуће те да се предвиди плаћање правичне накнаде која треба представљати *genuine value* инвестиције. Чланом 8 БИТ-а одређено је да се сваки спор између једне уговорне стране и инвеститора друге уговорне стране који се односи на инвестицију тог инвеститора рјешава, ако је могуће, споразумно. Свака уговорна страна пристаје да се спор упути арбитражном суду ако у року од шест мјесеци од када је страна уговорница поднијела захтјев за споразумно рјешавање споразум није постигнут. Арбитражни суд се оснива за сваки појединачни случај тако што свака страна у спору именује једног арбитра, те два тако изабрана арбитра заједно као трећег арбитра бирају држављанина треће земље који постаје предсједник арбитражног суда. Свака странка у спору именује својег арбитра у року од

18 Carrie Anderer, „Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty“, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, Nr. 3/2010, доступно на адреси: <https://core.ac.uk/download/pdf/228601018.pdf>, 3. 3. 2021, 864–869.

19 Csongor István Nagy, „Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back“, *German Law Journal*, Vol. 19, Nr. 4/2019, 981–1016.

20 Уговор о подстицању и узајамној заштити инвестиција између Краљевине Холандије и Чешке и Словачке Федеративне Републике, 1991, доступно на адреси: https://arbitration.org/sites/default/files/bit/czech_republic_netherlands_english.pdf, 4. 3. 2021.

два мјесеца од дана на који је инвеститор обавијестио другу уговорну страну о својој одлуци да упути спор арбитражном суду, а председник се именује у року од три мјесеца од истог дана. Ако се именоване не обави у напријед наведеним роковима, свака странка у спору може позвати председника Арбитражног института Штокхолмске трговинске коморе²¹ да изврши потребна именованја. Ако је председник држављанин једне од уговорних страна или ако је спријечен у обављању наведене функције из других разлога, позива се потпредседник да изврши именованја. Уколико је потпредседник држављанин једне од уговорних страна или ако је такође спријечен у обављању наведене функције, позива се најстарији члан Арбитражног института који нема држављанство једне од уговорних страна да обави потребна именованја. Арбитражни суд утврђује сопствена правила поступка у складу са арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а. Арбитражни суд примјењује правна правила, узимајући нарочито у обзир, али не искључиво: позитивно право предметне уговорне стране, одредбе БИТ-а и сваког другог мјеродавног уговора између уговорних страна, одредбе посебних уговора који се односе на инвестицију, општа начела међународног права. Арбитражни суд одлучује већином гласова и његова одлука је коначна и обавезујућа за странке у спору.²²

Словачка је као сукцесор Чешке и Словачке Федеративне Републике наслиједила 1. јануара 1993. године права и обавезе потоње, а 1. маја 2004. године године постала чланица Уније.²³ У свјетлу случаја *Achmea*, важно је рећи да је исте године у тој земљи вршена реформа здравственог система у оквиру које је отворено тржиште сопственим и иностраним пословним субјектима који су нудили услуге приватног здравственог осигурања.²⁴ *Achmea BV*, предузетник холандске групе осигураватеља, основао је у Словачкој друштво *кћер*, уложивши отприлике 72 милиона евра. Међутим, 2006. године дошло је до промјене

21 Арбитражна правила Института за арбитражу Штокхолмске трговинске коморе (*Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*), доступно на адреси: https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf, 5. 3. 2021.

22 Детаљно вид. Karl Sauvant, Michael Chiswick-Patterson, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, 2008, 128.

23 Словачка је имала 90-тих година прошлог вијека велике потешкоће у вези са испуњавањем Копенхашких критеријума. Више вид. Erik Láštík, „Get the Balance Right: Institutional Change in Slovakia during the EU Accession and Membership“, *Sociológia*, Vol. 38, Nr. 6/2006, доступно на адреси: <https://www.sav.sk>, 15. 3. 2021, 533–545.

24 Svätopluk Hlavačka, Róbert Wágner, Annette Riesberg, *Health care systems in transition: Slovakia*, WHO Regional Office for Europe on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, 2004, доступно на адреси: https://www.euro.who.int/___data/assets/pdf_file/0007/95938/E85396.pdf, 17. 3. 2021.

власти и уведена је, између осталог, забрана уплитања посредника у осигурању, расподеле добити од дјелатности здравственог осигурања и продаје портфеља осигурања. Уставни суд Словачке је 26. јануара 2016. године прогласио неуставним законом уведене забране расподеле добити, те је 1. августа исте године Словачка усвојила нова законска рјешења у области реформе здравственог осигурања посредством којих је поново одобрила расподелу добити. У наведеним приликама показало се потпуно очекиваним да холандски предузетник, због штете која му је нанесена услјед забрана које је увела словачка страна, покрене арбитражни поступак у складу са чланом 8 БИТ-а. Он је то учинио у октобру 2008. године, затраживши накнаду штете од 65 милиона евра. Словачка је изјавила приговор ненадлежности арбитражног суда тврдећи, између осталог, да је ТФЕУ уредио исто подручје као и БИТ између Холандије и Чехословачке који је престао да важи у складу са одредбама Бечке конвенције из 1969. године о примјени узастопних уговора о истом предмету и престанку или суспензији уговора проузрокованих склапањем каснијег уговора.²⁵ Одлуком од 26. октобра 2012. године, арбитражни суд одбио је приговор ненадлежности и огласио се надлежним.²⁶ Тужба за поништење те одлуке коју је њемачким судовима поднијела Словачка била је одбијена. Коначном одлуком од 7. децембра 2012. године арбитражни суд пресудио је да је дошло до кршења одредби о поштености и праведном поступању и одредби о слободном преносу плаћања (чл. 3 и 4 БИТ-а), те је наложио Словачкој да *Achmei* плати накнаду штете у износу од 22,1 милион евра увећану за камате, као и трошкове арбитраже те трошкове и награде за рад адвоката *Achmee*. Словачка је поднијела тужбу за поништење коначне одлуке пред Високим регионалним судом у Франкфурту на Мајни (*Oberlandesgericht Frankfurt am Mein*). Тај суд је одбио тужбу, након чега је Словачка изјавила жалбу Савезном врховном суду Њемачке (*Bundesgerichtshof*) истичући да коначну одлуку суда треба поништити јер је противна јавном поретку. Истакла је и да је арбитражни споразум, склопљен на основу члана 8 БИТ-а између Холандије и Чехословачке, у супротности са чл. 18, 267 и 344 ТФЕУ. Савезни врховни суд Њемачке није дијелио исто мишљење у том погледу. Ипак, установио је да Суд правде ЕУ још није одлучивао у оваквим предметима и да из његове јуриспруденције није стога могуће дати одговор са довољном сигурношћу. Посебно је било потребно имати у

25 Бечка конвенције о уговорном праву (*Vienna Convention on the Law of Treaties*), доступно на адреси: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf, 19. 3. 2021, чл. 30 и 59.

26 Giovanni Zarra, „Arbitrability of Disputes Arising from Intra-EU BITs“, *American Review of International Arbitration*, Vol. 25, Nr. 3–4/2014, доступно на адреси: <https://arbitrationlaw.com/library/arbitrability-disputes-rising-intra-eu-bits-aria-vol-25-nos-3-4-2014>, 1. 4. 2021, 573–599.

виду упорну позицију Комисије која је дјеловала као умјешач на страни Словачке.²⁷ Из наведеног разлога је Савезни врховни суд Њемачке одлучио прекинути поступак и поставити Суду сљедећа претходна питања. Прво, да ли је у супротности са чланом 344 ТФЕУ²⁸ примјена клаузуле БИТ-а којим се предвиђа да инвеститор из једне државе уговорнице у случају спора поводом инвестирања у другој држави уговорници може покренути поступак против потоње државе пред арбитражним судом ако је наведени уговор закључен прије приступања једне од држава уговорница Унији, а арбитражни поступак би требало покренути тек након тог датума? Ако је одговор на прво питање негативан, Савезни врховни суд Њемачке као друго пита да ли је примјена такве одредбе у супротности са чланом 267 ТФЕУ.²⁹ Ако је одговор на прво и друго питање негативан, као треће се поставља питање којим се пита да ли члан 18 ТФЕУ³⁰ треба тумачити на начин да је са њим у супротности механизам ИСДС као што је онај који се уводи чланом 8 БИТ-а између Холандије и Чехословачке, а који холандским инвеститорима даје право да покрену међународну арбитражу против Словачке, које немају инвеститори из других држава чланица.

2. Мишљење општег правобраниоца

У прелиминарним опсервацијама општи правобранилац *Wathelet*³¹ указује на подјелу на двије групе држава које су интервенисале у предмету *Achmea*. Прву групу чине државе поријекла инвеститора (Њемачка, Француска, Холандија, Аустрија и Финска) које су никад или ријетко тужене у арбитражним поступцима које покрећу инвеститори.

- 27 Matie Stoyanov, „European Commission seeks termination of five EU Member States’ intra-EU bilateral investment treaties“, 2015, доступно на адреси: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/european-commission-seeks-termination-of-five-eu-member-states-intra-eu-bilateral-investment-treatie>, 11. 4. 2021.
- 28 Овом одредбом је утврђена обавеза држава чланицама да поштују правосудни систем Уније и искључиву надлежност Суда правде, у складу са принципом лојалности.
- 29 Овом одредбом прописано је, између осталог, да је Суд правде надлежан да одлучује о претходним питањима која се тичу тумачења Уговора, ваљаности и тумачења аката институција, тијелâ, канцеларијâ или агенција Уније. Одређено је да ако се такво питање појави пред било којим судом државе чланице, тај суд може, ако сматра да је одлука о том питању потребна да би могао донијети пресуду, затражити од Суда да о томе одлучи.
- 30 У члану 18 ТФЕУ прописано је да се унутар подручја примјене Уговора и не доводећи у питање било коју њихову посебну одредбу, забрањује свака дискриминација на основу држављанства.
- 31 Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 19 September 2017, *ECLI:EU:C:2017:699*.

Другу групу чине државе које су интервенисале у корист Словачке и које су тужене у неколико арбитражних поступака поводом инвестирања унутар Уније (Чешка, Естонија, Грчка, Шпанија, Италија, Кипар, Летонија, Мађарска, Пољска, Румунија и Словачка), те које су изазвале нарочиту пажњу општег правобраниоца тврдњама да БИТ-ови унутар Уније нису у складу са Уговором о Европској унији и ТФЕУ. Он је указао на то да став ове групе заслужује посебну пажњу у ситуацији када је само Италија раскинула готово све своје БИТ-ове унутар Уније, осим БИТ-а који има закључен са Малтом, док су остале државе чланице те групе задржале на снази све или већину тих уговора, омогућујући тако сопственим инвеститорима да од њих имају користи. *Wathelet* је, сасвим оправдано, поставио питање да ако су БИТ-ови оправдани само у периоду придруживања и ако су кандидати за чланство и Унија знали да БИТ-ови по приступању неће бити у складу са ТЕУ и ТФЕУ, зашто се у уговорима о приступању није предвидио раскид тих уговора, него је допуштено да дође до правне несигурности која за одређене државе чланице траје више од 30 година, а за многе друге 13 година. Нелогичност става Комисије додатно је појаснио подсећањем на Уговор о Енергетској повељи, потписан у Лисабону 19. децембра 1994. године, који је мултилатерални уговор о улагању у области енергетике и спроводи се између држава чланица, не зато што је закључен као уговор између Уније и њених држава чланица, с једне, и трећих земаља, с друге стране, него као обичан мултилатерални уговор у којем све уговорне стране учествују под једнаким условима.³² Визионарски је указао на могућност да се БИТ-ови унутар Уније замијене једним мултилатералним БИТ-ом или актом Уније, зависно од расподеле надлежности између Уније и држава чланица, који би се примјењивао на инвеститоре свих држава чланица. *Wathelet* је сматрао да кориштење механизма рјешавања спорова из члана 8 БИТ-а, којим се холандским инвеститорима додјељује право да покрену међународну арбитражу против Словачке, не представља дискриминацију на основу држављанства која је забрањена чланом 18 ТФЕУ; да арбитражни суд основан у складу са чланом 8 БИТ-а представља суд државе чланице у смислу члана 267 ТФЕУ, јер је то заједнички суд Холандије и Словачке и да је стога овлашћен упутити Суду претходно питање, подсећајући да према устаљеној судској пракси тијело има природу „суда“ у смислу члана 267 ако је основано на закону, ако је стално, ако је обавезно надлежно, ако је у поступку задовољено начело контрадикторности, ако примјењује

32 Енергетска повеља (*Energy Charter Treaty and the Energy Charter Protocol on energy efficiency and related environmental aspects*, OJ L 69/1, 9. 3. 1998), доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998D0181&from=EN>, 23. 4. 2021.

правна правила, ако је независно, ако се пред њим води поступак и ако је надлежан за доношење одлуке у поступку чија је сврха доношење одлуке судског карактера. Ови критеријуми, према његовом мишљењу, не омогућавају да се арбитражни судови аутоматски искључе из појма „суд државе чланице“ у смислу члана 267 ТФЕУ; да покретање међународне арбитраже под условима из члана 8 БИТ-а између Холандије и Чехословачке не утиче ни на члан 344 ТФЕУ, ни на поредак надлежности утврђен у ТЕУ и ТФЕУ, и према томе ни на аутономију правосудног система Уније. Дакле, општи правобранилац није сматрао потенцијално опасном ситуацију у којој би арбитражне клаузуле, попут оне из члана 8 БИТ-а између Холандије и Чехословачке, могле довести до тога да арбитражни судови примјењују и тумаче право Европске уније, без контроле судова Уније. Он је, као што смо навели, сматрао да арбитражни суд у конкретном случају представља суд државе чланице у смислу одредби члана 267 ТФЕУ. Управо је наведено размишљање, уз оно да се, када је ријеч о предметном БИТ-у, не може говорити о нарушавању принципа лојалне сарадње³³ и међусобног повјерења изазвало бурне реакције у стручној јавности.³⁴ Мишљење општег правобраниоца ишло је у прилог избјегавања могућег сукоба између међународног инвестиционог и права европске организације.

3. Одлука Суда правде ЕУ

Суд правде Европске уније је пресудом од 6. марта 2018. године у предмету *Achmea* утврдио да арбитражни суд у предметном БИТ-у није заједнички суд неколико држава чланица и не може се сматрати судом једне од држава чланица у смислу члана 267 ТФЕУ, те стога није овлашћен Суду упутити претходно питање. Став суда, који је према оцјени појединих аутора,³⁵ произвео супстанцијалну конфузију, је онај према којем се арбитражни поступак из члана 8 БИТ-а разликује од трговинске арбитраже која проистиче из страначке аутономије, те да арбитражни поступак у случају БИТ арбитраже произлази из уговора којим државе чланице пристају из надлежности сопствених судова и, према томе, система правних лијекова чија им је успостава наложена

33 Радмила Драгишић, *Номоџехника кроз њризму њреузимања њрава Европске уније*, Бања Лука, 2021, 386–388.

34 Cédric Alter, Su-Yi Leung Wing Cheung, „Post-Achmea Investment Treaty Arbitration: A Departure from the EU-centric Approach“, *Liber Amicorum CEPANI (1969–2019): 50 Years of Solutions* (ed. Dirk De Meulemeester), Alphen aan den Rijn, 2019, 333–357.

35 Benjamin Williams, „Qualifying Achmea: Investor-State Arbitration, Jurisdictional Conflict and EU Decision-Making“, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 87, Nr. 1/2021, 111–120.

чланом 19 (1) (2) ТЕУ, у подручјима обухваћеним правом Уније, изузети спорове који се могу односити на примјену или тумачење тог права. Из наведеног би се могао извући закључак да државе уговорнице нису својом вољом ступиле у уговорни однос, и управо је то узрок конфузије на коју се указује у доктрини.

Суд, такође, истиче да је тачно да, према његовој устаљеној пракси, међународни споразум који предвиђа оснивање суда задуженог за тумачење његових одредби и чије одлуке обавезују институције, укључујући Суд, начелно није неспојив с правом Уније. Поред тога, додаје и да надлежност европске организације у подручју међународних односа и њена надлежност за склапање међународних уговора нужно садржи могућност подвргавања одлукама суда, основаног или одређеног на основу таквих уговора, у погледу тумачења и примјене њихових одредби. Услов за то је да се поштује аутономија Уније и њеног правног поретка. Према оцјени Суда, осим чињенице да се спорови о надлежности арбитражног суда из члана 8 БИТ-а могу односити на тумачење – како тог уговора, тако и права Уније, могућност упућивања тих спорова тијелу које није дио правосудног система Уније предвиђена је уговором који није склопила Унија, него државе чланице. Члан 8 БИТ-а, осим начела узајамног повјерења међу државама чланицама, како наводи Суд, може довести у питање и очување посебне природе права успостављеног Уговорима, које је зајемчено поступком поводом захтјева за претходну одлуку из члана 267 ТФЕУ, те стога није у складу са начелом лојалне сарадње. Суд сматра да члан 8 БИТ-а утиче на аутономију права Уније, те је одлучио да чл. 267 и 344 ТФЕУ треба тумачити на начин да им сеprotиве одредбе међународног уговора закљученог између држава чланица, попут оних из члана 8 БИТ-а између Краљевине Холандије и Чешке и Словачке Федеративне Републике, у складу с којом инвеститор из једне од тих држава чланица у случају спора о улагањима у другу државу чланицу против потоње државе чланице може покренути поступак пред арбитражним судом чију је надлежност та држава чланица дужна прихватити.

III Споразум о престанку БИТ-ова између држава чланица Европске уније

Споразум о престанку БИТ-ова између држава чланица Европске уније потписан је 5. маја 2020. године од стране 23 државе чланице, а на снагу је ступио 29. августа 2020. године.³⁶ Спразум представља

36 Споразум о престанку билатералних уговора о инвестицијама између држава чланица Европске уније (*Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, OJ L 169/1, 29. 5. 2020).

одговор на пресуду у предмету *Achmea*, односно наставак институционалног дјеловања Уније у правцу стављања ван снаге интра-ЕУ БИТ-ова. Наведено дјеловање је оваплоћено у упорности Комисије да се директне стране инвестиције ставе под контролу Уније, што произлази како из њеног појављивања у функцији умјешача на страни Словачке – и за вријеме арбитраже, и за вријеме поступка вођеног за поништење арбитражне одлуке пред њемачким судовима у случају *Achmea*, тако и из преамбуле споразума. Наиме, у преамбули споразума је одређено да ће Комисија и државе чланице интензивирати дјеловање у правцу поступне, снажне и дјелотворне заштите улагања унутар Уније, а што подразумева и израду нових или побољшање постојећих правних инструмената. За претпоставити је да због одсуства сагласности Аустрије, Финске, Ирске и Шведске није приступљено доношењу уредбе, као непосредно примјењивог и дјелујућег правног акта, којом би се регулисао статус интра-ЕУ БИТ-ова, већ је дошло до закључивања споразума чије уговорнице нису све државе чланице Уније. Важно је указати на то да на предметну ситуацију није било могуће примијенити институт унапријеђене сарадње (*enhanced cooperation*) јер, како смо навели, сходно лисабонским рјешењима, директна страна улагања спадају у искључиву надлежност Уније, а то је једна од основних препрека за примјену тог института.³⁷

Циљ Споразума је да се стави ван снаге око 130 интра-ЕУ БИТ-ова,³⁸ а у фокусу су поступци који су сврстани у три стуба. Полазну временску одредницу чини 6. март 2018. године као датум доношења пресуде у предмету *Achmea*. У први стуб су сврстани поступци који су завршени прије 6. марта 2018. године, и нису предмет даљих ревизионих поступака (без дејства су). Други стуб садржи поступке који су активни на дан 6. март 2018. године, и предмет су прелазних мјера које предвиђају структурисани режим дијалога фокусиран на рјешавање спора или приступ националним судовима. У трећи стуб су сврстани поступци који су покренути после 6. марта 2018. године, и означени су као спорни јер арбитражна клаузула садржана у интра-ЕУ БИТ-овима не може представљати правну основу за арбитражне поступке. Споразум се не примјењује на Уговор о енергетској повељи, а само његово ступање на снагу не значи крај за све арбитражне поступке у току, као ни за оне нове.

37 Радмила Драгишић, *Институти унапријеђене сарадње у функцији 'европеизације' норми међународног приватног права*, Бања Лука, 2018, 62–83.

38 Charbel Moarbes, „Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union“, *International Legal Materials*, Vol. 20, Nr. 1/2021, 99–137.

IV Закључак

У доктрини и пракси наилазимо на два дијаметрално супротна схватања о квалитету интра-ЕУ БИТ-ова. Према првом схватању, међународно правни капацитет тих уговора да заштите стране инвестиције није споран јер им они обезбјеђују много већу заштиту од оне коју пружају одредбе ТЕУ и ТФЕУ. Фундамент другог схватања представља став Комисије да примјена механизма рјешавања спорова између инвеститора и државе који је уведен БИТ-ом угрожава јединство и дјелотворност правног поретка Уније. Овај став, у случају *Achmea*, није подржао поступајући општи правобранилац, за разлику од Суда правде Европске уније чија је пресуда фаворизовала ставове Комисије и дала снажан замах у правцу стављања страних инвестиција под стриктну контролу Уније, а што је у великој мјери утицало и утиче на положај Интра-ЕУ БИТ-ова.

На положај Интра-ЕУ БИТ-ова утиче и чињеница да пресуда Суда правде, без обзира што формално представља „завршену ствар“, ипак оставља много питања без одговора, а самим тим и много простора за различита тумачења. Пресуда, као ни Споразум о престанку БИТ-ова, не нуди конкретан одговор шта ће бити са интра ЕУ БИТ-овима у складу са којима се воде поступци који су активни на дан 6. марта 2018. године и предмет су прелазних мјера које предвиђају структурисани режим дијалога фокусиран на рјешавање спора или приступ националним судовима чак и ако је истекао рок прописан националним правом. Они не нуде одговор ни на питање шта ће бити са поступцима који су покренути после 6. марта 2018. године и који су означени као спорни будући да арбитражна клаузула садржана у интра-ЕУ БИТ-овима, сходно пресуди и споразуму, не може представљати правну основу за арбитражне поступке. Такође, због непостојања временског ограничења и прелазног периода, неизвјесни су и положај и судбина интра-ЕУ БИТ арбитража које су у току.

У сваком случају, показује се неопходним да се институционално дјеловање Уније непрекидно одвија у тежњи да се постигне компромис за доношење непосредно примјењивог секундарног извора права, у сврху конзистентног регулисања положаја интра-ЕУ БИТ-ова.

Коришћена литература

- Alter Cédric, Leung Wing Cheung Su-Yi, „Post-Achmea Investment Treaty Arbitration: A Departure from the EU-centric Approach“, *Liber Amicorum CEPANI (1969–2019): 50 Years of Solutions* (ed. Dirk De Meulemeester), Alphen aan den Rijn, 2019.
- Anderer Carrie, „Bilateral Investment Treaties and the EU Legal Order: Implications of the Lisbon Treaty“, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 35, Nr. 3/2010, доступно на адреси: <https://core.ac.uk/download/pdf/228601018.pdf>, 3. 3. 2021.
- Glavina Monika, „To Refer or Not to Refer, That Is the (Preliminary) Question: Exploring Factors which Influence the Participation of National Judges in the Preliminary Ruling Procedure“, *Croatian Yearbook of European Law & Policy*, Vol. 16, 2020.
- Драгишић Радмила, *Институцијски унапријеђене сарадње у функцији ‘европеизације’ норми међународног приватног права*, Бања Лука, 2018. (Dragišić Radmila, *Institut unaprijeđene saradnje u funkciji ‘evropeizacije’ normi međunarodnog privatnog prava*, Banja Luka, 2018)
- Драгишић Радмила, *Номотехника кроз призму преузимања права Европске уније*, Бања Лука, 2021. (Dragišić Radmila, *Nomotehnika kroz prizmi preuzimanja prava Evropske unije*, Banja Luka, 2021)
- Zarra Giovanni, „Arbitrability of Disputes Arising from Intra-EU BITs“, *American Review of International Arbitration*, Vol. 25, Nr. 3–4/2014, доступно на адреси: <https://arbitrationlaw.com/library/arbitrability-disputes-rising-intra-eu-bits-aria-vol-25-nos-3-4-2014>, 1. 4. 2021.
- István Nagy Csongor, „Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After Achmea: Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back“, *German Law Journal*, Vol. 19, Nr. 4/2019.
- Láštík Erik, „Get the Balance Right: Institutional Change in Slovakia during the EU Accession and Membership“, *Sociológia*, Vol. 38, Nr. 6/2006, доступно на адреси: <https://www.sav.sk>, 15. 3. 2021.
- Martínez Estévez Jaime, Otis Rodner James, „BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction after the ICSID Convention has Been Denounced“, *Journal of International Arbitration*, Vol. 29, Nr. 4/2012.
- Moarbes Charbel, „Agreement for the Termination of Bilateral Investment Treaties Between the Member States of the European Union“, *International Legal Materials*, Vol. 20, Nr. 1/2021.
- Павић Владимир, „Будућност заштите страних улагања у Србији након случаја Achmea“, *Harmonius*, 2018. (Dragišić Radmila, *Nomotehnika kroz prizmi preuzimanja prava Evropske unije*, Banja Luka, 2021)

- Павићевић Вања, „Реформа билатералних инвестиционих споразума – од кризе легитимитета до инструмента социјалне и еколошке правде“, *Стране инвестиције у Србији: нови погледи* (ур. Сања Јелисавац Трошић), Београд, 2019. (Dragišić Radmila, *Nomotehnika kroz prizmi preuzimanja prava Evropske unije*, Banja Luka, 2021)
- Ruggero Di Bella Danilo, „The Origins of BITs: Bilateral Conventions of Establishment (BCEs)“, *Opiniojuris*, 2020, доступно на адреси: <http://opiniojuris.org/2020/05/20/re-...>, 3. 10. 2020.
- Salacuse Jeswald, „BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries“, *The International Lawyer*, Vol. 24, Nr. 3/1990, доступно на адреси: <https://scholar.smu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2743&context=til>, 1. 10. 2021.
- Sauvant Karl, Chiswick-Patterson Michael, *Appeals Mechanism in International Investment Disputes*, Oxford, 2008.
- Станивуковић Маја, „Арбитража између државе и улагача на основу споразума о заштити и унапређењу улагања“, *Зборник радова у спомен проф. др Миодрага Трајковића* (ур. Мирко Васиљевић), Београд, 2006. (Stanivuković Маја, „Arbitraža između države i ulagača na osnovu sporazuma o zaštiti i unapređenju ulaganja“, *Zbornik radova u spomen prof. dr Miodraga Trajkovića* (ur. Mirko Vasiljević), Beograd, 2006)
- Stoyanov Matie, „European Commission seeks termination of five EU Member States’ intra-EU bilateral investment treaties“, 2015, доступно на адреси: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/european-commission-seeks-termination-of-five-eu-member-states-intra-eu-bilateral-investment-treatie>, 11. 4. 2021.
- Schill Stephan W., „The European Union’s Foreign Direct Investment Screening Paradox: Tightening Inward Investment Control to Further External Investment Liberalization“, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 46, Nr. 2/2019.
- Hlavačka Svätopluk, Wágner Róbert, Riesberg Annette, *Health care systems in transition: Slovakia*, WHO Regional Office for Europe on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, 2004, доступно на адреси: https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0007/95938/E85396.pdf, 17. 3. 2021.
- Williams Benjamin, „Qualifying Achmea: Investor-State Arbitration, Jurisdictional Conflict and EU Decision-Making“, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 87, Nr. 1/2021.

Radmila DRAGIŠIĆ

PhD Student at the University of Banja Luka Faculty of Law, Deputy Director of the Republic Secretariat for Legislation, Bosnia and Herzegovina

IMPACT OF THE ACHMEA CASE ON THE POSITION OF INTRA-EU BILATERAL INVESTMENT AGREEMENTS

Summary

In this paper, through the application of analytical and synthetic methods, where content analysis and comparative analysis occupy a central place, the Achmea case is considered as a selected example from the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union. The case is being considered to find out about its impact on the position of Intra-EU bilateral investment agreements and its potential to establish legal certainty in the absence of explicit provisions in European organization law governing the relationship between EU-Intra BITs and European Union law. The paper also analyzes the Agreement on the Termination of Bilateral Investment Agreements of 5 May 2020 between European Member States, which followed the Achmea case and represents the continuation of institutional action of the Union in the direction of repealing Intra-EU BITs.

Key words: *Jurisprudence. – Achmea Case. – Arbitration. – Investments. – BIT Arbitration.*

Датум пријема рада: 3. 11. 2021.

Датум исправке рада: 24. 2. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 4. 2022.

УДК: 338.544.4:34(4-672EU:497.11) ; 366.546.4:34

CERIF: S 130, S 144, S 155

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2205A

Милош СЕКУЛИЋ*

судија Основног суда у Новом Саду, докторанд

Универзитета у Новом Саду – Правног факултета, Србија

ОДГОВОРНОСТ ПРУЖАОЦА УСЛУГЕ СА НЕДОСТАТКОМ НА ЕВРОПСКОМ НИВОУ И У ПРАВУ СРБИЈЕ

Сажетак

Пораст животног стандарда и друштвени развој све више су акценат ставили на услуге којима се задовољавају различите човекове потребе. Међутим, колико су услуге корисне, толико услед својих недостатака могу бити и небезбедне, те у случају настанка штете пружалац услуге одговара. На нивоу Европске уније не постоји регулатива или директива која регулише одговорност пружаоца услуге са недостатаком, те је ова одговорност остала у домену националних прописа држава чланица Европске уније и још увек се доминантно заснива на кривици пружаоца услуге. У овом раду анализираћемо основне елементе одговорности пружаоца услуге, како бисмо видели како ова одговорност функционише у државама чланицама ЕУ. Свакако, анализираћемо и српско право како бисмо уочили да ли оно уз искуства из других правних система може бити унапређено.

Кључне речи: *Услуга са недостатаком. – Пружалац услуге са недостатаком. – Предлој директиве о одговорности пружаоца услуге.*

* Електронска адреса аутора: milossekulic89@gmail.com.

I Увод

Једна од политика коју спроводе органи Европске уније јесте политика заштите потрошача. Важан сегмент ове политике је хармонизација правних система држава чланица ЕУ, с обзиром на то да у погледу заштите потрошача између националних прописа често постоје значајне разлике. У том смислу, 1985. године је донета *Директива о одговорности произвођача*,¹ која предвиђа објективну и вануговорну одговорност произвођача за штету коју је проузроковао производ са недостатком, односно производ који не пружа сигурност која се са правом очекује.²

По узору на хармонизацију која је извршена напред наведеном Директивом, али без намере за објективизацијом одговорности, сличан резултат се желео остварити и на пољу услуга са недостатком, као услуга које не пружају сигурност која се са правом очекује. Из тог разлога Европска комисија (у даљем тексту: ЕК) је 1990. године сачинила *Предлој директиве о одговорности њружалаца услуга*.³ Већ у преамбули Предлога директиве наведени су разлози доношења директиве која би се бавила тематиком одговорности професионалног пружаоца услуге, као лица које пружа услуге у оквиру своје делатности или пружа јавне услуге, па је тако наведено да је то потребно ради промовисања безбедности услуга у склопу политике заштите потрошача, што је наглашено у *Резолуцији Савета Европске уније*⁴ из 1989. године,⁵ затим да би се превазишле разлике које постоје у националним правним системима држава чланица ЕУ у погледу степена заштите лица које је претрпело штету услед небезбедне услуге итд.⁶ Предлогом директиве предвиђена

1 Директива о одговорности произвођача за производ са недостатком из 1985. године (Council Directive 85/374/EEC of 25th July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *OJ L 210/29*, 7. 8. 1985). Директива је измењена Директивом о одговорности произвођача за производ са недостатком из 1999. године (Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *OJ L 141*, 4. 6. 1999; даље у фуснотама: Директива о одговорности произвођача).

2 Директива о одговорности произвођача, чл. 6 ст. 1.

3 Предлог директиве о одговорности пружаоца услуга (*Proposal for a Council Directive on the liability of suppliers of services*, *OJ C 12/8*, 18. 1. 1991; даље у фуснотама: Предлог директиве).

4 Резолуција Савета Европске уније о будућим приоритетима за поновно успостављање политике заштите потрошача (*Council Resolution of 9 November 1989 on future priorities for relaunching consumer protection policy*, *OJ C 294/1*, 22. 11. 1989).

5 Предлог директиве, тач. 1 преамбуле.

6 Предлог директиве, тач. 3 преамбуле. Преамбула Предлога директиве садржи 18 тачака.

су материјалноправна правила у вези са одговорношћу пружаоца услуге, укључујући и она на основу којих се одређује ко у својству пружаоца услуге одговара за штету, ко се сматра оштећеним, за које облике штете се одговара, који су услови одговорности итд. Такође, важно је напоменути да је Предлогом директиве предвиђено да пружалац услуге одговара по принципу претпостављене кривице. Ипак, ЕК је 1994. године повукла Предлог директиве који, стога, никада није преточен у важећи пропис комунитарног права. До повлачења је дошло због критика стручне јавности, али и због тога што је било спорно да ли је након доношења *Мастрихтској ујовора* из 1992. године и успостављања принципа супсидијарности⁷ регулисање одговорности пружаоца услуге у надлежности органа ЕУ.⁸

Доношењем *Амстердамској ујовора* из 1997. године долази до проширења овлашћења органа ЕУ у материји заштите потрошача.⁹ Међутим, пропис који се односи на одговорност пружаоца услуге никада није донет иако више нема спора да је регулисање ове материје у надлежности ЕУ. Једино је 2006. године донета *Директива о услугама на јединственом тржишту*,¹⁰ која, између осталог, регулише бројна питања у вези са повећањем безбедности услуга,¹¹ али не садржи норме о одговорности за штету. Дакле, ова материја је остављена на уређење националним законодавцима.¹²

7 Принцип супсидијарности подразумева да у областима које нису у искључивој надлежности ЕУ органи ЕУ могу да доносе прописе једино уколико се одређена материја не може адекватно регулисати акцијом на националном, регионалном или локалном нивоу. Вид. Душан Николић, *Увод у систем грађанској права*, Нови Сад, 2016, 65.

8 Вид. Hans-W. Micklitz, „Chapter 6. Liability for Defective Products and Services“, *European Consumer Law* (eds. Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner), Antwerpen – New York, 2013, 274.

9 Вид. *Ibid.*, 13.

10 Директива о услугама на унутрашњем тржишту (*Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market*, OJ L 376/36, 27. 12. 2006).

11 Тако је, рецимо, овом Директивом прописано да пружалац услуге има обавезу да примаоцу услуге пружи различите информације у вези са услугом коју му пружа, попут информација о основним карактеристикама услуге – уколико оне нису очигледне, информација о цени услуге – уколико она важи за одређени тип услуге или информација о осигурању од одговорности за штету коју услуга проузрокује (Директива о услугама, чл. 12).

12 Директива о услугама је изричита у погледу тога да њена примена не утиче на примену правила међународног приватног права (Директива о услугама, чл. 3 ст. 2). Питање одређења меродавног права може бити веома значајно јер су замисливи различити сценарији у којима се јавља инострани елемент: на пример пружалац услуге има седиште у једној држави, а услугу пружа у другој држави у којој оштећени има пребивалиште или боравиште, или се на пример услуга пружи

У Србији је регулатива о одговорности пружаоца услуге прилично скромна. Заправо, у Србији ни не постоји одговорност пружаоца услуге као профилисан правни институт, те с обзиром на такву ситуацију у позитивном српском праву, о одговорности пружаоца услуге можемо расправљати једино у смислу општих правила о одговорности за штету која су садржана у *Закону о облигационим односима*,¹³ као и правила садржаних у појединим специјалним прописима, као што су *Закон о заштити и опорочавању*,¹⁴ *Закон о правима пацијената*,¹⁵ или *Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести* (тзв. „Зојин закон“).¹⁶

II Појам услуге са недостатком

Приликом расправе о одговорности пружаоца услуге са недостатком, логично се као почетно питање намеће дефинисање услуге са недостатком. Комунитарно право, иако смо већ рекли да не регулише одговорност пружаоца услуге са недостатком, ту може бити од помоћи, с обзиром на то да Директива о услугама одређује појам услуге. Наведена Директива то чини на један доста широк начин, остављајући могућност да се различите врсте услуга подведу под дати појам услуге. Према Директиви о услугама, услугом се сматра свака самостална економска активност која се уобичајено пружа за накнаду.¹⁷ Насупрот Директиви о услугама, у Предлогу директиве је учињен покушај да се да једна садржајнија дефиниција услуге и да се укаже на то да је оштећеном потребно обезбедити заштиту без обзира на то да ли му је штета причињена приликом пружања приватне услуге или јавне

у једној држави, а штета наступи у другој, итд. У комунитарном праву потребне колизионе норме налазе се у тзв. Рим уредбама: Рим I (*Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations*, OJ L 177/6, 4. 7.2008 – [Rome I]) и Рим II (*Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations*, OJ L 199/40, 31. 7. 2007 – [Rome II]).

13 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020.

14 Закон о заштити потрошача – ЗЗП, *Службени гласник РС*, бр. 62/2014 и 6/2016 – др. закон.

15 Закон о правима пацијената, *Службени гласник РС*, бр. 45/13 и 25/19.

16 Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести – Зојин закон, *Службени гласник РС*, бр. 8/2015.

17 Директива о услугама, чл. 4 тач. 1. Додуше, Директива потом садржи опширну листу услуга на које се не односи, али то није од значаја за тему овог научног рада. Вид. Директива о услугама, чл. 2 ст. 2.

услуге.¹⁸ У том духу, у Предлогу директиве услуга је била одређена као свака самостална трансакција, било да је предузета на комерцијалној основи (што ће рећи приватна услуга), било да је у питању јавна услуга. У Предлогу директиве је било предвиђено и ограничење у смислу да се услугом не сматра трансакција чији предмет је израда покретне ствари или пренос стварних права.¹⁹

Право ЕУ националним судовима, пред којима се воде поступци поводом накнада штета проузрокованих недостацима услуга, даје извесне смернице. Нпр. Директива о услугама указује на то да за појмовно одређење услуге није од значаја да ли је плаћање одређене суме новца противчинидба за извршену услугу или не. Противчинидба за извршену услугу може бити и нешто друго осим новчане накнаде – на пример, пружање неке друге услуге или давање личних података примаоца услуге.²⁰ Такође, могуће је да за пружену услугу не треба извршити никакву противчинидбу. Наравно, смернице могу бити корисне једино у случају када националним правом није одређен појам услуге у контексту одговорности пружаоца услуге, јер ако јесте – важиће дефиниција из домаћег правног поретка.

Једна од држава у којима је појам услуге законски појам јесте Холандија. Холандски законодавац је појам услуге одредио преко одређивања појма уговора о пружању услуге, и то на тај начин што је прописао да је уговор о пружању услуге сваки уговор чији је предмет вршење одређене делатности, а није у питању вршење делатности по основу уговора о раду и под условом да се не ради о стварању опипљиве ствари (материјализованог предмета), складиштењу или превозу робе, превозу путника или објављивању књиге или чланка.²¹

Сличан покушај, али по нашем мишљењу не толико успешан, учињен је у праву Хрватске где је прописано да је уговор о услузи уговор

18 Предлог директиве, тач. 10 преамбуле.

19 Предлог директиве, чл. 2 ст. 1. Истом одредбом је предложено да се директива не односи на поједине врсте услуга. Вид. Предлог директиве, чл. 2 ст. 2.

20 Рецимо на овом месту да *Директива о њојединим аспектима уговора о испоруци дигиталних садржаја и дигиталних услуга* из 2019. године (*Directive 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services*, OJ L 136/1, 22. 5. 2019, чл. 3 ст. 1) изричито говори о давању личних података као противчинидби за испоручени дигитални садржај или извршену дигиталну услугу. За више о овој тематици вид. Sloboda Midorović, Miloš Sekulić, „A New Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2019, 1145–1166.

21 Нав. према Ivo Giesen, Marco B.M. Loos, „Liability for defective products and services: The Netherlands“, *Netherlands Reports to the Sixteenth Congress of the International Academy of Comparative Law – Brisbane 2002* (eds. Ewoud H. Hondius and Carla Joustra), Antwerpen – New York, 2002, 92.

којим трговац пружа или се обавезује пружити услугу потрошачу, а потрошач плаћа или се обавезује платити му цену.²² Из наведене законске формулације се не може закључити ништа о томе шта је то услуга (или барем шта није као у Холандији), већ једино можемо да видимо да је хрватски законодавац рестриктиван и да је плаћање цене или обавезивање да се плати цена захтевана противчинидба пружању услуге. Хрватски законодавац је додуше делимично поправио ситуацију тиме што је еnumerативним методом навео шта се сматра јавном услугом (нпр. дистрибуција електричне енергије, снабдевање плинком, превоз путника у јавном саобраћају итд.).²³

ЗОО не садржи дефиницију услуге, док ЗЗП садржи дефиницију уговора о пружању услуге. Према ЗЗП, уговор о пружању услуга је сваки уговор који није уговор о продаји, у складу са којим продавац пружа или се обавезује да пружи услугу потрошачу, као што је израда или оправка одређене ствари или извршење одређеног физичког или интелектуалног рада, а потрошач плаћа или се обавезује да плати цену за услугу.²⁴ Попут хрватског, српски законодавац такође беспотребно везује услугу искључиво за цену која се за њу плаћа. У ЗЗП су примерице наведене поједине услуге, међутим српски законодавац ту није показао потребну креативност, па је тако за примере услуга узео идентичне примере послова које посленик обавља по основу уговора о делу – уговор који је регулисан одредбама ЗОО.²⁵ Да је појам услуге много шири, види се из посебне одредбе ЗЗП која набраја поједине примере јавних услуга, које се овде називају услуге од општег економског интереса (слични примери као у хрватском праву).²⁶

Појам услуге је недовољан ако се не одреди шта се сматра под „услугом са недостатком“. Недостатак услуге је разлог због ког пружалац услуге одговара за причињену штету. Услуга са недостатком је услуга која не пружа сигурност, односно безбедност која се од ње са правом очекује. Дакле, то је небезбедна, односно несигурна услуга, а можемо још да је називамо и манљива или дефектна услуга. Сходно изнетом, услуга са недостатком је пандан производу са недостатком.

22 *Zakon o zaštiti potrošača – hrvatski ZZP, Narodne novine, br. 19/22, чл. 5 тач. 30.*

23 *Hrvatski ZZP, чл. 24 ст. 1.*

24 *ЗЗП, чл. 5 ст. 23.*

25 Вид. ЗОО, чл. 600. Уговор о пружању услуге до те мере није афирмисан у праву Србије да када се жели објаснити његова правна природа, он се поистовећује са уговором о делу. То важи и за уговор о пружању лекарске (медицинске) услуге. Вид. Јелена Симић, *Лекарска прешка*, Београд, 2018, 67, 90.

26 *ЗЗП, чл. 5 ст. 24.*

III Субјективна или објективна одговорност пружаоца услуге

За разлику од одговорности произвођача која је одавно објективизирана у државама чланицама ЕУ,²⁷ одговорност пружаоца услуге није прошла кроз наведени процес. Заправо, за одговорност пружаоца услуге можемо рећи да још увек није довољно развијена, те да је у повоју, с обзиром на то да ни на националним нивоима, а ни на нивоу ЕУ не постоји кохерентан правни режим одговорности пружаоца услуге.²⁸ У том смислу, ова одговорност је и даље углавном заснована на општим правилима о одговорности за штету, претежно је субјективног карактера, мада у појединим државама постоје изузеци када пружалац услуге одговара без обзира на кривицу.²⁹

Када је реч о правној природи одговорности пружаоца услуге, у литератури се она доводи у везу са концептом манљивости. Наиме, у литератури постоје гледишта да је концепт манљивости непримерен када је реч о услугама и да он треба да остане резервисан само за производе. Заступници оваквог гледишта полазе од тога да одговорност пружаоца услуге треба да остане ван режима објективне одговорности и да је код објективне одговорности произвођача кључно испитати да ли постоји недостатак производа као одсуство његове безбедности, те да је понашање произвођача ирелевантно, с обзиром на то да он одговора без обзира на кривицу.³⁰ С друге стране, како ови аутори указују, код одговорности пружаоца услуге се управо испитује да ли постоји његова кривица,³¹ будући да се одговорност пружаоца услуге још увек најчешће третира као субјективна одговорност. По нашем мишљењу, концепт манљивости услуге је ипак комплементаран са субјективном одговорношћу пружаоца услуге. Наиме, пружалац услуге одговара по основу кривице управо за недостатак услуге, при чему се у литератури

27 Објективизација одговорности произвођача у државама чланицама ЕУ је постигнута имплементирањем Директиве о одговорности произвођача у национална законодавства, мада је у појединим државама одговорност произвођача била објективног карактера и пре доношења ове Директиве. Вид. Hans Claudius Taschner, „Harmonization of Products Liability Law in the European Community“, *Texas International Law Journal*, Vol. 34, Nr. 1/1999, 26. О томе како се у праву САД, где је одговорност произвођача као засебан правни институт изворно настала, дошло до објективног поимања ове одговорности вид. Marko Baretić, *Građanskopravna odgovornost za neispravan proizvod*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2005, 14–25.

28 Нав. према I. Giesen, M.B.M. Loos, 91.

29 Вид. Н.-W. Micklitz, 277.

30 Нав. према William C. Powers Jr, „Distinguishing between Products and Services in Strict Liability“, *North Carolina Law Review*, Vol. 62, Nr. 3/1984, 420.

31 Вид. *Ibid.*, 420.

наводи да би суд, када примењује концепт манљивости у контексту услуге, требало да сагледава квалитет (под тим се подразумева и безбедност, прим. аут.) коначног резултата и да ли је прималац услуге добио услугу каква се разумно могла очекивати. Другим речима, према ставу литературе, суд би квалитет (дакле и безбедност, прим. аут.) једне конкретне услуге требао да пореди са очекиваним квалитетом сличних услуга.³² То све не значи да је кривица пружаоца услуге ирелевантна, како се наводи у литератури,³³ те да је неспојива са концептом манљивости услуге, већ значи да одговорност пружаоца услуге зависи од тога да ли је он крив за то што прималац услуге није добио услугу чија безбедност се могла разумно (са правом) очекивати.

Од пружаоца услуге се очекује да поступа са разумном пажњом и вештином, и то по правилу подразумева висок ниво пажње који одговара ризицима који постоје приликом вршења услуге. Вреди истаћи да законодавац не може никада да на довољно јасан начин опише захтевану пажњу, те је велика улога судова који морају да развију критеријуме на основу којих ће утврђивати да ли постоји кривица пружаоца услуге за причињену штету или не. Анализе судских поступака у Француској, Немачкој, Шпанији, Италији и Шведској су показале да судови то чине тако што проверавају да ли је пружалац услуге у конкретном случају испунио одређене обавезе, и то да ли је водио рачуна да приликом пружања услуге избегне неразуман ризик по примаоца услуге, да ли је контролисао исправност опреме (уколико је за пружање услуге потребна одређена опрема), те да ли је пружио адекватну помоћ и подршку примаоцу услуге (нпр. да ли га је обавестио о опасностима које потичу од услуге, да ли му је сугерисао на који начин те опасности да избегне итд.). Судови приликом процене постојања кривице пружаоца услуге воде рачуна и о техничким стандардима, било националним или међународним, који могу да представљају важан репер; међутим, ти стандарди за суд нису обавезујући и сама чињеница да је пружалац услуге поступао у складу са потребним стандардима не значи аутоматски да његове кривице нема.³⁴ Околности конкретног случаја могу да покажу друкчије.

Креатори Предлога директиве су такође замислили да пружалац услуге одговара по субјективном принципу. Дакле, објективизација одговорности пружаоца услуге није предвиђена као један од циљева доношења предложене директиве, за разлику од Директиве о одговор-

32 Вид. Jane P. Mailor, „Liability without Fault for Professional Services: Toward a New Standard of Professional Accountability“, *Seton Hall Law Review*, Vol. 9, Nr. 3/1978, 495.

33 Вид. *Ibid.*, 495.

34 Вид. H.-W. Micklitz, 276, 278–279.

ности произвођача. Ипак, у Предлогу директиве положај оштећеног је донекле био олакшан тиме што је било предвиђено да се кривица пружаоца услуге претпоставља (оборива претпоставка). У Предлогу директиве је описано на који начин се постојање кривице ваља проценити: узимањем у обзир понашања пружаоца услуге, који у нормалним и разумно предвидивим околностима мора обезбедити безбедност услуге, каква безбедност се разумно очекује. Такође, предложено је да се не сматра да кривица пружаоца услуге постоји само зато што је боља услуга постојала или могла постојати у време пружања услуге која је проузроковала штету или након тога.³⁵

Холандија је једна од држава у којима пружалац услуге одговара за штету по правилу из разлога што је својом кривицом пружио манљиву услугу, а изузетно без обзира на кривицу. Кривица пружаоца услуге није нужан основ одговорности према холандском законодавству (иако свакако јесте уобичајен) с обзиром на то да постоји могућност да пружалац услуге одговара и онда када према општем мишљењу постоје разлози за то, односно и онда када се према општем мишљењу пружаоцу услуге може приписати повреда уговорне дисциплине, односно извршење грађанскоправног деликта уколико не постоји закључен уговор са примаоцем услуге. Дакле, имајући у виду да и опште мишљење може фигурирати као основ одговорности, проистиче да кривица пружаоца услуге није нужна у праву Холандије.³⁶

У Шпанији пружалац услуге, такође, по правилу одговара по субјективном принципу, а одговорност без обзира на кривицу је изузетак од правила. Шпански судови, под одређеним околностима, одговорност пружаоца услуге не заснивају на кривици онда када је реч о очигледном, тешком кршењу дужности пажње, али у таквим судским одлукама често недостаје потребно образложење заузетог става.³⁷ Нама се чини да је ваљано правно образложење итекако потребно јер смо мишљења да очигледно, тешко кршење дужности пажње може водити једино ка проузроковању штете из грубе непажње, што доводи до субјективне одговорности. Овако, не можемо рећи да нам је резон шпанских судова јасан.

Када је реч о одговорности лекара за пружену лекарску услугу, у компаративном праву је општеприхваћено да је одговорност лекара заснована на кривици.³⁸ Сматра се да је лекар крив ако своју дужност није обављао „по правилима медицинске струке, савесно и с потребном

35 Предлог директиве, чл. 1 ст. 2–4.

36 Вид. I. Giesen, M.B.M. Loos, 86.

37 Вид. H.-W. Micklitz, 277–278.

38 Вид. J. Симић, 168.

пажњом.³⁹ Јасно је да лекарска делатност, као уосталом и свака друга медицинска делатност, не може да се третира као делатност од које потиче повећан ризик од настанка штете по људе и околину (опасна делатност), јер је суштина лекарске делатности да се пружи помоћ пацијенту, иако и она са собом може носити одређене ризике.⁴⁰ Међутим, у појединим околностима је оправдано одговорност лекара посматрати као објективну одговорност, што је нпр. случај када је пацијенту нанета штета у научном експерименту. Тада је кривица лекара ирелевантна.⁴¹

Што се тиче права Србије, у одсуству посебних норми у вези са одговорношћу пружаоца услуге, решења морамо потражити пре свега у општим одредбама ЗОО. По нашем виђењу, одговорност пружаоца услуге примарно треба посматрати као одговорност по основу кривице која се претпоставља, сходно чл. 154 ст. 1 ЗОО, а као мерило за кривицу треба узети стандард пажње доброг стручњака,⁴² с обзиром на то да је, по нашем мишљењу, исправно једино професионално лице сматрати пружаоцем услуге. Но, начелно не постоје сметње да се вршење одређене услуге квалификује као опасна делатност, те ће тада пружалац услуге одговарати без обзира на кривицу, као лице које се бави опасном делатношћу, сходно чл. 154 ст. 2 и чл. 174 ЗОО. У том смислу, можемо рећи да и у српском праву субјективну одговорност пружаоца услуге треба посматрати као правило, а објективну одговорност као изузетак од правила.

У српској правној књижевности се највише говори о одговорности за штету коју је лекар нанео пацијенту (или члановима његове породице) приликом лечења, мада се пропушта барем споменути да то јесте случај када се одговара за небезбедну услугу.⁴³ Несумњиво се прихвата да је основ одговорности кривица лекара за штету коју је проузроковао,⁴⁴ мада су у прошлости судови покушали да одговорност за небезбедну лекарску услугу квалификују као објективну

39 *Ibid.*, 167.

40 Вид. *Ibid.*, 168.

41 Вид. *Ibid.*

42 ЗОО, чл. 18 ст. 2.

43 Лекарска услуга се пружа на основу уговора о лекарској услузи који пацијент закључује са лекаром или са другим овлашћеним пружаоцем лекарске услуге. За више о уговору о лекарској услузи вид. Ј. Симић, 54–55.

44 Вид. *Ibid.*, 171; Марија Караникић Мирић, „Кривица као основ деликтне одговорности лекара у грађанском праву“, *Правни животи*, бр. 10/2013, 630. Закон о правима пацијената у чл. 31 у погледу штете коју пацијент трпи на свом телу због стручне грешке здравственог радника, односно здравственог сарадника у остваривању здравствене заштите, те у погледу погоршања здравственог стања због стручне грешке упућује на остварење накнаде штете према општим правилима о одговорности за штету.

одговорност.⁴⁵ Уколико је лекар штету проузроковао у раду или у вези са радом у здравственој установи, у којој је био запослен у тренутку проузроковања штете, за штету одговара здравствена установа у складу са правилима о одговорности за другог.⁴⁶ У случају да је лекар, који је у тренутку проузроковања штете био запослен у здравственој установи, штету проузроковао намерно – оштећени има право да захтева накнаду штете и непосредно од њега.⁴⁷

Дакле, одговорност пружаоца услуге није, попут одговорности произвођача, прошла кроз процес објективизације, мада у неким случајевима пружалац услуге одговара без обзира на кривицу, како смо могли да видимо. Одговорност пружаоца услуге је претежно субјективног карактера и у праву САД, где судови готово без изузетка одбијају да објективну одговорност прошире на ово поље.⁴⁸ Неколико је разлога због чега је судска пракса на том становишту. Судови указују на то да професионални пружаоци услуга пружају услуге које су не-стандардизоване и прилагођене индивидуалним потребама појединаца, те да постоји опасност да би пружаоци услуга, када би одговарали без обзира на кривицу, били принуђени да подигну цене својих услуга које онда не би биле доступне бројним појединцима.⁴⁹ У једној старијој судској одлуци, у вези са трансфузијом крви која је била заражена хепатитисом,⁵⁰ суд је утврдио да, с обзиром на то да хепатитис није било могуће прецизно открити, објективна одговорност не би допринела већој безбедности услуга, већ би насупрот томе била противна политици промовисања адекватног снабдевања крви.⁵¹ У једној другој старијој судској одлуци суд је одбио да објективну одговорност примени на поље одговорности пружаоца услуге зато што услуге не карактерише масовност, а објективна одговорност је настала као одговор на масовну производњу.⁵² Међутим, у правној књижевности у САД заговара

45 Вид. Ј. Симић, 169–171.

46 ЗОО, чл. 171 ст. 1 у вези са чл. 170 ст. 1.

47 ЗОО, чл. 171 ст. 1 у вези са чл. 170 ст. 2.

48 Вид. Francis Scott Baldwin, „Products Liability as it Applies to Service Transactions“, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 43, Nr. 2/1977, 324.

49 Вид. J.P. Mailor, 475–476.

50 Крв данас посматрамо као производ, те се случајеви трансфузије заражене крви решавају према правилима о одговорности произвођача. Пример за одлуку суда где је крв третирана као производ можемо наћи у Холандији. Одлука је донета у предмету *Харџман (Hartman v. Stichting Sanquin Bloedvoorziening)*. Нав. према Christopher J. S. Hodges, „Product Liability in Europe: Politics, Reform and Reality“, *William Mitchell Law Review*, Vol. 27, Nr. 1/2000, 124.

51 Нав. према J.P. Mailor, 482.

52 Нав. према *Ibid.*, 484–485.

се објективизација одговорности пружаоца услуге. Као аргумент се узима то да су прималац услуге и корисник производа у сличној ситуацији и да су обојица принуђени да се поуздају у пружаоца услуге, односно произвођача. Исто тако, указује се на то да прималац услуге, баш попут корисника производа, има потешкоће око доказивања кривице одговорног лица, затим да пружалац услуге може да прибави осигурање од одговорности, као што то чини произвођач, те да објективна одговорност пружаоца услуге може довести до пружања безбеднијих услуга.⁵³ Такође, указује се на то да је пружалац услуге тај који остварује корист од услуге и који је у најбољој могућности да се заштити од губитака.⁵⁴ Предлаже се увођење објективне одговорности када је реч о рутинским или стандардизованим услугама, имајући у виду да би у неким другим случајевима, попут лекарских услуга, појачана одговорност одвратила професионалце од пружања услуга.⁵⁵

IV Услови одговорности, оштећени и одговорно лице

Три су константна услова одговорности пружаоца услуге: 1) да је пружио услугу, 2) да је наступила штета и 3) да између пружене услуге и штете постоји узрочно-последична веза. Уколико је одговорност пружаоца услуге заснована на његовој кривици, што је најчешће случај, онда је и кривица услов одговорности. С обзиром на то да је о кривици и вршењу услуге претходно већ било речи, на овом месту ћемо указати на поједина битна питања у вези са насталом штетом и узрочно-последичном везом између пружене услуге и настале штете, те дати извесна запажања у вези са доказивањем испуњености услова одговорности. Такође, покушаћемо да одгонетнемо ко се сматра оштећеним и ко одговара за штету.

Када је реч о штети, небезбедна услуга је подобна да изазове како штету у виду умањења имовине или спречавања њеног увећања, тако и штету у виду поремећаја психичке равнотеже појединца (физички болови, страх или душевни болови), односно повреде његовог субјективног права. Другим речима, небезбедна услуга може да доведе како до имовинске, тако и до неимовинске штете (било да се она схвата субјективно

53 За више о аргументима у прилог објективне одговорности пружаоца услуге вид. *Ibid.*, 487–492.

54 Вид. *Ibid.*, 495.

55 Вид. *Ibid.*, 493–494. За још нека размишљања о разлозима због којих би објективна одговорност пружаоца услуге била пожељна вид. W.C. Powers Jr, 429; F.S. Baldwin, 338–339.

или објективно).⁵⁶ Узмимо за пример да услед нетачне глобалне сателитске навигације дође до саобраћајног удеса и повређивања возача и власника возила. Штета је имовинска – огледа се у умањењу имовине услед оштећења возила, али је исто тако и неимовинска – огледа се и у интимним трпљењима возача (болони или страх) или у повређеном праву на физички интегритет. Уколико је наступио смртни исход, имовинску и неимовинску штету трпе чланови породице преминулог. Видимо на овом примеру како небезбедна услуга може да доведе до различитих штета, те сматрамо да нема довољно упоришта став у литератури да имовинска штета може да се везује једино за смрт и телесне повреде.⁵⁷ Тада би се штета огледала у трошковима лечења, трошковима сахране итд. Међутим, наведени пример јасно показује да небезбедна услуга може да изазове штету и на ствари оштећеног. Управо из ових разлога је ЕК у Предлогу директиве ставила одредбу према којој се штетом сматра и она која је причињена покретној или непокретној имовини, под условом да се ради о имовини која је уобичајено намењена приватној употреби или потрошњи и коју је оштећени употребљавао или намеравао да употребљава за приватну употребу или потрошњу.⁵⁸ Такође, Предлогом директиве је била обухваћена и неимовинска штета.⁵⁹

Узрочно-последична веза између пружене услуге и штете значи да је штета настала као резултат пружене услуге, односно да је последица манљивости услуге. Око овог услова одговорности нема теоријских спорења.

Будући да на комунитарном нивоу не постоји пропис који регулише одговорност пружаоца услуге, услови његове одговорности ближе су дефинисани одредбама националних прописа држава чланица ЕУ. Такође, национални прописи садрже правила у вези са доказивањем испуњености ових услова. У вези са теретом доказивања потребно је указати на флексибилно поступање судова који тај терет оштећеном олакшавају или га делимично пребацују на пружаоца услуге. Таква је пракса француских и шпанских судова, али и судова у неким другим државама чланицама ЕУ, те иако на подручју одговорности пружаоца услуге није дошло до објективизације одговорности, судови својим одлукама оштећенима омогућавају да лакше остваре своја права на накнаду штете. Суштина поступања судова је, уколико постоје јасни докази о

56 Директива о одговорности произвођача је неимовинску штету искључила из опсега своје примене и то питање оставила на регулисање националним законодавцима (чл. 9 ст. 2).

57 Вид. Н.-W. Micklitz, 280.

58 Предлог директиве, чл. 4. тач. б.

59 Вид. Предлог директиве, чл. 4.

кривици пружаоца услуге или јасни докази о насталој штети, или јасни докази о узрочно-последичној вези између небезбедне услуге и штете, у креирању извесних механизма којима се превазилазе потешкоће око доказивања преосталих услова одговорности. Судови се користе техникама као што су претпоставка кривице пружаоца услуге уместо кривице коју оштећени мора доказати, примена доктрине *res ipsa loquitur* (према којој одређена врста штете или одређени недостатак услуге имплицирају кривицу пружаоца услуге без потребе да се она доказује, прим. аут.) итд.⁶⁰ На овај начин, одговорност пружаоца услуге се приближава објективној одговорности.

Услови одговорности пружаоца услуге су исти и у праву Србије,⁶¹ при чему ЗОО у чл. 154 ст. 1 предвиђа претпоставку постојања кривице. С друге стране, ако је одговорност пружаоца услуге објективног карактера, ЗОО у чл. 173 предвиђа претпоставку постојања узрочно-последичне везе између пружене услуге и настале штете. Дакле, сам законодавац је оштећеном олакшао терет доказивања.

Посебно питање је ко има право на накнаду штете узроковане недостатком услуге: да ли је то само прималац услуге (без обзира на то да ли је закључио уговор са пружаоцем услуге или не) или право на накнаду штете има било које лице које је претрпело штету. Према нашем гледишту, ствари треба посматрати као у случају одређивања круга овлашћених титулара права на накнаду штете узроковане недостатком производа, те стога узети да право на обештећење има не само прималац услуге, него и свако друго лице које је услугу користило, па тако и случајни оштећени који се само успут, узгредно нашао на месту где је дошло до проузроковања штете (тзв. *bystander*).⁶² Нема ниједног разлога због ког би искључиво прималац услуге могао да се јави у улози оштећеног, иако то најчешће јесте случај. Такође, сматрамо да и правно

60 Вид. Н.-W. Micklitz, 278, 281–282.

61 На овом месту указујемо на то да је Зојин закон у праву Србије увео два нова облика правом признате штете – имовинску штету детета због нежељеног живота и неимовинску штету родитеља због нежељеног рођења детета. Вид. Зојин закон, чл. 33–35.

62 У литератури се сугерише да би класификацију оштећених требало извршити према степену укључености у пружање услуге. Тако би потпуну заштиту требало да уживају директан прималац услуге, чланови његове/њене породице и остала лица од којих се очекује да користе услугу или уживају у њеним погодностима. Затим, лице које услугу користи само у просторијама или постројењима пружаоца услуге, за своје потребе, а не за потребе пружаоца услуге, требало би да ужива заштиту једино ако није упозорено на могуће (стога познате) опасности. Напослетку, лице које неовлашћено користи услугу требало би да ужива заштиту једино према општим одредбама о вануговорној одговорности за штету. Вид. Н.-W. Micklitz, 279–280.

лице може да се јави у улози оштећеног јер и оно може да буде прима-лац услуге и да трпи штету услед њене небезбедности, барем имовин-ску, а у оним правним системима у којима важи објективно схватање неимовинске штете – и неимовинску.

За штету одговара пружалац услуге. Иако се на први поглед чини да нема потребе појашњавати ко се сматра пружаоцем услуге, то ипак није тако. Није свако лице које је пружило конкретну услугу која је до-вела до штете пружалац услуге у смислу свега онога што је у овом раду речено о одговорности пружаоца услуге. Према нашем виђењу, да би се неко физичко или правно лице сматрало пружаоцем услуге, у контексту одговорности пружаоца услуге за штету потребно је да пружање услуга буде у опису делатности тог лица. Једино када је услуга доступна ширем кругу корисника можемо говорити о очекивању јавности у погледу без-бедности те услуге. Сличног виђења били су и представници ЕК, будући да су у Предлог директиве унели одређење о пружаоцу услуге као лицу које услугу пружа у оквиру своје професионалне активности или као јавну услугу.⁶³ Друштво не може имати представу о безбедности услуге за коју чланови тог друштва не знају или нису у могућности да је користе. Стога, лице које је пружило извесну услугу која је довела до настанка штете не можемо звати пружаоцем услуге, у контексту одго-ворности пружаоца услуге за штету, ако пружање услуга није у опису његове делатности. Свакако, то лице одговара за штету (како сада стоје ствари према истим општим правилима), али се не може звати пружа-оцем услуге ако већ покушавамо да одговорност пружаоца услуге про-мовишемо као засебан правни институт.

Сматрамо да све што је напред речено о појмовима оштећеног и пружаоца услуге важи и за право Србије, те стога нећемо понављати.

V Закључак

Одговорност пружаоца услуге нема одговарајући значај у правној теорији и правним системима држава чланица ЕУ. Исти случај је и у Србији. Према садашњем стању ствари, одговорност пружаоца услуге чак ни није засебан облик одговорности за штету, имајући у виду да оштећени у државама чланицама ЕУ и Србији право на накнаду штете остварују у складу са општим правилима о одговорности за штету.

Сматрамо да оваква ситуација није задовољавајућа, будући да је безбедност услуга које пружају лица која се професионално тиме баве важно питање. Доношењем прописа на комунитарном нивоу биле би

63 Предлог директиве, чл. 3 ст. 1.

решене одређене недоумице у вези са одговорношћу пружаоца услуге тако што би било разјашњено када се сматра да је услуга небезбедна, ко се сматра пружаоцем услуге итд. Доношење таквог прописа би представљало прилику да се још једанпут испита да ли је оправдано одговорност професионалног пружаоца услуге заснивати на његовој кривици или има места објективизацији одговорности пружаоца услуге, што у појединим случајевима заговарају поједини правни теоретичари у САД.

У Србији, колико је нама познато, тренутно не постоји дебата у вези са одговорношћу пружаоца услуге и овој материји наши правници не поклањају пажњу. Легислативна акција на нивоу ЕУ би дала прилику нашем законодавцу за новелирање ЗЗП, како је то раније учињено у вези са одговорношћу произвођача.

Коришћена литература

- Baretić Marko, *Грађанскоправна одговорност за неисправан производ*, докторска дисертација, Правни факултет Свеучилишта у Загребу, Загреб, 2005.
- Giesen Ivo, Loos Marco B.M., „Liability for defective products and services: The Netherlands“, *Netherlands Reports to the Sixteenth Congress of the International Academy of Comparative Law – Brisbane 2002* (eds. Ewoud H. Hondius and Carla Joustra), Antwerpen – New York, 2002.
- Караникић Мирић Марија, „Кривица као основ деликтне одговорности лекара у грађанском праву“, *Правни животи*, бр. 10/2013. (Karaničić Mirić Marija, „Krivica kao osnov deliktne odgovornosti lekara u građanskom pravu“, *Pravni život*, br. 10/2013)
- Mailor Jane P., „Liability without Fault for Professional Services: Toward a New Standard of Professional Accountability“, *Seton Hall Law Review*, Vol. 9, Nr. 3/1978.
- Micklitz Hans-W., „Chapter 6. Liability for Defective Products and Services“, *European Consumer Law* (eds. Norbert Reich, Hans-Wolfgang Micklitz, Peter Rott, Klaus Tonner), Antwerpen – New York, 2013.
- Midorović Sloboda, Sekulić Miloš, „A New Function of Personal Data in the Light of the Contract for the Supply of Digital Content and Digital Services“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2019.
- Powers Jr William C., „Distinguishing between Products and Services in Strict Liability“, *North Carolina Law Review*, Vol. 62, Nr. 3/1984.
- Симић Јелена, *Лекарска грешка*, Београд, 2018. (Simić Jelena, *Lekarska greška*, Beograd, 2018)

Scott Baldwin Francis, „Products Liability as it Applies to Service Transactions“, *Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 43, Nr. 2/1977.

Hodges Christopher J. S., „Product Liability in Europe: Politics, Reform and Reality“, *William Mitchell Law Review*, Vol. 27, Nr. 1/2000.

Claudius Taschner Hans, „Harmonization of Products Liability Law in the European Community“, *Texas International Law Journal*, Vol. 34, Nr. 1/1999.

Miloš SEKULIĆ

Judge at Basic Court in Novi Sad, PhD Student at the University of Novi Sad Faculty of Law, Serbia

LIABILITY OF THE PROVIDER FOR THE DEFECTIVE SERVICE AT EUROPEAN LEVEL AND IN SERBIAN LAW

Summary

Rising living standards and social development have increasingly placed emphasis on services that meet various human needs. However, as useful as services are, due to their defects, they can be unsafe and in case of a damage service provider is liable for it. At the European Union level there is no regulation or directive that regulates liability of the provider for the defective service and this liability has remained in the domain of the national regulations of the European Union member states and is still largely based on the service provider's fault. In this paper, we will analyze the basic elements of liability of the provider for the defective service to see how this liability works in the EU member states. Certainly, we will analyze Serbian law in order to notice whether it can be improved with experiences from other legal systems.

Key words: *Defective Service. – Provider of the Defective Service. – Proposal for a Council Directive on the Liability of Suppliers of Services.*

Датум пријема рада: 13. 8. 2021.

Датум исправке рада: 4. 5. 2022.

Датум прихватања рада: 20. 7. 2022.

УДК: 349:[004.78:336.7

CERIF: S 144

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2206A

Марија ВИЋИЋ СИМИЋ*

адвокат у сарадњи са Адвокатском канцеларијом

Карановић & Партнери о.а.д., докторанд

Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ТЕРИТОРИЈАЛНА ПРИМЕНА ЗАКОНА О ДИГИТАЛНОЈ ИМОВИНИ

Сажетак

Циљ рада јесте указати на проблем нејасних критеријума за територијалну примену Закона о дигиталној имовини у граничним случајевима када се одређена врста дигиталне имовине илацира (било иушем иницијалне понуде, било иушем секундарној трговања) од стране страног издаваоца српским резидентима, односно када се из иностранства иуружају услуге у вези са тако иласираном дигиталном имовином.

У првом делу рада аутор се бави крајком анализом разлога за реулисање дигиталне имовине и приказивањем основних инстинкција Закона о дигиталној имовини, будући да је у иишању нова реулаиива са чијом ирименом се ииочело тек у другој иоловини ирошле иодине, да би се самим ироблемом иериторијалне иримене овог закона аутор бавио у другом делу рада.

Кључне речи: *Дигитална имовина. – Виртуелне валуте. – Дигитални токени. – Олашавање. – Бели иаир.*

* Електронска адреса аутора: marija.vicic@karanovicpartners.com.

I Разлози за регулисање дигиталне имовине

Убрзани развој дигитализације и учесталија употреба нових технологија у свакодневном животу физичких лица, али и у пословању привредних субјеката, довели су до потребе да се обезбеди правна сигурност кроз институционализацију инструмената и услуга присутних на савременом дигиталном тржишту. Република Србија је прва у региону препознала значај правног регулисања дигиталне имовине, послова и услуга у вези са дигиталном имовином управо ради обезбеђења правне сигурности, као и да би се спречило карактерисање ових активности као илегалних. Студија Европског парламента са почетка 2020. године оценила је глобалну вредност тржишта криптовалута на приближно 250 милијарди долара, док је област криптовалута и остале дигиталне имовине на нивоу Европске Уније и даље нерегулисана, односно релевантне регулативе су у фази нацрта.¹ Дакле, много већа и развијенија тржишта од српског ову област и даље нису правно уредила. Истовремено, постојећи правни оквир којим се регулише тржиште капитала, као и порески прописи нису до краја адекватни да буду примењени и на тржиште криптовалута (и остале дигиталне имовине), будући да је главна карактеристика криптовалута управо да се ставе ван регулације традиционалног тржишта капитала² и изван контроле финансијских супервизорских институција, као што су централне банке. С друге стране, велика волатилност криптовалута и чињеница да њихова вредност није поткрепљена у реалним показатељима вредности валуте, као што је на пример злато, већ у односу понуде и потражње, отвара велики простор за манипулације и злоупотребе, што доводи до потребе да се ова ризична појава адекватно регулише како би учесници у овим пословима били заштићени.³

1 Предлог уредбе о тржишту криптовалута (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 with Annexes*).

2 Тржиште капитала у овом контексту треба разумети како је објашњено у Дејан Ерић, *Финансијска тржишта и инструменти*, Београд, 2003, 434–436.

3 Ненад Цвјетићанин, „Коментар: Дигитална имовина као законска категорија“, 2020, доступно на адреси: <https://pcpress.rs/komentar-digitalna-imovina-kao-zakonska-kategorija/>, 15. 12. 2021; Богдан Вујовић, Александар Угљеваревић, „Анализирамо Нацрт закона о дигиталној имовини: Како ће ова област бити регулисана у Србији?“, 2020, доступно на адреси: <https://www.netokracija.rs/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini-175981>, 7. 1. 2022; Петар Пауновић, „За трговање криптовалутама биће потребна лиценца: Закон о дигиталној имовини ускоро на јавној расправи – Може ли нови пропис да заустави преваранте?“, 2020, доступно на адреси: <https://startit.rs/za-trgovanje-kriptovalutama-bice-potrebnalicenca-zakon-o-digitalnoj-imovini-uskoro-na-javnoj-raspravi/>, 7. 1. 2022; Петар Пауновић, „Ради се на пореском оквиру за дигиталну имовину и биће стимулативан“, 2020, доступно на адреси: <https://startit.rs/>

Повод за увођење дигиталне имовине у правни оквир Републике Србије јесте испуњење препорука FATF (*Financial Action Task Force*) у погледу лиценцирања пружалаца услуга повезаних са дигиталном имовином. Такође, регулисањем тржишта криптовалута и остале дигиталне имовине доприноси се и његовом даљем развоју и унапређењу, спречавању злоупотреба и манипулација приликом трговања и пружања услуга повезаних са дигиталном имовином, повећање опција финансирања (увођењем могућности финансирања путем дигиталне имовине) и повећању и доприносу даљег развоја дигитализације привреде Републике Србије. Такође, регулисање дигиталне имовине доприноси и развоју предузетништва и малих бизниса у области информационих технологија и технолошких иновација.⁴

II Опсег Закона о дигиталној имовини

Дигитална имовина у Републици Србији је од 2020. године регулисана Законом о дигиталној имовини,⁵ чија је примена отпочела 29. јуна 2021. године и бројним подзаконским актима који су донети након тога и којима се примена Закона ближе уређује.⁶ Основни појмови Закона јесу дигитална имовина, виртуелна валута, дигитални токен, бели папир и паметни уговор.

Дигитална имовина јесте дигитални запис вредности који се може дигитално куповати, продавати, размењивати или преносити, и који се

radi-se-na-poreskom-okviru-zadigitalnu-imovinu-i-bice-stimulativan-sef-tima-za-izradu-nacrta-zakona-odigitalnoj-imovini-za-startit-dnevnik/, 7. 1. 2022; Милан Миладиновић, „Нацрт закона о дигиталној имовини – да ли ће заиста доћи до експанзије српског тржишта криптовалута?“, 2020, доступно на адреси: <https://biznis.rs/vesti/srbija/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini-da-li-ce-zaistadoci-do-ekspanzije-srpskog-trzista-kriptovaluta/>, 7. 1. 2022; Марија Блешћ, „Нацрт закона о дигиталној имовини“, 2020, доступно на адреси: <https://belgradecrypto.com/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini/>, 8. 1. 2022.

4 Образложење уз Нацрт закона о дигиталној имовини поднетом Народној скупштини Републике Србије – Образложење, доступно на адреси: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2020/1936-20.pdf, 71.

5 Закон о дигиталној имовини – Закон, *Службени гласник РС*, бр. 153/2020.

6 Навешћемо неке, по мишљењу аутора, важније подзаконске акте којима се регулише регулаторни и оперативни део Закона, дакле изостављајући пореске прописе. То су одлуке које се баве ближим регулисањем поступка лиценцирања пружалаца услуга повезаних са дигиталном имовином, минималним капиталним захтевима, вођењу евиденције и вршењу надзора над тим субјектима, затим одлике које се односе на трансакције повезане са дигиталном имовином у девизама и пружање услуга повезаних са виртуелним валутама у иностраној држави, о одобрењу белог папира који се односи на дигиталне токене и злоупотребама на тржишту виртуелних валута, управљању информационим системима пружалаца услуга повезаних са дигиталним токенима.

може користити као средство размене или у сврху улагања, при чему дигитална имовина не укључује дигиталне записе валута које су законско средство плаћања и другу финансијску имовину која је уређена другим законима, осим када је другачије уређено Законом.⁷

Дефиниција дигиталне имовине постављена је веома широко тако да може да обухвати неограничен број „дигиталних“ права. Експлицитна референца на конкретну технологију је избегнута, нпр. на блокчејн (енгл. *blockchain*) или дистрибуиране базе података, како би се постигла технолошка неутралност, односно да може бити примењива на било коју имовину без обзира на технологију на којој је заснована.⁸

Закон разликује две основне врсте дигиталне имовине: виртуелне валуте и дигиталне токене. Закон у даљим одредбама прописује различит правни режим за ове две врсте дигиталне имовине, као и надлежност различитих супервизорских органа.

Виртуелна валута јесте врста дигиталне имовине коју није издала и за чију вредност не гарантује централна банка, нити други орган јавне власти, која није нужно везана за законско средство плаћања и нема правни статус новца или валуте, али је физичка или правна лица прихватају као средство размене и може се куповати, продавати, размењивати, преносити и чувати електронски.⁹

Ова дефиниција преузета је из Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма¹⁰ и Пете директиве о спречавању прања новца,¹¹ а сматрамо да ју је законодавац преузео да би се осигурала примена Закона на све појавне облике дигиталне валуте који се срећу у међународним документима. Такође, овом дефиницијом не уводи се ново законско средство плаћања, већ је виртуелна валута средство размене којом се може електронски располагати, и које добија то својство прихватањем исте од стране учесника у размени (физичких или правних лица). Данас најпознатије виртуелне валуте су биткоин (*bitcoin*), лајткоин (*litecoin*), рипл (*ripple*), етеријум (*ethereum*), кардано (*cardano*) итд.¹²

7 Закон, чл. 2 ст. 1 тач. 1.

8 Образложење, 74–75.

9 Закон, чл. 2 ст. 1 тач. 2.

10 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 113/2017, 91/2019 и 153/2020.

11 Директива о спречавању употребе финансијског система у сврхе прања новца и финансирање тероризма (*Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of The Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU*, OJ L 156, 19. 6. 2018).

12 Образложење, 75; Н. Цвијетићанин, интернет извор без броја стране; Б. Вујовић, А. Угљеваревић, интернет извор без броја стране.

Дигитални токен јесте било које нематеријално имовинско право које у дигиталној форми представља једно или више других имовинских права, што може укључивати и право корисника дигиталног токена да му буду пружене одређене услуге.¹³

Дигитални токен је дакле разнолика врста дигиталне имовине с обзиром на поставку законске дефиниције – то може да буде потраживање одређеног новчаног износа, управљачка права и учешће у добити или права на приступ одређеној роби или услугама у дигиталној форми (*utility token*).¹⁴ Издавање дигиталних токена омогућава прикупљање капитала, односно финансија на нови начин (кроз могућност групног финансирања – *crowdfunding*), што је нарочито погодно стартап (*start-up*) компанијама.¹⁵

Закон не даје јасну линију разграничења виртуелне валуте и дигиталног токена будући да је могуће постојање и хибридне дигиталне имовине која има карактеристике обе ове основне врсте. У случају хибридне дигиталне имовине, примениће се правила Закона прописана за виртуелне валуте.¹⁶ Уколико дигитална имовина има карактеристике финансијских инструмената у смислу Закона о тржишту капитала,¹⁷ на њу ће се примењивати одредбе ЗТК-а.¹⁸ Закон прописује подељену надлежност супервизорских органа – Народне банке Србије и Комисије за хартије од вредности у зависности од врсте дигиталне имовине у питању. Народна банка Србије биће надлежна за контролу пословања виртуелним валутама и супервизију пружалаца услуга у вези са виртуелним валутама, док ће Комисија за хартије од вредности бити надлежна за контролу пословања дигиталним токенима и супервизију пружалаца услуга у вези са дигиталним токенима.¹⁹ Уколико је у питању хибридна дигитална имовина која има карактеристике и виртуелних валута и дигиталних токена, надлежност Народне банке Србије и Комисије за хартије од вредности ће бити подељена.²⁰

13 Закон, чл. 2 ст. 1 тач. 3.

14 Образложење, 75–76.

15 Н. Цвијетићанин, интернет извор без броја стране; П. Пауновић (2022а), интернет извор без броја стране.

16 Закон, чл. 10.

17 Закон о тржишту капитала – ЗТК, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016, 9/2020 и 153/2020, чл. 2 ст. 1 тач. 1. Напомињемо да смо у овом раду разматрали решења тренутно важећег Закона о тржишту капитала (како је наведено у овој фусноти), а не и решења Закона о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 129/2021, чија примена отпочиње 6. јануара 2023. године.

18 Закон, чл. 7; Б. Вујовић, А. Угљеваревић, интернет извор без броја стране.

19 Закон, чл. 10.

20 Закон, чл. 10; Миломир Матовић, „Закон о дигиталној имовини – опште напомене“, 2021, доступно на адреси: <http://lawlife.rs/index.php/pravo/180-zakon-o-digitalnoj-iovini-opste-napomene>, 11. 1. 2022.

Бели папир (*white paper*) је дефинисан као документ који се објављује приликом издавања дигиталне имовине и који садржи основне податке о конкретној дигиталној имовини, и који треба да послужи инвеститорима као основ за доношење одлуке о улагању у ту дигиталну имовину.²¹ Иако по дефиницији, а и по својој природи, подсећа на проспекат који се објављује на традиционалном тржишту капитала, бели папир се издаје и објављује у процедури једноставнојој него она која је прописана ЗТК-ом,²² и која се односи на хартије од вредности, што за циљ има учесталије издавање дигиталне имовине које је уједно и пријемчивије за мале бизнисе и старопове.²³ Сврха овог института је информисање инвеститора о дигиталној имовини, укључујући и ризике у вези са том дигиталном имовином, како би инвеститор донео одлуку о улагању у конкретну врсту дигиталне имовине.²⁴

Паметни уговор (*smart contract*) јесте компјутерски програм или протокол, заснован на технологији дистрибуиране базе података или сличним технологијама, који, у целини или делимично, аутоматски извршава, контролише или документује правно релевантне догађаје и радње у складу са већ закљученим уговором, при чему тај уговор може бити закључен електронски – путем тог програма или протокола.²⁵ Дакле, паметни уговор није уговор у смислу облигационог права, већ више подсећа на технологију неопходну за реализацију стицања дигиталне имовине него на класични уговор у смислу сагласности воља два или више лица којом се постиже неко облигационоправно дејство.²⁶ Паметни уговор у том смислу представља начин извршења облигационоправног уговора које су странке закључиле.²⁷ Закон прокламује технолошку неутралност, чиме се омогућава његова примена на дигиталну имовину формирану било којом врстом технологије.²⁸

У наставку ћемо приказати веома сумаран преглед основних целина Закона које сматрамо релевантним за анализу његове територијалне примене.

21 Закон, чл. 2 ст. 1 тач. 9.

22 ЗТК, глава III.

23 Образложење, 76.

24 Н. Цвијетићанин, интернет извор без броја стране.

25 Закон, чл. 2 ст. 1 тач. 39.

26 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 151.

27 М. Матовић, интернет извор без броја стране.

28 Закон, чл. 8; Б. Вујовић, А. Угљеваревић, интернет извор без броја стране.

1. Издавање дигиталне имовине

Закон прописује слободно издавање дигиталне имовине у Републици Србији. Издавање се спроводи кроз иницијалну понуду дигиталне имовине за коју нису прописани никакви услови.²⁹ Међутим, Закон прописује ограничење за оглашавање тј. рекламирање иницијалне понуде дигиталне имовине у Републици Србији. Оглашавање иницијалне понуде могуће је само уз претходно одобрење белог папира. Процедура одобрења белог папира у основи личи на процедуру одобрења проспекта јавне понуде хартија од вредности, с тим да је значајно једноставнија.³⁰

Обавеза одобравања белог папира, односно објављивања белог папира, иницијалне понуде дигиталне имовине прописана је увек када се иницијална понуда оглашава у Републици Србији, без обзира на то да ли је учињена на територији Републике Србије.³¹ Закон, опет по узору на ЗТК, прописује случајеве у којима је оглашавање иницијалне понуде дозвољено без одобравања белог папира, и то уколико је:

1. иницијална понуда је упућена мањем броју од 20 физичких и/или правних лица;
2. укупан број издатих дигиталних симбола није више од 20;
3. иницијална понуда је упућена купцима / инвеститорима који купују / улажу у дигиталну имовину у вредности од најмање 50.000,00 евра у динарској противвредности по купцу / инвеститору и
4. укупна вредност дигиталне имовине коју током периода од 12 месеци издаје један издавалац је мања од 100.000,00 евра у динарској противвредности.³²

Такође, Закон је прописао да је могуће да бели папир који није одобрен (односно чије објављивање није одобрено) буде објављен под

29 Иницијална понуда је вид прикупљања средстава издавањем дигиталне имовине на начин једноставнији од јавне понуде хартија од вредности по ЗТК-у. Самим тим, значајно погодује „стартаповима“ и отвара нове могућности олакшаног финансирања (о томе вид.: Б. Вујовић, А. Угљеваревић, интернет извор без броја стране; М. Блешћих, интернет извор без броја стране).

30 Б. Вујовић, А. Угљеваревић, интернет извор без броја стране. Више о томе вид. Жељка Мотика, „ИСО у Србији – издавање дигиталне имовине по Закону о дигиталној имовини“, 2021, доступно на адреси: <http://lawlife.rs/index.php/pravo/178-ico-u-srbiji-izdavanje-digitalne-imovine-po-zakonu-o-digitalnoj-imovini>, 12. 1. 2022. О јавној понуди хартија од вредности вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, 258.

31 Закон, чл. 17.

32 Закон, чл. 17 ст. 2.

условом да се приликом објављивања и иницијалне понуде јасно наведе да тај бели папир, тј. објављивање истог није одобрено.³³

Уколико је бели папир одобрен, мора бити објављен на начин да му се може приступити, у објави мора стајати да је то оглас који мора бити израђен у складу са општим обавезама које се односе на тачност информација исказаних у огласу, те оглас не сме доводити потенцијалне инвеститоре у заблуду.³⁴ Надлежни орган за одобрење белог папира зависи од врсте дигиталне имовине – за виртуелне валуте биће надлежна Народна банка Србије, а за дигиталне токене Комисија за хартије од вредности.³⁵

2. Секундарно трговање дигиталном имовином

Под секундарним трговањем дигиталном имовином сматра се трговање дигиталном имовином за коју је спроведена иницијална понуда на некој од платформи за трговање, посредством пружаоца услуга повезаних са дигиталном имовином или ОТЦ трговање које се обавља директно, без посредовања пружаоца услуга повезаних са дигиталном имовином.³⁶ Такође, трговина дигиталном имовином може се реализовати и путем криптомата. Криптомат је аутоматска машина која служи за куповину и продају виртуелне имовине за новчана средства, као и за замену једне дигиталне имовине за другу.³⁷

Секундарно трговање дигиталном имовином у Републици Србији је слободно, без утицаја је да ли је дигитална имовина издата у Републици или у иностранству. Секундарно трговање је слободно за дигиталну имовину издату у Републици Србији или иностранству, било да је за њу одобрен бели папир у месту издавања или не. Међутим, оглашавање секундарног трговања дигиталном имовином за коју није одобрен бели папир дозвољено је само ако бели папир буде накнадно одобрен, ако је за такву дигиталну имовину у држави чланици Европске уније одобрен бели папир, односно документ који одговара белом папиру, или ако се ради о дигиталној имовини којом се у значајној мери тргује на глобалном тржишту преко лиценцираних, односно регистрованих платформи.³⁸

33 Закон, чл. 17 ст. 3.

34 Закон, чл. 18.

35 Закон, чл. 23.

36 Закон, чл. 32 и 36.

37 Закон, чл. 2 ст. 1 тач. 7.

38 Закон, чл. 31.

Дакле, Закон следи исту логику код иницијалне понуде и секундарног трговања – оба сматра дозвољеним, с тим да је за оглашавање увек потребно одобрење белог папира, изузев у случајевима експлицитно прописаним законом.

3. Услуге и пружаоци услуга у вези са дигиталном имовином

Закон дефинише које услуге се сматрају услугама повезаним са дигиталном имовином за чије обављање је потребна дозвола надлежног органа:

- пријем, пренос и извршење налога који се односе на куповину и продају дигиталне имовине за рачун трећих лица;
- услуге куповине и продаје дигиталне имовине за готов новац и/или средства на рачуну и/или електронски новац;
- услуге замене дигиталне имовине за другу дигиталну имовину;
- услуге у вези са издавањем, понудом и продајом дигиталне имовине, са обавезом њеног откупа (покровитељство) или без те обавезе (агентура);
- регистар лијерских права о дигиталним средствима;
- услуге прихватања / преноса дигиталне имовине;
- управљање портфолиом дигиталних средстава; и
- организовање платформе за трговање дигиталном имовином.³⁹

Поједине услуге у вези са дигиталном имовином су детаљније описане у Закону, а постављене су по узору на инвестиционе и додатне услуге из ЗТК када су у питању финансијски инструменти.

Дакле, за пружање услуга повезаних са дигиталном имовином потребно је локално присуство у расположивој форми привредног друштва према Закону о привредним друштвима⁴⁰ и дозвола надлежног органа.

Дозволу за обављање услуга повезаних са дигиталном имовином издају надлежни органи – Народна банка Србије или Комисија за хартије од вредности, зависно од врсте дигиталне имовине за коју се пружа услуга за коју се дозвола тражи. Закон предвиђа да дозвола надлежног органа није потребна само у случају обављања саветодавних услуга повезаних са дигиталном имовином, што обухвата инвестици-

³⁹ Закон, чл. 3.

⁴⁰ Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021. О томе и М. Матовић, интернет извор без броја стране.

оно саветовање, давање инвестиционих препорука, саветовање у вези са структуром капитала, пословном стратегијом, издавањем дигиталне имовине и сличним питањима, као и друге саветодавне услуге повезане с дигиталном имовином.⁴¹ Такође, правна лица која имају дозволу Комисије за хартије од вредности за пружање инвестиционих услуга у складу са ЗТК, могу да пружају и ове услуге уколико добију Законом прописану дозволу, док остали пружаоци услуга у вези са дигиталном имовином не могу да се баве пружањем ни једне друге врсте услуга.⁴² Закон експлицитно прописује и забрану пружања услуга у вези са дигиталном имовином (као и забрану поседовања дигиталне имовине) финансијским институцијама под надзором Народне банке Србије, уз одређене изузетке прописане у Закону.⁴³

III Територијално важење – примена Закона: уочени недостаци и предложена решења

Језичким тумачењем одредби Закона које регулишу иницијалну понуду, секундарно трговање и пружање услуга у вези са дигиталном имовином долазимо до закључка да се одредбе Закона имају применити уколико се радња регулисана Законом обавља на територији Републике Србије, односно усмерена је према српским резидентима. Дакле, примена Закона ограничена је на територију Србије и он не познаје прекогранично важење (*passporting*). Међутим, уочили смо постојање нејасних критеријума за територијалну примену Закона у граничним случајевима када инострани издаваоци пласирају на српско тржиште одређену врсту дигиталне имовине (било путем иницијалне понуде, било путем секундарног трговања) српским резидентима, односно када инострани пружаоци услуга пружају услуге у вези са тако пласираном дигиталном имовином српским резидентима. Поставља се питање да ли и у којим случајевима је разумно применити одредбе Закона на ове ситуације.

Наиме, Закон прописује своју примену у случају иницијалне понуде дигиталне имовине у Србији, те предвиђа да је то издавање слободно.⁴⁴ Оглашавање иницијалне понуде дигиталне имовине у Србији, без обзира на то да ли је иницијална понуда учињена у Србији или у иностранству (сматрамо да одредбу члана 17 Закона треба тако тумачити

41 Закон, чл. 5.

42 Закон, чл. 4; М. Матовић, интернет извор без броја стране.

43 Закон, чл. 13.

44 Закон, чл. 16.

будући да не дефинише експлицитно где иницијална понуда треба да буде спроведена), могуће је под условом одобрења (објављивања) белог папира у Србији.⁴⁵ Дакле, било да је иницијална понуда учињена у Србији или у иностранству, да би се та иницијална понуда оглашавала у Србији, бели папир мора бити одобрен по одредбама Закона. Када је реч о оглашавању, Закон не говори шта се сматра оглашавањем. Сматрамо да одговор на то може бити пронађен у Закону о оглашавању, који оглашавање дефинише као представљање у било ком облику у вези са пословањем односно професионалном или пословном делатношћу, ради подстицања продаје робе и услуга, продаје непокретности, као и преноса права и обавеза.⁴⁶ Ако ову дефиницију узмемо у обзир, тешко можемо замислити практичну ситуацију у којој долази до иницијалне понуде дигиталне имовине која није обухваћена изузетком у члану 17 Закона, а да ту иницијалну понуду не прати оглашавање. Стога, иако је на први поглед иницијална понуда прокламована слободном у Закону, а одређене активности се захтевају само у случају оглашавања те понуде, у пракси та законски прокламована слобода неће имати великог домашаја.

Закон пропушта да дефинише шта би била иницијална понуда. Сматрамо да аналогном применом дефиниције јавне понуде из ЗТК-а,⁴⁷ која је преузела решења тзв. Директиве о проспекту (*Prospectus Directive*),⁴⁸ иницијалном понудом би се имала сматрати свака информација која је довољна да инвеститор донесе одлуку да ли жели да уложи своја средства у одређену врсту дигиталне имовине. Закон пропушта да предвиди критеријуме за одређивање шта би се сматрало иницијалом понудом у Србији, односно који степен територијалне присутности те иницијалне понуде је неопходан да би се сматрало да се одредбе Закона примењују.

Идентична решења Закон предвиђа када је у питању секундарно трговање дигиталном имовином. Закон предвиђа да је секундарно трговање у Србији дигиталном имовином која је иницијално издата у Србији или у иностранству, без обзира на то да ли је бели папир одобрен или не, слободно.⁴⁹ Накнадно одобрење белог папира у Србији потребно је само у случају да је реч о оглашавању секундарног трговања дигиталном имовином за коју није претходно одобрен бели папир. Закон не

45 Закон, чл. 17.

46 Закон о оглашавању, *Службени гласник РС*, бр. 6/2016 и 52/2019, чл. 2 ст. 1 тач. 1.

47 ЗТК, чл. 2 ст. 1 тач. 37; М. Васиљевић, 258.

48 Директива о проспекту (*Directive 2003/71/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and amending Directive 2001/34/EC*, OJ L 345, 31. 12. 2003).

49 Закон, чл. 21.

говори експлицитно о томе да ли бели папир у том случају мора бити одобрен у Србији или је довољно да буде одобрен у иностранству у случају када је и иницијална понуда спроведена у иностранству. Сматрамо да је шире тумачење прихватљивије. Као и у случају иницијалне понуде, и код секундарног трговања Закон пропушта да одреди критеријуме по којима би се одредило када је реч о секундарном трговању у Србији, а посебно у случају иницијалне понуде учињене у иностранству.

У случају нуђења дигиталне имовине у Србији од стране иностраног издаваоца путем иницијалне понуде или секундарног трговања српским резидентима, поставља се питање примене Закона, јер не постоје јасне смернице за одређивање када се иницијална понуда, односно секундарно трговање обавља у Србији. Поставља се питање да ли сама чињеница да је одређена дигитална имовина понуђена српском резиденту довољна да оправда примену Закона на тај случај. Овај недостатак долази до изражаја посебно будући да је место одвијања свих ових радњи увек интернет као један међупростор који није везан за територију ниједне земље појединачно. Такође, недостатак ових критеријума може додатно да отежа примена страног материјалног права на одређивање значења појма иницијалне понуде или појма секундарног трговања, а то страно право другачије дефинише или тумачи ова два појма.⁵⁰

Такође, питање територијалне примене поставља се и у случају пружања услуга у вези са дигиталном имовином која се пласира из иностранства, а услуге пружају иностране компаније српским резидентима. Закон прописује да пружаоци услуга у вези са дигиталном имовином у Србији могу да обављају ту делатност само уколико поседују лиценцу издату у Републици Србији,⁵¹ али Закон пропушта да постави критеријуме када се одређене услуге у вези са дигиталном имовином сматрају пруженим у Србији – да ли је сама чињеница да су пружене српским резидентима довољна да пружалац услуга потпада под одредбе Закона.

1. Последице нејасних критеријума за одређивање територијалне примене Закона

Чињеница да Закон пропушта да постави критеријуме за одређивање примене Закона у случају издавања и секундарног трговања дигиталном имовином, односно у случају пружања услуга у вези са дигиталном имовином доводи до практичних дилема са којима ће се суочити

50 Тибор Варади, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 104.

51 Закон, чл. 4.

потенцијални инострани издаваоци дигиталне имовине и потенцијални пружаоци услуга у вези са дигиталном имовином из иностранства.

Питања на која треба одговорити да би се дошло до прецизног одређења територијалне примене Закона јесу који степен локалног присуства се захтева – како од стране издаваоца, тако и из угла инвеститора у дигиталну имовину да би се сматрало да се иницијална понуда, односно секундарно трговање догодило у Србији, односно да су услуге у вези са дигиталном имовином пружене у Србији. Теоретски, (а и следећи неке раније ставове Комисије за хартије од вредности у погледу издавања хартија од вредности⁵²) нуђење дигиталне имовине макар и једном српском инвеститору се може сматрати обухваћено одредбама Закона који регулишу иницијалну понуду и секундарно трговање, док обављање било каквих радњи у вези са тим нуђењем, односно пружање било каквих услуга би се могло сматрати регулисаним одредбама Закона које уређују пружање услуга у вези са дигиталном имовином.

Такође, оглашавање у Србији иницијалне понуде или секундарног трговања дигиталном имовином која је издата у иностранству доприноси, по нашем мишљењу, примени Закона чак и када се издавалац налази у иностранству и одатле нуди своју дигиталну имовину резидентима Србије, или макар једном резиденту. Сматрамо да све маркетиншке активности овоме доприносе – дељење информација српским резидентима путем информационо-технолошких канала пласирањем реклама, дељењем брошура и сл.

Сматрамо да без јасних смерница надлежних органа Закон треба тумачити рестриктивно. Рестриктивно тумачење у овом случају довело би до могуће примене Закона на многе ситуације када се дигитална имовина нуди из иностранства, те би сваки инострани издавалац и пружалац услуга повезаних са дигиталном имовином која се нуди из иностранства био у обавези да се понаша у складу са одредбама Закона. На већину издавалаца и пружалаца услуга из иностранства овакво тумачење може утицати негативно и удаљити их од српског тржишта.

2. Смернице за дефинисање територијалне примене Закона

Како би се избегла потреба за горе објашњеним рестриктивним тумачењем, сматрамо да надлежни органи (Народна банка Србије и

52 Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0–03–103/2–12 од 22. марта 2012. године; Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0–03–435/2–14 од 2. септембра 2014. године; Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0–03–51/4–17 20. фебруара 2017. године; Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 2/0–03–399/3–17 од 13. децембра 2017. године. Више о томе вид. Марија Вићић, „Проблеми учешћа запослених у програмима улагања које нуде иностране компаније“, *Право и њивреда*, бр. 4–6/2019, 380–395.

Комисија за хартије од вредности) треба да пропишу одређене смернице територијалног важења (примене Закона). Те смернице послужиле би за опредељивање описаних граничних случајева – да ли одређена активност (иницијална понуда или секундарно трговање дигиталном имовином) треба да потпада под одредбе Закона ако је везана за иностранство у својој претежној мери јер је издавалац страни резидент, односно да ли радња страног резидента у вези са дигиталном имовином која је издата или којом се тргује ван Србије, а радња је усмерена на српског резидента, може да доведе страног резидента у обавезу да прибави дозволу надлежног органа у Републици Србији за ту активност.

Те смернице треба да буду оријентисане у правцу одређивања радњи које би допринеле да се сматра да је дигитална имовина издата или се њоме тргује на секундарном тржишту у Србији, односно да се сматра да су одређене услуге у вези са таквом дигиталном имовином пружене у Србији. Сматрамо да прво треба поћи од одређивања субјекта, односно инвеститора. Сложићемо се да само један или пар инвеститора из Србије не треба да доведе до примене Закона на издавање те дигиталне имовине или трговине њоме, али ни на радње које страни субјект спроводи према српским инвеститорима у вези са тим издавањем или секундарним трговањем дигиталном имовином, које по одредбама Закона могу бити окарактерисане као услуге у вези са дигиталном имовином. Поставља се питање који је онда то разуман број инвеститора који је потребан да би осигурао територијалну примену Закона на ове граничне случајеве. Одређење тачног броја ћемо препустити органима, али сматрамо да он треба да буде значајан како би оправдао примену Закона (нпр. 10 или више инвеститора из Србије).

Такође, смернице треба да садрже утицај активности оглашавања (маркетиншких активности) спроведених у Србији на издавање/трговање дигиталном имовином и пружању услуга повезаних са њом да би се сматрало да се издавање/трговање дигиталном имовином, односно пружање услуга у вези са њом врши у Србији, те да се они морају одвијати по одредбама Закона. На пример, може се конструисати принцип по ком до оглашавања у Србији није дошло уколико се одређени маркетиншки материјали о дигиталној имовини коју намерава да стекне српски резидент – било путем иницијалне понуде, било путем секундарног трговања чине доступним резиденту на његов захтев, а не нуде се и нису доступни на иницијативу издаваоца, без претходног захтева резидента.⁵³ Постављањем ових смерница на јасан начин избегла би се

53 Ово предлажемо по узору на већ заузете ставове Комисије за хартије од вредности на нуђење финансијских инструмената у оквиру програма подстицаја које иностране компаније нуде домаћим физичким лицима, где је Комисија за хартије од вредности стала на становиште да се одредбе ЗТК-а неће применити уколико

рестриктивна тумачења Закона, а самим тим и баријера развоја различитих бизниса са дигиталном имовином из иностранства и са српским резидентима.

IV Закључак

Уочили смо да је тенденција законодавца и предлагача Закона да решења садржана у Закону буду што је могуће либералнија, иако уређују једну ризичну област пословања, што је похвално. Та либерална решења управо ће омогућити ширење тржишта дигиталне имовине под законским окриљем што ће погодovati држави како би имала контролу над овим ризичним пословима, али и инвеститорима из Србије који би требало да се осећају довољно заштићеним, а са друге стране неоптерећеним претераним формализмом који је у нашем законодавству чест када су у питању пословања на сличним ризичним тржиштима.

Међутим, недостатак донетог Закона је нејасноћа његове територијалне примене, односно недостатак критеријума по којима би се могло утврдити када се одређене радње које Закон регулише и за које поставља одређене услове, сматрају радњама спроведеним на територији Републике Србије на којој овај Закон важи. То је пре свега значајно када се нерезиденти јављају као учесници – издаваоци дигиталне имовине или пружаоци услуга у вези са њом. Уколико не постоје јасни критеријуми за његову примену, страни издаваоци могу бити изложени ризику рестриктивног тумачења постојећих законских одредби што може негативно утицати на њихову одлуку да пласирају одређену дигиталну имовину српским резидентима, а сматрамо да таква тумачења не би била у складу ни са либералним духом законодавца у коме је писан читав Закон. Стога је веома важно формирати јасне смернице када би примена Закона била оправдана.

У излагању ми смо дали кратак предлог како би те смернице требало да изгледају (нпр. дефинисањем броја српских инвеститора који би био релевантан за примену Закона, односно избегавањем оглашавања дигиталне имовине српским резидентима без њиховог претходног захтева), али сматрамо да остаје на надлежним органима да такве (или сличне) смернице ревидирају и објаве.

иницијатива за стицањем одређених финансијских инструмената дође из Србије, односно од српског физичког лица. Вид. Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 4/1–102–255/2–19 од 28. фебруара 2019. године; Мишљење Комисије за хартије од вредности бр. 4/1–102–1447/6–19 од 29. октобра 2019. године.

Коришћена литература

- Блешић Марија, „Нацрт закона о дигиталној имовини“, 2020, доступно на адреси: <https://belgradencrypto.com/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini/>, 8. 1. 2022. (Blešić Marija, „Nacrt zakona o digitalnoj imovini“, 2020, dostupno na adresi: <https://belgradencrypto.com/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini/>, 8. 1. 2022)
- Варади Тибор, Бордаш Бернадет, Кнежевић Гашо, Владимир Павић, *Међународно приватно право*, Београд, 2012. (Varadi Tibor, Bordaš Bernadet, Knežević Gašo, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Београд, 2012)
- Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, Београд, 2011. (Васиљевић Мирко, *Компанијско право*, Београд, 2011)
- Вићић Марија, „Проблеми учешћа запослених у програмима улагања које нуде иностране компаније“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2019. (Vičić Marija, „Problemi učešća zaposlenih u programima ulaganja koje nude inostrane kompanije“, *Pravo i privreda*, бр. 4–6/2019)
- Вујовић Богдан, Угљеваревић Александар, „Анализирамо Нацрт закона о дигиталној имовини: Како ће ова област бити регулисана у Србији?“, 2020, доступно на адреси: <https://www.netokracija.rs/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini-175981>, 7. 1. 2022. (Vujiović Bogdan, Ugljevarić Aleksandar, „Analiziramo Nacrt zakona o digitalnoj imovini: Kako će ova oblast biti regulisana u Srbiji?“, 2020, dostupno na adresi: <https://www.netokracija.rs/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini-175981>, 7. 1. 2022)
- Матовић Миломир, „Закон о дигиталној имовини – опште напомене“, 2021, доступно на адреси: <http://lawlife.rs/index.php/pravo/180-zakon-o-digitalnoj-imovini-opste-napomene>, 11. 1. 2022. (Matović Milomir, „Zakon o digitalnoj imovini – opšte napomene“, 2021, dostupno na adresi: <http://lawlife.rs/index.php/pravo/180-zakon-o-digitalnoj-imovini-opste-napomene>, 11. 1. 2022)
- Миладиновић Милан, „Нацрт закона о дигиталној имовини – да ли ће заиста доћи до експанзије српског тржишта криптовалута?“, 2020, доступно на адреси: <https://biznis.rs/vesti/srbija/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini-da-li-ce-zaistadoci-do-ekspanzije-srpskog-trzista-kriptovaluta/>, 7. 1. 2022. (Miladinović Milan, „Nacrt zakona o digitalnoj imovini – da li će zaista doći do ekspanzije srpskog tržišta kriptovaluta?“, 2020, dostupno na adresi: <https://biznis.rs/vesti/srbija/nacrt-zakona-o-digitalnoj-imovini-da-li-ce-zaistadoci-do-ekspanzije-srpskog-trzista-kriptovaluta/>, 7. 1. 2022)
- Мотика Жељка, „ICO у Србији – издавање дигиталне имовине по Закону о дигиталној имовини“, 2021, доступно на адреси: <http://lawlife>.

- rs/index.php/pravo/178-ico-u-srbiji-izdavanje-digitalne-imovine-po-zakonu-o-digitalnoj-imovini*, 12. 1. 2022. (Motika Željka, „ICO u Srbiji – izdavanje digitalne imovine po Zakonu o digitalnoj imovini“, 2021, dostupno na adresi: <http://lawlife.rs/index.php/pravo/178-ico-u-srbiji-izdavanje-digitalne-imovine-po-zakonu-o-digitalnoj-imovini>, 12. 1. 2022)
- Пауновић Петар, „За трговање криптовалутама биће потребна лиценца: Закон о дигиталној имовини ускоро на јавној расправи – Може ли нови пропис да заустави преваранте?“, 2020, доступно на адреси: <https://startit.rs/za-trgovanje-kriptovalutama-bice-potrebnalicenca-zakon-o-digitalnoj-imovini-uskoro-na-javnoj-raspravi/>, 7. 1. 2022. (цитирано као П. Пауновић [2022a]) (Paunović Petar, „Za trgovanje kriptovalutama biće potrebna licenca: Zakon o digitalnoj imovini uskoro na javnoj raspravi – Može li novi propis da zaustavi prevarante?“, 2020, dostupno na adresi: <https://startit.rs/za-trgovanje-kriptovalutama-bice-potrebnalicenca-zakon-o-digitalnoj-imovini-uskoro-na-javnoj-raspravi/>, 7. 1. 2022) (citirano kao P. Paunović [2022a])
- Пауновић Петар, „Ради се на пореском оквиру за дигиталну имовину и биће стимулативан“, 2020, доступно на адреси: <https://startit.rs/radi-se-na-poreskom-okviru-zadigitalnu-imovinu-i-bice-stimulativan-sef-tima-za-izradu-nacrta-zakona-odigitalnoj-imovini-za-startit-dnevnik/>, 7. 1. 2022. (Paunović Petar, „Radi se na poreskom okviru za digitalnu imovinu i biće stimulativan“, 2020, dostupno na adresi: <https://startit.rs/radi-se-na-poreskom-okviru-zadigitalnu-imovinu-i-bice-stimulativan-sef-tima-za-izradu-nacrta-zakona-odigitalnoj-imovini-za-startit-dnevnik/>, 7. 1. 2022)
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1981. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1981)
- Цвјетићанин Ненад, „Коментар: Дигитална имовина као законска категорија“, 2020, доступно на адреси: <https://pcpress.rs/komentar-digitalna-imovina-kao-zakonska-kategorija/>, 15. 12. 2021. (Cvjetićanin Nenad, „Komentar: Digitalna imovina kao zakonska kategorija“, 2020, dostupno na adresi: <https://pcpress.rs/komentar-digitalna-imovina-kao-zakonska-kategorija/>, 15. 12. 2021)

Marija VICIĆ SIMIĆ, LL.M

**Attorney at Law in cooperation with Law Office Karanović & Partners,
PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia**

TERRITORIAL APPLICATION OF THE LAW ON DIGITAL ASSETS

Summary

This article summarizes issues related to unclear criteria relevant for the territorial application of the Digital Assets Law in marginal situations in which certain types of digital assets are offered (through the initial offering or secondary trading) by foreign entities to Serbian resident and in which the services related to such digital assets are performed from abroad.

In the first part of the article the author shows a brief analysis of the main reasons for regulation of the digital assets and main institutes of the Digital Assets Law given that the regulation is still new, and its application began in mid-2021, while the issue related to territorial application of the said law is elaborated in the second part of the article.

Key words: Digital Assets. – Virtual Currency. – Digital Tokens. – Advertising. – White Paper.

Датум пријема рада: 25. 1. 2022.

Датум прихватања рада: 10. 3. 2022.

УДК: 004.78:336.717

CERIF: S 144

DOI: 10.55836/Zbornik_PiP_2207A

Јована МИХАИЛОВИЋ*

докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

Ивана ДАНИЛОВИЋ ТЕРЗИЋ**

докторанд Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

ОСОБЕНОСТИ ПОСЛОВАЊА ПРУЖАЛАЦА УСЛУГА ПОВЕЗАНИХ С ВИРТУЕЛНИМ ВАЛУТАМА КРОЗ ПРИЗМУ ЊИХОВЕ ДЕЛАТНОСТИ

Сажетак

У овом раду аутори настоје да ближе одреде делатности пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама те да, кроз призму природе делатности, укажу на поједине особености и правила која уређују њихово пословање. У том смислу, најпре су анализирани суштинске карактеристике појединих услуга повезаних с виртуелним валутама, уз управљење диспозитивне међу одређеним, наизглед, сличним услугама и наилажавање улоге надзорној органи да, у складу са својом најбољом супервизорском проценом, одреде природу и домаћај ових услуга. По том је даје осврт на поједине аспекте пословања ових субјеката, који чини се, најбоље репрезентују захтеве који се постављају пред ове високоризичне субјекте у циљу адекватној и ефикасној управљања ризицима којима су изложени или могу бити изложени у пословању. Коначно,

* Електронска адреса аутора: jov.mihailovic@gmail.com.

** Електронска адреса аутора: ivanaterzicdanilovic@gmail.com.

будући да се особености пословања нарочито одражава у битности улоге надзорног органа током целокупног пословања ових субјеката, акцент је стављен на надзор над обављањем ове делатности, те су појашњене врсте надзора, мере које надзорни орган може предузети и слично.

Кључне речи: *Пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама. – Услуге повезане с виртуелним валутама. – Делатности. – Надзор. – Мере.*

I Увод

Као и у другим правним системима, у правном систему Републике Србије постоје делатности које се налазе у режиму лиценцираних делатности, односно које се могу обављати искључиво након прибављања дозволе надзорног органа, а делатност пружања услуга повезаних с виртуелним валутама управо је таква делатност.¹ Наведено подразумева да је за оцену законитости пословања пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама, између осталог, од значаја утврдити да ли одређено лице поседује дозволу надзорног органа (Народне банке Србије) за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама.² Управо је природа делатности ових субјеката разлог због кога се у односу на ове субјекте јавља

1 Закон о дигиталној имовини не познаје појам пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама, већ је тај појам садржан у подзаконским актима надлежног органа. Закон о дигиталној имовини – ЗДИ, *Службени гласник РС*, бр. 153/2020. Тако се, под „пружаоцем услуга“, у смислу подзаконских прописа Народне банке Србије донетих на основу ЗДИ, подразумева „пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином у делу пословања који се односи на виртуелне валуте, а који је привредно друштво које има дозволу Народне банке Србије за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама“. Вид. нпр. Одлуку о ближим условима и начину вршења надзора над пружаоцем услуга повезаних с виртуелним валутама и издаваоцем и имаоцем виртуелних валута – Одлука о надзору, *Службени гласник РС*, бр. 49/2021, тач. 2 ст. 1 одредба под 1). Наиме, ЗДИ познаје појам „пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином“, при чему су законом дефинисане две врсте дигиталне имовине: виртуелне валуте и дигитални токени. Вид. ЗДИ, чл. 2 ст. 1 тач. 1–5. При томе је Народна банка Србије, у складу са законом, надлежна за питања која се односе на одлучивање у управним поступцима, доношење подзаконских аката, надзор над обављањем послова и остваривање других права и обавеза надзорног органа у делу који се односи на виртуелне валуте као врсту дигиталне имовине (ЗДИ, чл. 10 ст. 1.).

2 У том смислу, од значаја је установљавање Регистра пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама и могућност поуздања сваког заинтересованог лица у тачност уписаних података. Вид.: ЗДИ, чл. 72; Одлука о садржини регистра пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама и ближим условима и начину вођења тог регистра – Одлука о садржини регистра пружалаца услуга, *Службени гласник РС*, бр. 49/2021.

посебна контролна функција надзорног органа, како у фази отпочињања делатности, тако и током целог пословања, те и престанка обављања делатности. Додатно, и прописана строжа правила пословања ових субјеката последица су природе услуга које обављају, односно ризика које пружање тих услуга подразумева.

Контролна функција надзорног органа у погледу лиценцирања и надзора над обављањем ове делатности требало би да обезбеди правну извесност, при чему стварању шире слике о нестабилности виртуелних валута, као врсте дигиталне имовине, на коју се односе услуге ових субјеката, доприноси и недвосмислено искључивање одговорности Републике Србије, као и Народне банке Србије за било коју евентуалну штету и губитке које корисници и други имаоци виртуелних валута, пружаоци ових услуга или трећа лица претрпе у вези са обављањем трансакција с виртуелним валутама.³ Прописана обавеза пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама да претходно корисника обавесте о ризицима обављања трансакција с виртуелним валутама, укључујући ризик од делимичног или потпуног губитка новчаних средстава, односно друге имовине, као и о томе да се на трансакције с виртуелним валутама не примењују прописи којима се уређује осигурање депозита или заштита инвеститора, као ни прописи којима се уређује заштита корисника финансијских услуга,⁴ додатно говори у прилог специфичностима и ризицима пружања ових услуга.

У том смислу је и опредељење законодавца да услуге повезане с виртуелним валутама могу обављати само лица која су стекла својство пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама као специјализованог привредног субјекта.⁵ С друге стране, пружалац услуга повезаних с виртуелним валутама, поред услуга повезаних с виртуелним валутама, може да обавља само оне послове и услуге који су непосредно повезани са услугама повезаним с виртуелним валутама.⁶ Такође, ови

3 ЗДИ, чл. 15 ст. 1. Децентрализована виртуелна валута брише границе између традиционалних финансијских услуга, система плаћања и регулације инвестиција и доноси нове регулаторне изазове. Вид. Kevin V. Tu, Michael W. Meredith, „Rethinking Virtual Currency Regulation in the Bitcoin Age“, *Washington Law Review*, Vol. 90, Nr. 1/2015, доступно на адреси: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol90/iss1/6/>, 30. 3. 2022, 346.

4 ЗДИ, чл. 15 ст. 2.

5 Наиме, прописана забрана пружања услуга повезаних с дигиталном имовином (виртуелним валутама) од стране финансијских институција под надзором Народне банке Србије има за циљ избегавање излагања тих институција ризицима карактеристичним за дигиталну имовину. Вид. ЗДИ, чл. 13 ст. 2. Изузетно, банке могу пружати услугу чувања и администрирања дигиталне имовине за рачун корисника дигиталне имовине и са тим повезане услуге, али само у делу чувања криптографских кључева. Вид. ЗДИ, чл. 13 ст. 3.

6 ЗДИ, чл. 4 ст. 2. Изузетно, правна лица која имају дозволу Комисије за хартије од вредности за обављање делатности брокерско-дилерског друштва или органи-

субјекти могу пружати, без посебне дозволе надзорног органа, саветодавне услуге.⁷

На овом месту интересантно је истаћи и да Класификација делатности са називима, шифрама и описима делатности не садржи посебну шифру делатности која би се односила на обављање делатности пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама, а није постављено ни ограничење у погледу регистроване претежне делатности тих лица.⁸ Наведено значи да би, према садашњем стању ствари, ова лица хипотетички могла бити регистрована са најразличитијим шифрама делатности, што би имало за последицу да се те одређене шифре разликују од једног до другог лица и напослетку да постоји бојазан да би исто могло резултирати стварањем заблуде о самој природи услуга које та лица пружају. У том смислу, поставља се питање да ли прописивање одређене шифре делатности која би се односила искључиво на пословање пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама има посебан материјални значај *in concreto*, и у вези с тим, питање адекватности постојећих шифра делатности, нарочито имајући у виду да је реч о посебно специјализованим субјектима који раније нису били присутни у правном систему Републике Србије и чија се делатност, по својој природи, а нарочито изложеношћу ризику од прања новца и финансирања тероризма, издваја од досад регулисаних делатности и захтева посебан опрез. Класификација делатности, како и из самог закона којим се уређује класификација делатности произлази, има примену у погледу регистрације, статистике и вођења евиденције, анализе података и кретања у појединим областима, приликом доношења и праћења мера економске и социјалне политике, као и за сврхе научноистраживачког рада.⁹ Међутим, иако наведено значи да шифра делатности не представља сама по себи основ за обављање одређене делатности, чини се да законодавац полази од претпоставке да шифра делатности под којом се одређено лице региструје треба да послужи информативно и да заинтересованим лицима омогући да створе одређену, правилну и тачну

затора тржишта у складу са законом којим се уређује тржиште капитала могу да пружају услуге повезане с дигиталном имовином по добијању дозволе надзорног органа за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином. ЗДИ, чл. 4 ст. 3.

- 7 Вид. ЗДИ, чл. 5. За обављање саветодавних услуга повезаних с дигиталном имовином није потребна дозвола надзорног органа, и те услуге може пружати и лице организовано у правној форми привредног друштва или предузетника или лице регистровано као физичко лице које, у виду занимања, обавља делатност слободне професије у складу са посебним прописима. ЗДИ, чл. 55 ст. 3.
- 8 Уредбом о Класификацији делатности (*Службени гласник РС*, бр. 54/2010) прописује се класификација делатности, која представља општи стандард према којем се врши разврставање јединица у делатности.
- 9 Закон о класификацији делатности, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, чл. 2.

представу о врсти делатности коју обавља одређено лице. При томе, наведено добија на значају ако се има у виду да се ови субјекти, након добијања дозволе надзорног органа, могу бавити искључиво пружањем услуга повезаних с дигиталном имовином (виртуелним валутама) и пословима непосредно повезаним са тим услугама.

II Природа појединих услуга повезаних с виртуелним валутама

Законом су изричито побројане услуге које пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином може пружати, не правећи разлику с обзиром на врсту дигиталне имовине. Таква конкретизација извршена је у захтеву за подношење дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама, као прописаном обрасцу¹⁰ који представља прилог подзаконског акта Народне банке Србије донетог у овој материји и чини његов саставни део.¹¹ У питању су услуге: пријема, преноса и извршења налога који се односе на куповину и продају виртуелних валута за рачун трећих лица; услуге куповине и продаје виртуелних валута за готов новац и/или средства на рачуну и/или електронски новац; услуге замене виртуелних валута за виртуелну валуту и/или другу дигиталну имовину; чување и администрирање виртуелних валута за рачун корисника виртуелних валута и са тим повезане услуге; услуге у вези са издавањем, понудом и продајом виртуелних валута, са обавезом њеног откупа (покровитељство) или без те обавезе (агентура); вођење регистра заложног права на виртуелним валутама; услуге прихватања/ преноса виртуелних валута; управљање портфолиом виртуелних валута и организовање платформе за трговање виртуелним валутама.¹² Будући да закон само набраја и сумарно одређује поједине од услуга, надзорни

10 Доступно на адреси: https://nbs.rs/sr_RS/drugi-nivo-navigacije/propisi/propisi-di/, 5. 4. 2022.

11 Одлука о спровођењу одредаба Закона о дигиталној имовини које се односе на давање дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама и сагласности Народне банке Србије – Одлука НБС о лиценцирању, *Службени гласник РС*, бр. 49/2021.

12 Вид. ЗДИ, чл. 3 ст. 1. У Предлогу уредбе о тржиштима крипто имовине усвојеном од стране Европске комисије, наведене су следеће услуге повезане с крипто имовином: 1) чување и управљање крипто имовином у име трећих лица; 2) успостављање платформе за трговање крипто имовином; 3) замена крипто имовине за *fiat* валуту која је законско средство плаћања; 4) замена крипто имовине за другу крипто имовину; 5) извршење налога који се односе на крипто имовину у име трећих лица; 6) пласирање крипто имовине; 7) пријем и пренос налога који се односе на крипто имовину у име трећих лица; 8) пружање савета о крипто имовини. Предлог уредбе о тржиштима крипто имовине (*Proposal for a regulation of the European Parliament*

орган ће у пракси, у случају потребе, ближе одредити природу и искристалисати суштину и главне одреднице тих услуга, а имајући у виду законска ограничења.

Некада неће бити лако утврдити дистинкцију између појединих услуга повезаних с виртуелним валутама, а проблем се може јавити и на релацији разликовања услуга повезаних с виртуелним валутама и саветодавних услуга повезаних с виртуелним валутама (инвестиционо саветовање, давање инвестиционих препорука, саветовање у вези са структуром капитала, пословном стратегијом, издавањем виртуелних валута и сличним питањима, као и друге саветодавне услуге повезане с виртуелним валутама).¹³ Поред основног полазног језичког тумачења, које представља први ниво тумачења у утврђивању значења и домашаја одређене услуге, од значаја би требало да буде и циљно (телеолошко) тумачење, као други ниво тумачења, у ком се сагледава *ratio* постојања саме услуге – тј. давање одговора на питање коју конкретну радњу пружалац услуга омогућава кориснику, односно врши у име и за рачун корисника, а која је и разлог обраћања корисника том пружаоцу услуга. Даље, у утврђивању природе одређене услуге треба сагледати домашај одређеног налога корисника, тј. које су границе налога који корисник може дати пружаоцу услуга. На пример, при анализи услуге пријема, преноса и извршења налога који се односе на куповину и продају виртуелних валута за рачун корисника виртуелних валута закључујемо да је суштину у давању конкретних налога („слободно креираних налога“) корисника пружаоцу услуга – који поступа у границама датог налога корисника, тј. корисник самостално, без било каквих инструкција пружаоца услуга, даје налог одређене садржине за куповину и продају виртуелних валута.

Кад је, пак, реч о услузи управљања портфолиом виртуелних валута, која је у Закону о дигиталној имовини одређена као управљање појединачним портфолијима дигиталне имовине (виртуелних валута) на основу одобрења из посебног уговора закљученог са корисником дигиталне имовине (виртуелних валута),¹⁴ оно што треба несумњиво утврдити јесте да ли корисник сам управља својим виртуелним валутама након избора одређене стратегије за трговање коју му нуди пружалац услуга или то чини пружалац услуга у његово име и за његов рачун. Из законског одређења ове услуге произлази да је опредељујућа одредница ове услуге препуштање пружаоцу услуга да, на основу

and of the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM/2020/593 – 2020/0265 (COD), 24. 9. 2020), чл. 3 (1)(9).

13 ЗДИ, чл. 5.

14 ЗДИ, чл. 3 ст. 3.

унапред датих оквирних смерница, управља портфолиом виртуелних валута корисника, што подразумева да пружалац услуга, крећући се у границама дате сагласности корисника, доноси одговарајуће инвестиционе одлуке у име и за рачун корисника. Наведено би требало да резултира низом трансакција с виртуелним валутама, којима се реализује куповина или продаја виртуелних валута. Такође, изричито је одређено да је, при пружању услуга управљања портфолиом дигиталне имовине, пружалац услуга дужан да прикупи неопходне информације о знању и искуству корисника дигиталне имовине или потенцијалног корисника о инвестиционој области, финансијској ситуацији и инвестиционим циљевима корисника који су значајни за одређену врсту дигиталне имовине или услуге, како би пружалац услуга био у стању да том кориснику или потенцијалном кориснику препоручи за њега одговарајућу услугу повезану с дигиталном имовином, односно дигиталну имовину.¹⁵ Кад је, пак, реч о саветодавним услугама, може се приметити да *prima facie* извесних, додирних тачака са услугом управљања портфолиом виртуелних валута има услуга давања инвестиционог савета – који представља „персонализовану“ анализу израђену за конкретног корисника о начину улагања његових виртуелних валута.¹⁶ Међутим, главна дистинкција ове саветодавне услуге у односу на услугу управљања портфолиом виртуелних валута јесте та што се ова услуга исцрпљује у давању препоруке, те је поступање по истој препуштено слободи корисника.¹⁷

Највиши прописани износ капитала предвиђен је за пружање услуге организовања платформе за трговање виртуелним валутама,¹⁸ што јасно осликава становиште законодавца да пружање те услуге носи са собом највећи ниво ризичности. Наведено је и разумљиво ако се има у виду да добијањем дозволе за пружање поменуте услуге пружалац услуга, у складу са Законом о дигиталној имовини, обавља сложене послове организатора платформе, који произлазе из самих својстава платформе, путем које у Републици Србији могу да тргују друштва која имају дозволу надзорног органа за пружање услуга повезаних с дигиталном имовином, као и сва друга правна лица, предузетници и физичка лица.¹⁹ Дакле, организатор платформе својим деловањем и јасном регулацијом

15 ЗДИ, чл. 76 ст. 5.

16 ЗДИ, чл. 5 ст. 2.

17 Имајући у виду наведену природу саветодавних услуга, ЗДИ у чл. 55 прописује да за пружање саветодавних услуга није потребна посебна дозвола, те лице које пружа те услуге не мора бити лице које је добило дозволу за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама, али ту информацију (о непостојању дозволе) дужан је да саопшти сваком кориснику и да је истакне на својој интернет страници.

18 ЗДИ, чл. 54 ст. 1 тач. 3.

19 ЗДИ, чл. 30.

услова на платформи посредује између купаца и продаваца виртуелних валута и успоставља регулисан систем заснован на одређеним правилима пословања, доступним под једнаким условима свим учесницима платформе. Међутим, треба бити опрезан при заузимању одговарајућих ставова који се односе на „предвидљивост дешавања“ на платформама за трговање виртуелним валутама. У том смислу, ако се има у виду да су виртуелне валуте децентрализоване валуте, које немају гаранта који стоји иза њих и чија вредност нема утемељење у реалној вредности,²⁰ јасно је да се ове платформе као места за трговање њима приближавају својеврсном местима за клађење око курсева виртуелних валута,²¹ где учесници унапред прихватају могућност великих губитака, тј. где је реализација начела *caveat emptor* унапред предочена и потврђена у пракси.²² Ако се наведено има у виду, јасан је значај улоге организатора платформе у погледу обезбеђења колико-толико јасних правила улагања на таквој платформи. Оно што додатно појачава значај његове улоге јесте чињеница да приступ таквим платформама може имати свако лице (а најчешће су то управо неука лица), те се од организатора платформе очекује савесно поступање у складу са начелом доброг и сигурног пружања услуга повезаних с виртуелним валутама и отклањање евентуалних заблуда улагања у ову врсту дигиталне имовине.²³ Насупрот платформама за трговање виртуелним валутама, берзанско пословање које има у виду класичне односе на тржишту капитала као један од основних постулата поставља управо начело сигурности, које значи да такво пословање мора бити заштићено од претераних губитака – те се дужност брзе своди на спречавање непоштених шпекулација у трговини коју организује како би се такви губици минимизовали.²⁴

20 Вид. више: Gleeson Simon, *The legal concept of money*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 83–84.

21 Упор. Небојша Јовановић, *Берзанско њраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 21.

22 Принцип *caveat emptor* подразумева да купац сноси ризик квалитета купљене робе. Корак даље јесте принцип *emptor debet esse curiosus* који покушава стимулисати самозаштитну активност купца, нпр. интензивнијом провером стања ствари. Вид. Amparo Montañana Casaní, „Los principios y reglas de la compraventa Romana en el derecho Europeo. Hacia un nuevo contenido del contrato de compraventa del siglo XXI: caveat emptor“, *Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano* (ed. María del Carmen López-Rendo Rodríguez), Universidad de Oviedo, Boletín Oficial del Estado, 2020, доступно на адреси: https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-70208302092, 24. 2. 2022, 125.

23 При пружању услуга корисницима дигиталне имовине, пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином дужан је да ставља интересе тих корисника испред сопствених интереса и да послује правично, поштено и професионално, у складу са најбољим интересима корисника поштујући начела утврђена одредбама овог закона. ЗДИ, чл. 76 ст. 1. Вид. више ЗДИ, чл. 76 ст. 2–5.

24 Више вид. Н. Јовановић, 21.

Такође, трговање на регулисаном тржишту – ефектној берзи одвија се искључиво преко њених чланова, односно инвестиционих друштава (изузетак представљају Република Србија и Народна банка Србије који могу да тргују на ефектној берзи и кад немају својство члана), те је, имајући у виду да берза врши контролу својих чланова, укључујући и непосредну контролу путем директног приступа свим књигама и евиденцијама члана, могућност неопрезног улагања значајно умањена.²⁵ У том смислу, делује да колоквијална употреба термина „берза“ када је реч о платформи за трговање виртуелним валутама није адекватна и да покушава да замагли јасну границу између ове две врсте тржишта.

Када је у питању заштита интереса свих учесника платформе, од посебног је значаја изричито законско прописивање да организатор платформе може да пружа све услуге повезане с дигиталном имовином (виртуелним валутама), осим услуге управљања портфолиом дигиталне имовине (виртуелних валута).²⁶ Организатор платформе не може да пружа ни услуге инвестиционог саветовања,²⁷ будући да би обављање наведених услуга од стране организатора платформе лако могло водити злоупотреби ове позиције, јер би, као организатор платформе, могао да фаворизује кориснике којима би пружао услугу управљања портфолиом виртуелних валута, односно услугу инвестиционог саветовања на уштрб интереса других учесника на платформи. Услуга управљања портфолиом дигиталне имовине и услуга инвестиционог саветовања, одређена као пружање личне препоруке кориснику дигиталне имовине у погледу једне или више трансакција које укључују дигиталну имовину,²⁸ представљају специфичне услуге, које би по дефиницији требало, бар у претпостављеном смислу, да доведу до улагања које ће резултирати остварењем профита корисника тих услуга.

III Поједини аспекти пословања пружалаца услуга

1. Организациона форма обављања делатности

Кад је реч о организационим деловима у којима пружалац услуга може обављати своју делатност, законодавац је изричито регулисао само пружање ових услуга у иностраној држави, и то непосредно или преко

25 Наведено према: Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 652.

26 ЗДИ, чл. 30 ст. 3.

27 ЗДИ, чл. 30 ст. 3.

28 ЗДИ, чл. 5 ст. 2.

огранка, уз претходно прибављање сагласности Народне банке Србије,²⁹ при чему се није изричито изјаснио о пружању услуга преко огранка или других организационих делова у Републици Србији, за разлику од одговарајуће регулације овог питања код платних институција.³⁰ Из тог разлога, индикативно би могло бити навођење у одредби Закона о дигиталној имовини која се односи на пружање непосредног надзора, а којом је прописано да је субјект надзора дужан да надзорном органу омогући вршење непосредног надзора над пословањем, односно обављањем појединих послова у његовом седишту, оградима и другим организационим деловима. Додатно, у складу са одлуком којом се уређује садржина регистра пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама и ближим условима и начину вођења тог регистра, у регистар се уписују само подаци о пружаоцима ових услуга, као и о оградима пружалаца услуга у страним државама, односно пружаоцима који на основу сагласности Народне банке Србије непосредно пружају услуге повезане с виртуелним валутама у иностраној држави.³¹ Дакле, није прописан посебан правни оквир за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама преко огранка у Републици Србији, што се редовно чини у ситуацији кад је реч о субјекту у режиму лиценцираних делатности. С друге стране, чини се да примена општег режима, утврђеног законом којим се уређују привредна друштва,³² без предвиђања одговарајуће улоге надзорног органа, на пружаоце услуга повезане с дигиталном имовином (виртуелним валутама)³³ није одговарајућа, управо имајући у виду природу делатности ових субјеката.

2. Унутрашњи механизми контроле

Завређује посебно поменути захтеве који се односе на унутрашње механизме контроле, будући да је успостављање доброг и поузданог

29 ЗДИ, чл. 94.

30 Вид.: Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени гласник РС*, 139/2014 и 44/2018, чл. 101 ст. 1.

31 Вид. Одлука о садржини регистра пружалаца услуга, тач. 2.

32 У чл. 568 ст. 1 Закона о привредним друштвима – ЗПД (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021) прописано је да се ограданак привредног друштва образује одлуком коју доноси скупштина, односно ортаци или комплементари, ако оснивачким актом, односно статутом није другачије одређено, док је у чл. 569 ст. 1 истог закона прописано да се ограданак домаћег и иностраног привредног друштва региструје у складу са законом којим се уређује регистрација.

33 У чл. 53 ЗДИ прописано је да се одредбе закона којим се уређују привредна друштва примењују на пружаоце услуга повезаних с дигиталном имовином, ако нису у супротности са тим законом.

система управљања и система унутрашњих контрола предуслов за адекватно управљање бројним ризицима којима је у свом пословању изложен или може бити изложен пружалац услуга повезаних с виртуелним валутама. Сагласно томе, Закон о дигиталној имовини прописује обавезан обухват ових система, који треба да буде у функцији одговорног и поузданог управљања пружаоцем услуга повезаних с виртуелним валутама. Анализом релевантних законских одредаба³⁴ увиђају се два битна аспекта ових система. Први је добро успостављена организациона структура, са јасно разграниченим дужностима и одговорностима које се односе на пружање услуга повезаних с виртуелним валутама – која подразумева да линије хијерархије морају бити јасно утврђене и да морају бити успостављени одговарајући механизми надзора над обављањем послова у пружаоцу услуга, како би се правовремено реаговало у случају утврђења неправилности односно недостатака у одређеним сегментима пословања ових субјеката. Други битан аспект јесте постојање одговарајућих процедура, које представљају оперативне документе, који по принципу „корак по корак“ треба да пропишу поступање сваког појединог запосленог на сваком радном месту у пружаоцу услуга, као и обавезе и одговорности у вези са битним областима које су предмет њиховог уређења (идентификовање, мерење и праћење ризика, као и извештавање и управљање појединим ризицима; рачуноводство; оцена усклађености с прописима којима се уређује спречавање прања новца и финансирања тероризма и сл.) – односно морају садржати предвидљива и јасна правила поступања у вези са конкретним обавезама пружаоца услуга. Надзорни орган има овлашћење да ближе уреди ову материју, те да додатно прецизира захтеве који би уважавали специфичности ове специјализоване делатности,³⁵ при чему можемо да констатујемо да се описани, законски захтеви налазе у равни захтева прописаних код платних институција и институција електронског новца.³⁶

При томе, иако још увек није донет одговарајући подзаконски акт, оправдано је сматрати да један ефикасан и поуздан систем унутрашњих контрола истовремено обухвата поступке и процедуре који се односе на управљање ризицима, обезбеђивање усклађености пословања и на активности интерне ревизије, успостављене ради адекватног управљања ризицима, праћења ефикасности пословања, тачности финансијских и других података пружаоца услуга, као и ради обезбеђивања усклађености пословања пружаоца услуга са релевантним прописима.³⁷ Такође, Закон

34 ЗДИ, чл. 92.

35 ЗДИ, чл. 92 ст. 3.

36 ЗПУ, чл. 89 и чл. 129 ст. 2.

37 Такви захтеви у погледу система унутрашњих контрола постављени су код платних институција и институција електронског новца и детаљно разрађени у Одлуци о

о дигиталној имовини прописује да је пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином дужан да интерну ревизију врши у складу са законима којима се уређују рачуноводство и ревизија, ако тим законом није другачије прописано.³⁸ Биће од велике важности организовати на адекватан начин активности интерне ревизије у пружаоцу услуга, која би, по дефиницији, требало да буде самостална и независна, и да на систематизован и стручан начин континуирано врши оцену усклађености активности пружаоца услуга са прописима, адекватности успостављених система контрола и система управљања, квалитета унутрашњих аката и да, као резултат извршене ревизије – предложи поступке, односно мере које треба да применити у циљу унапређења области у којима су идентификовани недостаци, односно неправилности.³⁹

3. Ревизија финансијских извештаја

У погледу ревизије финансијских извештаја пружаоца услуга, законска правила су постављена тако да прописују примену општег режима прописаног законом којим се уређује ревизија.⁴⁰ Наведено значи да је пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином (виртуелним валутама) дужан да обезбеди ревизију својих финансијских извештаја, ако је на то обавезан у складу са законом којим се уређује ревизија.⁴¹ У том делу, за разлику од режима прописаног за платне институције и институције електронског новца законом којим се уређује рачуноводство, не уводи се претпоставка да се, за потребе ревизије, пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама сматрају великим правним лицима.⁴² Међутим, правило које уважава специфичности пословања

системима управљања и унутрашњих контрола платних институција и институција електронског новца и о заштити новчаних средстава корисника платних услуга и ималаца електронског новца, *Службени гласник РС*, бр. 55/2015 и 65/2019. Вид. више Мирјана Радовић, „Платна институција као ново специјализовано привредно друштво“, *Усклађивање њословној љрава Србије са љравом Европске уније (2015)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 203–204.

38 ЗДИ, чл. 89 ст. 1. Такође, истим чланом ЗДИ је прописано да је поред интерне ревизије пружалац услуга дужан да и вођење пословних књига, признавање и вредновање имовине и обавеза, прихода и расхода, састављање, приказивање, достављање и обелодањивање информација из финансијских извештаја врши у складу са законима којима се уређују рачуноводство и ревизија, ако тим законом није другачије прописано.

39 Упор. Миле Станишић, „Карактеристике модерне ревизије у банкама“, *Банкарство*, бр. 7–8/2007, 58–71.

40 ЗДИ, чл. 90 ст. 1.

41 Закон о ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 73/2019.

42 Закон о рачуноводству, *Службени гласник РС*, бр. 73/2019 и 44/2021 – др. закон, чл. 6 ст. 12.

ових субјектата предвиђено је у виду изузетка од општег правила о примени закона који уређује ревизију, те је прописано да је пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином дужан да обезбеди ревизију својих финансијских извештаја у случају да је укупна вредност трансакција с дигиталном имовином на годишњем нивоу већа од 220.000.000 динара.⁴³ Другим речима, полази се од претпоставке да је наведени износ опредељујућа одредница и довољно значајна вредност која уводи у обавезу ревизије и оне пружаоце услуге који то редовно нису.

4. Заштита новчаних средстава корисника виртуелних валута

Водећи рачуна о потреби заштите новчаних средстава корисника виртуелних валута, прописано је правило да је пружалац услуга који држи новчана средства, односно дигиталну имовину (виртуелне валуте) корисника дужан да предузме различите мере заштите корисника.⁴⁴ У функцији заштите новчаних средстава јесте и изричито законско прописивање да дигитална имовина коју пружалац услуга повезаних с дигиталном имовином чува и којом администрира за рачун корисника, укључујући и средства која су у поступку преноса, није у власништву и не улази у имовину тог пружаоца, као и да се не може користити за плаћање обавеза тог друштва према повериоцима, односно бити предмет принудне наплате и извршења које се спроводи над тим пружаоцем услуга повезаних с дигиталном имовином, нити улазити у стечајну или ликвидациону масу тог пружаоца услуга. Ефективност примене ових захтева од стране пружалаца услуга биће оцењена у потпуности у поступку надзора, док се у поступку давања дозволе за пружање услуга повезаних с виртуелним валутама даје преглед мера на основу којих се може закључити да подносилац захтева за давање дозволе за пружање ових услуга има представу о потреби, значају заштите и начину на који ће заштитити поменута средства.⁴⁵

43 ЗДИ, чл. 90 ст. 2.

44 Реч је о следећим мерама заштите новчаних средстава корисника виртуелних валута: 1) вођење евиденција и рачуна на начин који пружаоцу услуга омогућава да у сваком моменту и без одлагања раздвоји средства једног корисника од средстава другог корисника, као и од сопствених средстава, и обезбеђује тачне податке о тим средствима; 2) прецизно и тачно вођење евиденција, рачуна и своје кореспонденције у вези са виртуелним валутама и новчаним средствима корисника на рачунима којима управља у складу с чланом 80 ЗДИ; 3) редовно сравњење својих интерних рачуна са евиденцијама и рачунима корисника којима управља у складу с чланом 80 ЗДИ; 4) успостављање одговарајућих мера како би се умањио ризик од губитка или смањења имовине корисника, односно права у вези са том имовином, а који могу настати као последица злоупотребе те имовине, преваре, лошег управљања, неадекватног вођења евиденције или немара (ЗДИ, чл. 78 ст. 1).

45 Подносилац захтева у опису планираних мера за заштиту новчаних средстава корисника виртуелних валута даје преглед мера које ће предузимати ради заштите

5. Посебан осврт – борба против прања новца и финансирања тероризма

Имајући у виду природу делатности пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама, посебна пажња законодавца, али и Народне банке Србије као органа надлежног за доношење подзаконских аката на основу тог закона у делу пословања које се односи на виртуелне валуте – посвећена је одредбама које имају за циљ спречавање прања новца и финансирања тероризма.⁴⁶ У том смислу, при оцени захтева, односно оцени испуњености услова за давање дозволе – Народна банка Србије нарочито цени да ли постоје индиције да се дозвола или сагласност прибављају, односно да се у пружаоцу услуга учешће стиче ради прања новца или финансирања тероризма, при чему се нарочито сагледава да ли се може утврдити извор капитала подносиоца захтева, односно извор средстава за стицање квалификованог учешћа, као и да ли су се ова лица или лица која су с њима повезана доводила у везу с прањем новца или финансирањем тероризма.⁴⁷ Овој групи одредаба, које прожима исти циљ, припада и одредба која предвиђа да привредно друштво које намерава да пружа услуге повезане с виртуелним валутама доставља Народној банци Србије опис организационе структуре, система управљања и система унутрашњих контрола, као и мера унутрашње контроле које се успостављају ради испуњавања обавеза утврђених

новчаних средстава својих корисника у вези са извршењем трансакције с виртуелним валутама у складу са ЗДИ, и наводи податке о банци (пословно име, седиште) у којој ће отворити посебан рачун за депоновање средстава која је примио од корисника виртуелних валута или његовог пружаоца платних услуга у вези са извршењем трансакције с виртуелним валутама, односно рачун корисника чијим средствима управља у складу са ЗДИ. Одлука НБС о лиценцирању, тач 7 ст. 1.

46 Изричитим прописивањем да се одредбе прописа којима се уређује спречавање прања новца и финансирања тероризма и прописа којима се уређује ограничење располагања имовином у циљу спречавања тероризма и ширења оружја за масовно уништење и одредбе ЗДИ којима се уређују посебне обавезе тих пружалаца у вези са спречавањем прања новца и финансирања тероризма, примењују на пружаоце услуга повезаних с дигиталном имовином, као и да се дигитална имовина, односно виртуелна имовина сматра имовином, приходом или другом одговарајућом вредношћу у смислу наведених прописа постигнута је усклађеност са захтевима из Пете директиве Европске уније о прању новца и међународним стандардима за спречавање прања новца и финансирања тероризма који су дефинисани ФАТФ (*Financial Action Task Force*) препорукама (Препорука 15), који захтевају лиценцирање или регистрацију лица која пружају услуге повезане с виртуелном имовином. Вид. Образложење Нацрта закона о дигиталној имовини – Образложење Нацрта ЗДИ, доступно на адреси: https://rsjp.gov.rs/upload/1607078060335_Obrazlo%20Nacrta%20zakona%20o%20digitalnoj%20imovini_131120_%20C4%8CistaVerzija%20-%20Copy.pdf, 21. 2. 2022, 4.

47 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 2 ст. 1.

прописима којима се уређују спречавање прања новца и финансирања тероризма и мера за управљање безбедношћу информационо-комуникационог система.⁴⁸ Од нарочитог је значаја одредба којом је прописано да привредно друштво уз захтев за давање дозволе доставља Народној банци Србије и податке о предложеном овлашћеном лицу и његовом заменику за вршење појединих радњи и мера за спречавање и откривање прања новца и финансирања тероризма, која су, у складу са одредбама закона којим је уређено спречавање прања новца и финансирања тероризма, дужна имати лиценцу за обављање послова овлашћеног лица или доставити доказ да нису у обавези да поседују ту лиценцу.⁴⁹ Таквим решењем омогућава се да одмах по добијању дозволе буде одређено које лице ће обављати поменуту битну функцију у пружаоцу услуга. Коначно, корак даље у циљу заокруживања и стварања потпуног нормативног оквира у наведеном смислу јесу одредбе Закона о дигиталној имовини, у складу са којима је привредно друштво дужно да Народној банци Србије, уз поднети захтев, поднесе и предлог процедура за идентификовање, мерење и праћење ризика којима је пружалац услуга изложен или би могао да буде изложен у свом пословању, посебно ризика од прања новца и финансирања тероризма, као и за управљање овим ризицима, односно извештавање о тим ризицима, као и предлог рачуноводствених процедура и процедура за оцену усклађености с прописима којима се уређују спречавање прања новца и финансирања тероризма, као и податке о члану (члановима) управе пружаоца услуга који ће бити одговоран за успостављање наведених процедура.⁵⁰

IV Надзор

Излагање о надзору над пружаоцем услуга повезаних с виртуелним валутама отпочињемо освртом на поступак индивидуалне заштите корисника ових услуга,⁵¹ с циљем стицања целовите слике о значају који има вршење надзора надлежног органа над овим субјектима за саму заштиту корисника ових услуга. У том смислу, приметно је да је Закон

48 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 8 ст. 1.

49 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 8 ст. 2.

50 Одлука НБС о лиценцирању, тач. 8 ст. 1 и 3 одредбе под 2 и 3.

51 Корисник дигиталне имовине јесте физичко лице, предузетник или правно лице које користи или је користило услугу повезану с дигиталном имовином, или се пружаоцу услуга повезаних с дигиталном имовином обратило ради коришћења те услуге. ЗДИ, чл. 2 ст. 1 тач. 35. Дакле, појам корисника у смислу временске одреднице обухвата и садашњег и бившег корисника, али и потенцијалног корисника, односно лице које је изразило интересовање за услугу обративши се пружаоцу услуга ради коришћења неке од услуга.

о дигиталној имовини ниво заштите корисника виртуелних валута поставио на ниво поступка пружаоца услуга по приговору корисника, тј. да није прописао улогу надзорног органа у евентуалном поступку по притужби.⁵² Овакво решење, иако на први поглед може да изненади, резултат је свесног опредељења законодавца и у духу је рестриктивног уређења ових субјеката, а имајући у виду бројне ризике које генерише пружање ових услуга. Наиме, овакво решење се намеће *per se* – с обзиром на природу виртуелних валута, које карактерише изразита волатилност,⁵³ а „губици“ се сматрају саставним делом упуштања у трговање с виртуелним валутама.⁵⁴ Одредбе о искључењу одговорности централне банке⁵⁵ добиле су своју потврду и овим изостанком поступка по притужби који спроводи надзорни орган.⁵⁶ Имајући у виду наведено, заштита коју пружа Народна банка Србије корисницима услуга

52 За разлику од решења садржаног у чл. 6 ст. 2 ЗПУ којим је, кад је реч о заштити корисника платних услуга и ималаца електронског новца, прописано да се на поступак остваривања заштите права и интереса корисника платних услуга и ималаца електронског новца примењују одредбе закона којим се уређује заштита корисника финансијских услуга, а које се односе на остваривање заштите права и интереса корисника финансијских услуга.

53 Индикативан пример релативне вредности ових средстава, најбоље илуструје нпр. одлука Централне банке НР Кине да забрани трговање дигиталном имовином и да пословање са крипто валутама прогласи недозвољеном активношћу која озбиљно угрожава безбедност имовине људи, а која је итекако имала утицаја на вредност појединих виртуелних валута. Вид. Ryan Browne, „China’s central bank says all cryptocurrency-related activities are illegal, vows harsh crackdown“, септембар 2021, доступно на адреси: <https://www.cnbc.com/2021/09/24/china-central-bank-vows-harsh-crackdown-on-cryptocurrency-industry.html>, 8. 2. 2022. Такође, примера ради, у мају 2021. године компанија Тесла прекинула је са употребом биткоина у трговини аутомобилима због забринутости за климатске промене (будући да тзв. рударење крипто валута подразумева озбиљну потрошњу електричне енергије), што је извршни директор те компаније написао на свом Твитер налогу. Након тог твита вредност биткоина је пала готово 10 одсто. Вид. Rani Molla, „When Elon Musk tweets, crypto prices move“, јун 2021, доступно на адреси: <https://www.vox.com/recode/2021/5/18/22441831/elon-musk-bitcoin-dogecoin-crypto-prices-tesla>, 8. 2. 2022.

54 О подобности виртуелних валута да конституишу „имовинска права“ и пракси федералних судова у свету по том питању вид. Roe Sarel, „Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective“, *North Carolina Journal of Law and Technology*, Vol. 22, Nr. 3/2021, доступно на адреси: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=ncjolt>, 28. 3. 2022.

55 ЗДИ, чл. 15 ст. 1.

56 Народна банка Србије је, почевши од 2014. године, у више наврата упозоравала на ризике улагања у виртуелне валуте како би улагачи били свесни да не постоји гаранција вредности виртуелних валута, те да само у једном дану може доћи до великог пада вредности виртуелних валута. Вид. Народна банка Србије, „Народна банка Србије упозорава да биткоин не представља законско средство плаћања у Србији“, октобар 2014, доступно на адреси: https://www.nbs.rs/sr_RS/scripts/showcontent/index.html?id=7605, 8. 2. 2022. Вид. и одговор Народне банке Србије

повезаних с виртуелним валутама индиректна је и своди се на контролу законитости пословања ових субјеката, али иста (иако индиректна) обезбеђује постојање транспарентних и јасних услова пословања ових субјеката.

Имајући у виду претходно наведено, како је у уводном излагању и напоменуто, формулисана је и дужност пружаоца услуга да, пре успостављања пословног односа с корисником виртуелних валута или вршења трансакције с виртуелним валутама, корисника виртуелних валута обавести о ризицима обављања трансакције с виртуелним валутама, укључујући ризик од делимичног или потпуног губитка новчаних средстава, односно друге имовине, као и о томе да се на трансакције с виртуелним валутама не примењују прописи којима се уређује осигурање депозита или заштита инвеститора, као ни прописи којима се уређује заштита корисника финансијских услуга.⁵⁷ При томе, поједини аутори исправно запажају да је, уместо регулације *ex post*, ово област пословања у којој државе треба да реагују на законодавном плану *ex ante*, антиципирајући њен развој како би се што спремније суочиле са изазовима које ово тржиште доноси.⁵⁸

1. Поступак и врсте надзора

Народна банка Србије врши надзор у сваком делу пословања пружаоца услуга повезаних с виртуелним валутама.⁵⁹ Поред пружаоца ових услуга, субјект надзора су и издавалац и ималац виртуелних валута, али само у делу пословања који је посредно и/или непосредно у вези с виртуелним валутама.⁶⁰ Имајући у виду тему овог рада, предмет анализе

на новинарско питање, јун 2018, доступно на адреси: <https://www.nbs.rs/en/scripts/showcontent/index.html?id=12975&konverzija=no>, 8. 2. 2022.

57 ЗДИ, чл. 15 ст. 2.

58 Joanna Diane Caytas, „Regulatory Issues and Challenges Presented by Virtual Currencies“, *Columbia Business Law Review*, 2017, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2988367, 30. 3. 2022, 4. Виртуелне валуте су производ уговорног права и као такве не могу опстати без адекватне уговорне и законске регулације. Више о томе вид. Lawrence J. Trautman, Alvin C. Harrell, „Bitcoin versus Regulated Payment Systems: What Gives?“, *Cardozo Law Review*, Vol. 38, Nr. 3/2017, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2730983, 28. 3. 2022, 1096.

59 Одлука о надзору, тач. 4 ст. 1. У функцији обезбеђења потпуног и делотворног надзора над пословањем пружалаца услуга, јесте и одредба којом је прописано да надзорни орган може у току вршења надзора извршити надзор и код лица коме је субјект надзора поверио обављање појединих оперативних послова у складу са овим законом, као и код других лица која су са субјектом надзора повезана имовинским, управљачким и пословним односима. Одлука о надзору, тач. 9.

60 Одлука о надзору, тач. 4 ст. 2.

јесте само надзор над пословањем пружаоца ових услуга, у коме Народна банка Србије контролише пре свега усклађеност пословања тих пружалаца са Законом о дигиталној имовини и прописима донетим на основу тог закона.⁶¹

Као и код банака, платних институција и институција електронског новца, и код ових субјеката постоје две врсте надзора – посредни и непосредни.⁶² Поменуте врсте надзора опредељене су начином на који Народна банка Србије врши надзор, односно с обзиром на врсту података које су предмет сагледавања у поступку надзора. Посредан надзор врши се прикупљањем и анализом извештаја и друге документације и података које пружалац услуга као субјект надзора доставља Народној банци Србије, у складу са Законом о дигиталној имовини и прописима донетим на основу њега, као и друге документације, односно других података о пословању субјекта надзора којима овај надзорни орган располаже.⁶³ У питању је стални надзор, у ком се на континуираној основи испитују релевантни подаци о активностима пружалаца услуга. Ови подаци се могу поделити на оне које су пружаоци услуга у обавези да достављају надзорном органу у одређеним временским интервалима, и на оне које достављају када дође до одређених промена у пословању пружаоца услуга. Такође, на захтев Народне банке Србије, пружалац услуга је дужан да достави и друге податке који су предмет таквог захтева, а које овај надзорни орган сматра потребним у циљу адекватне процене квалитета управљања ризицима од стране овог субјекта. По правилу, чињенице утврђене у овом поступку и закључци ове врсте надзора често могу бити сигнал да је неопходно спровести и непосредан надзор над пружаоцем услуга у одређеним аспектима његовог пословања. Кад је, пак, реч о непосредном надзору, који се врши увидом у пословне књиге и другу документацију и податке субјекта надзора,⁶⁴ та врста надзора пружа свеобухватан увид у пословање пружаоца услуга, на основу ког се може детаљно проценити пословање пружаоца услуга, процедуре које користи, успешност руководства, рад интерне ревизије, као и поштовање закона и прописа. Она је значајна и с аспекта

61 ЗДИ, чл. 123 ст. 3. Поред наведених прописа, предмет надзора је и провера усклађености пословања пружалаца услуга повезаних с дигиталном имовином и издавалаца са законом и другим прописима којима се уређује спречавање прања новца и финансирања тероризма, законом којим се уређује ограничавање располагања имовином у циљу спречавања тероризма и ширења оружја за масовно уништење, прописима којима се уређује девизно пословање, рачуноводство, управљање информационим системом и другим одговарајућим прописима. Вид. ЗДИ, чл. 123 ст. 4.

62 Одлука о надзору, тач. 6 ст. 1.

63 Одлука о надзору, тач. 6 ст. 2.

64 Одлука о надзору, тач. 6 ст. 3.

непосредне провере података које су пружаоци услуга повезаних с виртуелним валутама доставили Народној банци Србије. Будући да надзор на лицу места значи директан, непосредан увид у документацију пружаоца услуга и његов информациони систем, ова врста надзора омогућује сагледавање правог стања пословања пружаоца услуга, јер лице које врши испитивање прегледа сваки достављени и тражени папир, материјал и документ овог субјекта.⁶⁵ Правило којим је прописано да се, достављањем субјекту надзора решења, записника и других аката, као и обавештења, захтева и других писмена надзорног органа који су повезани с надзором, сматра да су они достављени и члановима управе и руководиоцима субјекта надзора и да се не може доказивати супротно, формулисано је у циљу спречавања евентуалних злоупотреба у погледу достављања релевантних аката Народне банке Србије. Суштински значај овог правила испољава се у поступку изрицања новчане казне члановима управе и руководиоцима субјекта надзора где би супротно решење значајно успоравало рад надзорног органа. У том смислу, „терет“ достављања наведених аката члановима управе и руководиоцима субјекта надзора јесте на пружаоцу услуга. Када је реч о обавезама пружаоца услуга као субјекта надзора, нагласак је превасходно на обавези сарадње.⁶⁶ Целокупан надзор почива на претпоставци сарадње пружаоца услуга, јер без приступа релевантним актима и подацима, као и ресурсима информационог система, надзорни орган би био онемогућен да утврди право стање ствари. Наведено значи да је потпун приступ опреми, базама података и рачунарским програмима које користи, односно свим другим ресурсима информационог система *conditio sine qua non* ефективног надзора. У том смислу, непоштовање ове одредбе санкционисано је прописивањем посебног разлога за одузимање дозволе пружаоцу услуга.⁶⁷ Треба запазити да је овај разлог за одузимање

65 Неопходна процесна претпоставка за спровођење непосредног надзора јесте овлашћење гувернера Народне банке Србије (или лица које гувернер одреди) дато у форми решења, којим се одређују запослени који ће у својству овлашћених лица вршити надзор у просторијама пружаоца услуга односно лица која су с пружаоцем услуга код којег се врши надзор повезана имовинским, управљачким и пословним односима, и која су дужна да о налазима непосредног надзора сачине записник. С друге стране, записник о посредном надзору сачињава се тек ако се утврди да је субјект надзора учинио незаконитости, односно неправилности у обављању послова повезаних с виртуелним валутама. Вид. Одлука о надзору, тач. 7 и тач. 6 ст. 4 и 5.

66 Омогућавање несметаног вршења надзора и сарадње с овлашћеним лицима; именоване представника задуженог за комуникацију са овлашћеним лицима и пружање неопходне техничке подршке ради увида у податке, односно пословне књиге и документацију која се води у електронском облику, и достављање потребне документације у писаном облику. Вид. Одлука о надзору, тач. 7 ст. 6–8.

67 ЗДИ, чл. 137 ст. 1. тач. 4.

дозволе формулисан у виду дужности надзорног органа, те да не постоји могућност дискреционог одлучивања.

2. Предузимање мера

Уколико Народна банка Србије утврди недостатке или неправилности у пословању пружаоца услуга, односно уколико утврди да је поступио супротно закону и прописима Народне банке Србије, Народна банка Србије, на основу дискреционе оцене критеријума прописаних Законом о дигиталној имовини,⁶⁸ предузеће према том пружаоцу услуга једну од прописаних мера.⁶⁹ Када је реч о самим мерама које стоје на располагању надзорном органу, посебно ћемо се осврнути најпре на најблажу меру. Наиме, поређења ради, у односу на банке, уочљива је могућност упућивања препоруке пружаоцу услуга, као најблаже мере, у случају кад су у пословању пружаоца услуга утврђене мање значајне неправилности у пословању, а које не представљају значајан ризик.⁷⁰ Наведено може сугерисати да ће Народна банка Србије реаговати већ и на најмањи могући недостатак, односно неправилност у пословању овог субјекта (који у стадијуму у ком су утврђени не представљају материјални ризик по његово пословање, тј. не представљају „претњу“ да се испоље значајније на пословање пружаоца услуга) – што је још један елемент рестриктивног приступа регулацији ових субјеката.⁷¹

Писмена опомена упућује се пружаоцу услуга у чијем су пословању утврђене неправилности које не утичу битно и непосредно на његово пословање, али би могле представљати значајан ризик у том пословању ако се не отклоне, или ако субјект надзора није поступио у складу с препоруком.⁷² Закључујемо да се писмена опомена упућује у оним ситуацијама кад би реализација материјалног ризика по пословање пружаоца услуга могла бити извеснија – уколико се утврђене неправилности, односно недостаци не би отклонили. У том смислу, разноликост/ варијација мера (тј. постојање и препоруке) свакако је пожељна будући

68 ЗДИ, чл. 138 ст. 1. Наведени критеријуми односе се на тежину утврђених неправилности, показану спремност и способности чланова управе и руководиоца субјекта надзора да отклоне утврђене неправилности, као и друге битне околности под којима је учињена неправилност, од којих прва два обухватају одређене подкритеријуме који се сагледавају при заузимању коначне оцене о одређеном критеријуму. Вид. ЗДИ, чл. 138 ст. 2 и 3.

69 ЗДИ, чл. 132.

70 ЗДИ, чл. 133.

71 Могућност упућивања препоруке прописана је и у поступку надзора над платним институцијама и институцијама електронског новца. Вид. ЗПУ, чл. 183 ст. 1 тач. 1.

72 ЗДИ, чл. 134.

да даје могућност супервизору да, руководећи се својим супервизорским искуством, процени када је прикладније реаговати једном или другом мером.

Ако се у поступку надзора утврди да субјект надзора није поступио у складу са Законом о дигиталној имовини или прописима донетим на основу тог закона, односно у складу с писменом опоменом – Народна банка Србије доноси решење којим том субјекту изриче налоге и мере за отклањање утврђених неправилности.⁷³ Ако, пак, у поступку надзора утврди да субјект надзора није поступио у складу са поменутиим законом или прописима донетим на основу тог закона, а нарочито ако су истоврсне повреде чињене у одређеном периоду коришћењем исте ситуације или трајног односа с корисницима виртуелних валута – надзорни орган решењем о налозима и мерама може изрећи новчану казну том субјекту, као и члану управе и руководиоцу тог субјекта.⁷⁴ Овакво решење – прописивање изрицања новчане казне решењем о налозима и мерама, а не самосталним решењем као посебном мером, на линији је решења важеће регулативе која уређује ову материју код платних институција и институција електронског новца.⁷⁵ Међутим, чини се да овакво решење има ограничену могућност примене, будући да изрицање новчане казне везује искључиво за ситуацију доношења решења о налозима и мерама пружаоцу услуга, чиме се надзорном органу „везују руке“ да делује у другим ситуацијама када самом пружаоцу услуга не треба донети решење о налозима и мерама, те се оправдано може поставити питање како ће надзорни орган поступити у ситуацији када је несумњиво утврђена одговорност члана управе за одређене недостатке или неправилности у пословању пружаоца услуга, а услови за изрицање мере решења о налозима и мерама пружаоцу услуга нису испуњени.⁷⁶

Најстрожа мера која погађа пружаоца услуга јесте доношење решења о одузимању дозволе за пружање услуга повезаних с виртуел-

73 У року који не може бити дужи од 60 дана од дана пријема тог решења. Вид. ЗДИ, чл. 135.

74 ЗДИ, чл. 136 ст. 1.

75 Вид. ЗПУ, чл. 187.

76 Са друге стране, поступање по изреченим новчаним казнама чланова управе, односно руководиоца пружаоца услуга у непосредној је вези са оценом пословне репутације ових лица, те је од значаја поменути правило којим је прописано да Народна банка Србије може, при оцени пословне репутације наведених лица, узети у обзир и околност да то лице није поступио у складу са решењем којим му је изречена новчана казна у поступку вршења надзора над пружаоцем услуга. Вид. Одлука НБС о лиценцирању, тач. 11 ст. 4. Интересантно је приметити да наведено правило експлицитно није присутно у важећој регулативи банака, односно платних институција и институција електронског новца. Ипак, полазећи од сврхе процене подобности релевантних лица од стране надзорног органа, требало би га применити приликом процене подобности тих лица и код наведених субјеката.

ним валутама,⁷⁷ при чему закон разлоге формулише у виду дужности и у виду дискреционог овлашћења.

V Закључак

Правном регулацијом делатности пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама, тј. изласком из зоне нерегулисаног пружања ових услуга у Републици Србији постиже се остварење неколико циљева, међу којима се, с обзиром на високоризичну природу ове делатности, нарочито истичу спречавање злоупотреба дигиталне имовине (виртуелних валута) у криминалне сврхе и јачање правног оквира за борбу против прања новца и финансирања тероризма.⁷⁸ У том смислу, од посебног значаја су и захтеви у погледу (квалитета) успостављених система управљања и система унутрашњих контрола, који треба да представљају прву брану од недозвољених активности. Тиме су, у формалном смислу, створене претпоставке за стварање амбијента правне сигурности и транспарентних и јасних услова пословања пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама, чиме се пружа одговарајућа заштита – како корисницима ових услуга, тако и инвеститорима. Коначно, да би се тржиште виртуелних валута развијало на адекватан начин у Републици Србији, једна од претпоставки била је и прописивање значајних овлашћења и активне улоге надзорног органа (Народне банке Србије), и стављање ових субјеката под строги режим контролираних делатности – од њиховог оснивања, преко пословања, па све до престанка обављања ове делатности. Имајући у виду могућност утицаја разних фактора на дешавања на тржишту виртуелних валута, чини се да ће бити доста изазова у пословању ових субјеката, те да се у наредним годинама може очекивати стварање одговарајуће праксе у примени релевантних прописа и заузимање одговарајућих ставова у овој области од стране надзорног органа, а све у циљу усмеравања даљег (адекватног) развоја ове делатности.

Коришћена литература

Browne Ryan, „China’s central bank says all cryptocurrency-related activities are illegal, vows harsh crackdown“, септембар 2021, доступно на адреси: <https://www.cnbc.com/2021/09/24/china-central-bank-vows-harsh-crack-down-on-cryptocurrency-industry.html>, 8. 2. 2022.

77 ЗДИ, чл. 137.

78 Образложење Нацрта ЗДИ, 1.

Diane Caytas Joanna, „Regulatory Issues and Challenges Presented by Virtual Currencies“, *Columbia Business Law Review*, 2017, доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2988367, 30. 3. 2022.

Јовановић Небојша, *Берзанско љраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009. (Jovanović Nebojša, *Berzansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009)

Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Компанијско љраво – љраво љривредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Компанијско прavo – прavo привредних subjekata*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2020)

Molla Rani, „When Elon Musk tweets, crypto prices move“, јун 2021, доступно на адреси: <https://www.vox.com/recode/2021/5/18/22441831/elon-musk-bitcoin-dogecoin-crypto-prices-tesla>, 8. 2. 2022.

Montañana Casaní Amparo, „Los principios y reglas de la compraventa Romana en el derecho Europeo. Hacia un nuevo contenido del contrato de compraventa del siglo XXI: caveat emptor“, *Fundamentos Romanísticos del Derecho Europeo e Iberoamericano* (ed. María del Carmen López-Rendo Rodríguez), Universidad de Oviedo, Boletín Oficial del Estado, 2020, доступно на адреси: https://boe.es/biblioteca_juridica/aniarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-70208302092, 24. 2. 2022.

Радовић Мирјана, „Платна институција као ново специјализовано привредно друштво“, *Усклађивање љословној љрава Србије са љравом Евројске уније (2015)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015. (Radović Mirjana, „Platna institucija kao novo specijalizovano privredno društvo“, *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2015)* (ur. Vuk Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2015)

Sarel Roee, „Property Rights in Cryptocurrencies: A Law and Economics Perspective“, *North Carolina Journal of Law and Technology*, Vol. 22, Nr. 3/2021, доступно на адреси: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1421&context=ncjolt>, 28. 3. 2022.

Simon Gleeson, *The legal concept of money*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Станишић Миле, „Карактеристике модерне ревизије у банкама“, *Банкарство*, бр. 7–8/2007. (Stanišić Mile, „Karakteristike moderne revizije u bankama“, *Bankarstvo*, br. 7–8/2007)

Trautman Lawrence J., Harrell Alvin C., „Bitcoin versus Regulated Payment Systems: What Gives?“, *Cardozo Law Review*, Vol. 38, Nr. 3/2017,

доступно на адреси: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2730983, 28. 3. 2022.

Tu Kevin V., Meredith Michael W., „Rethinking Virtual Currency Regulation in the Bitcoin Age“, *Washington Law Review*, Vol. 90, Nr. 1/2015, доступно на адреси: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol90/iss1/6/>, 30. 3. 2022.

Jovana MIHAILOVIĆ

PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

Ivana DANILOVIĆ TERZIĆ

PhD Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

PARTICULARITIES OF THE VIRTUAL CURRENCY SERVICES PROVIDERS REGARDING THE NATURE OF THEIR ACTIVITIES

Summary

In this paper, the authors strive to define the activities of virtual currency services provider and, regarding the nature of those activities, to emphasize certain specific features of the rules regulating its business. Having this in mind, at the first place the crucial characteristics of certain virtual currency services are analysed, with underlying distinction between some, at the first glance, similar activities and with pointing out the role of the supervisory authority in determining the nature and domain of this activities regarding the best supervisory standards. There-after, the review of certain aspects of business is given reflecting requirements applicable to those high-risk subjects whose aim is to provide appropriate risk management. Finally, regarding the role of supervisory authority in conducting business of this subjects, the special emphasis is on supervision so the types of supervision, as well as measures that can be used by the supervisory authority are clarified etc.

Key words: Virtual Currency Services Providers. – Virtual Currency Services. – Activities. – Supervision. – Measures.

Датум пријема рада: 13. 4. 2022.

Датум прихватања рада: 10. 6. 2022.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

4(082)

СУСПРЕТИ правника у привреди Републике Србије
(30 ; 2022 ; Златибор)

Зборник радова са XXX сусрета правника у привреди
Републике Србије : (Златибор, 11–14. септембар 2022.
године) / (ур. Татјана Јевремовић Петровић). – Београд :
Удружење правника у привреди Србије, 2022 (Београд :
Intermex). – 131 стр. ; 24 cm

Тираж 200. – Напомене и библиографске референце уз
текст. – Библиографија уз сваки рад. – Summaries.

ISBN 978-86-901728-2-5

1. Јевремовић-Петровић, Татјана, 1974– [уредник]
а) Право – Зборници

COBISS.SR-ID 72536073

Младен Николић

Уговор о хипотеци и заложна изјава као извршне исправе

Владимир Козар, Немања Алексић

Прелазак права и обавеза на стечајног управника као последица отварања стечајног поступка

Вања Серјевић

Неуређене правне последице смрти физичког лица као јединог члана и заступника друштва с ограниченом одговорношћу

Радмила Драгишић

Утицај случаја „Achmea“ на положај интра-ЕУ билатералних инвестиционих уговора

Милош Секулић

Одговорност пружаоца услуге са недостатком на европском нивоу и у праву Србије

Марија Вићић Симић

Територијална примена Закона о дигиталној имовини

Ивана Даниловић Терзић, Јована Михаиловић

Особености пословања пружалаца услуга повезаних с виртуелним валутама кроз призму њихове делатности