ПОСЛОВНИ ИЗАЗОВИ

ПОСЛОВНИ ИЗАЗОВИ

2025

Главни и одговорни уредник:

проф. др Вук Радовић

Заменик главног и одговорног уредника:

проф. др Бранко Радуловић

Редакција:

др Јована Величковић (адвокат), доц. др Милена Ђорђевић (Универзитет у Београду – Правни факултет), др Михајло Живковић, проф. др Милена Јовановић Zattila (Универзитет у Нишу – Правни факултет), проф. др Љубинка Ковачевић (Универзитет у Београду – Правни факултет), проф. др Светислав Костић (Универзитет у Београду – Правни факултет), доц. др Тијана Љубисављевић (АЛСУ, Универзитет Сингидунум), проф. др Владимир Марјански (Универзитет у Новом Саду – Правни факултет), проф. др Борко Михајловић (Универзитет у Крагујевцу – Правни факултет), др Јован Никчевић (адвокат), доц. др Марко Радовић (судија Привредног суда у Београду), проф. др Мирјана Радовић (Универзитет у Београду – Правни факултет), проф. др Ненад Тешић (Универзитет у Београду – Правни факултет)

Међународни уређивачки одбор:

prof. dr Ronald Brand (University of Pittsburgh), prof. dr Pierre-Henri Conac (University of Luxembourg), prof. dr Mateja Đurović (King's College London), prof. dr Jasnica Garašić (Sveučilište u Zagrebu), prof. dr Goran Koevski (University Ss. Cyril and Methodius), prof. dr Thomas Papadopoulos (University of Cyprus), prof. dr Zoran Vasiljević (University of Banja Luka), prof. dr Martin Winner (Wirtschaftsuniversität Wien)

Секретар:

Љубица Пјевовић

Издавач:

Удружење за стечајно право и
Универзитет у Београду – Правни факултет

Технички уредник:

Јован Ђорђевић

Штампа:

Сајнос, Нови Сад

Тираж:

400

Излази једном годишње

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

9 | Владимир Павић
КОНТРОЛА НАДЛЕЖНОСТИ АРБИТРАЖНИХ СУДОВА ВАН ПОСТУПКА ПОНИШТАЈА АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ

27 | Вук Радовић
ДУЖНОСТ НЕКОРИШЋЕЊА ПОСЛОВНИХ ПРИЛИКА КОЈЕ ПРИПАДАЈУ ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ

65 | Мирјана Радовић
ПРЕВАРНО ИЗАЗВАНЕ ОДОБРЕНЕ ПЛАТНЕ ТРАНСАКЦИЈЕ: РАСПОДЕЛА ГУБИТКА У ОДНОСУ ИЗМЕЂУ БАНКЕ И ПЛАТИОЦА

91 | Иван Тодоровић
ПРИЗНАЊЕ СТРАНОГ СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА КОЈИ СЕ ВОДИ ПРОТИВ ФИЗИЧКОГ ЛИЦА – *PRO ET CONTRA*

107 | Марко Радовић
ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У МЕДИЈИМА
(ПРИМЕР ИЗ СУДСКЕ ПРАКСЕ)

133 | Јована Величковић
ТУЖБА ЗА ИСКЉУЧЕЊЕ ЧЛАНА ДРУШТВА
С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ: НЕКА СПОРНА
МАТЕРИЈАЛНО-ПРАВНА И ПРОЦЕСНО-ПРАВНА ПИТАЊА

165 | Јована Михаиловић
ДУЖНОСТИ *DE FACTO* ДИРЕКТОРА И „ДИРЕКТОРА
ИЗ СЕНКЕ“ ПРЕМА ДРУШТВУ

183 | Дарко Цуканић
ТРЕТМАН КУЛТУРНИХ ДОБАРА И ЊИХОВА ПРОДАЈА
У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

195 | Лидија М. Зечевић
ПРАКСА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У ЈАПАНУ:
ПРИНЦИПИ, ИЗАЗОВИ И РЕФОРМЕ

217 | Бојана Дробњак
КОНФЛИКТ КОЛЕКТИВНОГ ИНТЕРЕСА И ОБЕЗБЕЂЕНОГ
ПОТРАЖИВАЊА КРОЗ ПОБИЈАЊЕ УГОВОРА О ЈЕМСТВУ
У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

229 | Љубица Пјевовић
РЕСТРИКТИВНЕ ОДРЕДБЕ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

255 | Александра Секулић
ПРЕПРЕКЕ У ИМПЛЕМЕНТАЦИЈИ СТЕЧАЈА ПОТРОШАЧА
У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

275 | Ива Ристановић
НАКНАДА ЗА КАШЊЕЊЕ КАО ПОСЛЕДИЦА ДОЦЊЕ
ДУЖНИКА НОВЧАНЕ ОБАВЕЗЕ У КОМЕРЦИЈАЛНИМ
ТРАНСАКЦИЈАМА

ПРАВНА ПРАКСА

319 | Милољуб Мишковић
ИЗВОДИ ИЗ АКТУЕЛНЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У СТАТУСНИМ (КОМПАНИЈСКИМ) СПОРОВИМА

333 | Вук Радовић, Марко Радовић
ИЗВОДИ ИЗ АКТУЕЛНЕ СТЕЧАЈНЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ

341 | Душка Масловара
ИЗВОДИ ИЗ АКТУЕЛНЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ ИЗВРШНОГ И ВАНПАРНИЧНОГ ОДЕЉЕЊА ПРИВРЕДНОГ СУДА У БЕОГРАДУ

347 | УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

УДК 341.636(497.11); 341.631

ЧЛАНЦИ

КОНТРОЛА НАДЛЕЖНОСТИ АРБИТРАЖНИХ СУДОВА ВАН ПОСТУПКА ПОНИШТАЈА АРБИТРАЖНЕ ОДЛУКЕ

др Владимир Павић*

У раду се анализирају нека питања од практичног значаја у примени чланова 14 и 30 Закона о арбитражи, који омогућавају контролу надлежности арбитража са местом у Србији. Законодавна историја Модел закона Комисије Уједињених нација за трговинско право даје сугестије о томе како треба примењивати ове чланове. У пракси примене члана 30 Закона о арбитражи у Србији се одступило од смисла и циља ове норме, па је резултат умножавање судских поступака и њихово дуже трајање. Рад износи препоруке за примену члана 30 ослањајући се на упоредну праксу и коментаре у примени истоветно формулисаних норми у страним законима о арбитражи који се базирају на Модел закону.

Кључне речи: *арбитража, арбитражна одлука, судска пракса, надлежност.*

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду и потпредседник Београдског арбитражног центра, *pavic@ius.bg.ac.rs.*

Овај рад је изложен на 32. саветовању судија привредних судова Србије у септембру 2025. године и штампан у радном материјалу овог саветовања, Привредни апелациони суд, Радни материјал III, Београд 2025, 9–24.

1. Увод

Допустивши уговарање арбитраже, као алтернативе државном судовању, законодавац је истовремено осигурао и то да судови имају могућност контроле над донетим одлукама. Наше законско решење допушта судовима да контролишу само неоправдано засновану надлежност арбитражних судова, тј. њено прекорачење. Слично неким другим системима, наш законодавац не дозвољава судовима да преиспитују погрешно одбијање арбитражног суда да се огласи надлежним.

Контрола надлежности арбитражног суда врши се на три различита начина. Први је ситуација у којој, упркос постојању арбитражног споразума, уговорна страна одлучи да се обрати државном, а не арбитражном суду. Друга је она у којој, у току поступка, арбитражни суд одлучи о својој надлежности, и о томе донесе посебну одлуку, која се може преиспитати пред државним судом. Трећа је она у којој је мериторна арбитражна одлука већ донета, и државни суд контролу исправно засноване надлежности арбитражног суда врши у поступку поништаја домаће, или признања стране арбитражне одлуке.

У овом реферату ће бити изложене особености ове контроле у прва два сценарија. Имајући у виду да је наш Закон о арбитражи[1] базиран на Модел закону Комисије Уједињених нација за трговинско право (надаље Модел закон),[2] нарочита пажња биће посвећена начину на који су норме истоветне нормама Закона о арбитражи имплементиране у страним законима који се базирају на Модел закону.

2. Претходне напомене

Одлука да се решавање спорова препусти арбитражном, а не државном суду, јесте озбиљан корак. Одустајање од државног судовања јесте одустајање од редовног и подразумевајућег оквира дељења правде. Странке преузимају одређени ризик и, уместо одласка по правду пред правницима који су – сви до једног – прошли једнообразну проверу правосуђа, свој спор поверавају арбитрима,

1 Закон о арбитражи, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006.

2 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, *https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf*.

лицима која по правилу јесу правници, али то не морају бити. Поверавајући спор арбитрима, странке очекују једну другу врсту правде – могуће бржу и флексибилнију, али одустају од судске контроле меритума такве одлуке. Стога је тежиште судске контроле одлуке арбитражног суда на формалним и процесним питањима, али пре свега на главном питању – јесу ли се странке уопште одлучиле да изнете захтеве повере на решавање арбитрима?

Контрола надлежности арбитражног суда је, стога, од кључног значаја за интегритет арбитражног одлучивања. С једне стране, озбиљност корака који предузимају стране (одустајање од одласка пред суд), налаже темељно преиспитивање исправности заснивања надлежности арбитражног суда. „Темељно“ не значи и „прекомерно“, већ преиспитивање које у обзир узима недореченост и имперфекције у састављању уговора, реалности пословног окружења и комерцијалних односа, као и границе које је, експлицитно или имплицитно, поставио сам законодавац.

Све ово треба имати у виду и када се говори о тзв. „*Kompetenz-Kompetenz*“ принципу, тј. начелу да је арбитражни суд надлежан да оцени сопствену надлежност. Једноставност ове формулације у себи крије одређене нијансе. Прво, она значи да је арбитражни суд надлежан да оцени своју надлежност увек, чак и онда када закључи да није надлежан. Тада његова „надлежност да оцени сопствену надлежност“ ипак не ишчезава, он увек има барем толико надлежности да суди о сопственој надлежности. Друго, „надлежност да се оцени сопствена надлежност“ није искључива, нити арбитражни суд у томе има првенство пред судом. По правилу ће арбитражни суд бити први који ће имати прилику да се изјасни о сопственој надлежности. Међутим, као што ће о томе бити речи ниже, то неће увек бити тако, већ суд може бити позван да то учини и пре него што арбитражни поступак отпочне.

3. Члан 14 закона о арбитражи – суд као паралелна (или претходна) тачка провере надлежности арбитражног суда

Члан 14 Закона о арбитражи предвиђа да

„Суд коме је поднета тужба у ствари која је предмет споразума о арбитражи оглашава се ненадлежним и одбацује тужбу

по приговору странке који мора да буде поднет пре упуштања у расправљање о предмету спора, осим ако утврди да је споразум о арбитражи очигледно ништав, да је без дејства или да га није могуће извршити.“

Важно је напоменути да је горе наведени начин (подношење тужбе у меритуму) и једини начин на који се, према одредбама Закона о арбитражи, оцена пуноважности арбитражног споразума (а тиме и судске надлежности) може издејствовати пре или независно од тога да ли је о томе већ одлучивао и арбитражни суд. Ово стога јер члан 7 Закона о арбитражи одређује улогу државног суда рестриктивно, и забрањује му да предузима радње које нису изричито одређене у Закону о арбитражи. Последично, суд не може разматрати тужбене захтеве да се утврди ништавост арбитражног споразума.

Друга важна напомена јесте то да је формулација члана 14 Закона о арбитражи готово идентична формулацији члана II(3) Њујоршке конвенције о признању и извршењу страних арбитражних одлука из 1958. године (надаље Њујоршка конвенција, Конвенција).[3] Разлика је само у томе што члан II(3) Њујоршке конвенције налаже суду да тужбу одбаци (тј. „упути странке на суд“), осим ако нађе да је споразум о арбитражи ништав, без дејства или да га није могуће извршити, док члан 14 Закона о арбитражи то дозвољава само ако суд нађе да су такве мањкавости „очигледне“. Овде се одмах намеће неколико питања:

1) Када поступајући суд треба да примени Њујоршку конвенцију, а када одредбе Закона о арбитражи? Поље примене Конвенције одређено је у члану I став (1)[4] и сматра се да се аналогно има применити и на споразуме који предвиђају место арбитраже у иностранству. Другим речима, одредба Закона о арбитражи би се имала применити када је у арбитражном споразуму одређено место арбитраже у Србији, или када оно није одређено. Опреза ради, ваља нагласити да уговарање арбитраже по правилима неке стране арбитражне институције *не значи и, само по себи*, уговарање арбитраже

3 Закон о ратификацији Конвенције о признању и извршењу иностраних арбитражних одлука, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81.

4 „Ова конвенција примењује се на признање и извршење арбитражних одлука у споровима између физичких или правних лица донетих на територији неке друге државе, а не оне у којој се тражи признање и извршење одлука. Она се исто тако примењује на арбитражне одлуке које се не сматрају као домаће одлуке у држави у којој се тражи њихово признање и извршење.“

ван граница Србије. Странке могу уговорити да место такве арбитраже буде у Србији, и тада је реч о домаћој арбитражи у смислу Закона о арбитражи.

2) Постоји ли разлика у критеријумима које постављају члан 14 Закона о арбитражи и члан II став (3) Њујоршке конвенције? Један одговор могао би бити потврдан – тада би се, применом члана 14 Закона о арбитражи на споразуме који предвиђају арбитражу у Србији примењивао стандард ништавости „на први поглед“, тј. тужба би се одбацивала осим ако су мањкавости споразума видљиве без потребе за нарочитом анализом. С друге стране, на споразуме који предвиђају место арбитраже у иностранству би се применио стандард Конвенције, који не ограничава испитивање само на „очигледне“ мањкавости. Оправдање оваквог разликовања би могло бити и то да рестриктивност формулације у члану 14 Закона о арбитражи има смисла у светлу чињенице да каснију арбитражну одлуку у поступку који се одвијао Србији, као домаћу, увек може преиспитивати домаћи суд у поступку поништаја, те да стога контрола путем члана 14 може бити додатно ограничена.[5] Други приступ би, пак, био да се и конвенцијску норму учита критеријум „очигледности“, а у складу са про-арбитражним смислом и циљем Конвенције. Тада би се обе норме, упркос различитим језичким формулацијама, примењивале и тумачиле исто.

Треће, члан 14 Закона о арбитражи предвиђа да до одбацивања може доћи само ако странка поднесе приговор, и то до упуштања странке у расправљање о предмету спора. Члан II(3) Њујоршке конвенције не предвиђа експлицитно потоњи услов. У смислу члана 14 Закона о арбитражи, ако се странка упусти у расправљање о предмету спора без истицања таквог приговора, имало би се узети да је је накнадно дошло до споразумног одустајања од арбитражног споразума. Питање тога да ли се странка упустила у расправљање о предмету спора одговарањем на тужбу се упоредно обично цени према праву земље пред чијим се судом води спор. У погледу обима таквог одустајања би се, испитивањем свих околности, могло доћи до два различита закључка: да је реч о одустајању само у погледу

5 Опет ваља нагласити, овде није реч о арбитражној институцији која има своје седиште у Србији, већ о месту арбитраже назначеном у одлуци. Ако је у одлуци као место арбитраже означена Србија, одлука је домаћа, српска.

конкретног захтева који је истакнут пред судом, или да је реч о одустајању од арбитражне клаузуле у целости.

Питање тога да ли се странка „упустила у спор“ може се поставити у необичним контекстима. Тако је у једном арбитражном спору по правилима Бечког међународног арбитражног центра, тужени изјавио приговор ненадлежности, истичући да је тужилац већ поднео тужбу о истој ствари против туженог пред судом у Србији. Арбитар је одбио приговор, нашавши да је у предметном спору тужени у свом одговору поднео и захтев за одређивање тужилачке кауције, а који је суд усвојио. Тужилац кауцију никада није положио.

Арбитар је у одлуци о надлежности, којом је одбијен приговор, истакао следеће:

– да се подношење тужбе суду може третирати као понуда на одустанак од арбитраже, те да је таква понуда опозива све док није прихваћена;

– да су прихват понуде и дерогација постојећег арбитражног споразума, барем у погледу истакнутих захтева, несумњиви тек када се друга страна упусти у спор, и да се исто има ценити према процесном праву земље пред чијим судом се поступак водио;

– да је пред српским судом тужени одговорио на тужбу на начин који није јасно манифестовао опредељеност да се одустане од арбитражног споразума и захтеви реше пред судом:

  • прво, није истакао чињенице на којима заснива своје наводе у смислу члана тадашњег члана 299 ЗПП (сада 298(2) ЗПП);[6]

  • друго, тужени је, по сопственим речима у одговору на тужбу „као прво и пре упуштања у спор“ затражио полагање акторске кауције, те је оставио могућност да

  • тужилац неполагањем кауције своју понуду практично повуче, јер непоступање по налогу да се положи акторска кауција, сагласно члану 84(2) ЗМПП[7] значи да се сматра као

6 „Ако тужени оспорава тужбени захтев, одговор на тужбу мора да садржи и чињенице на којима тужени заснива своје наводе и доказе којима се утврђују те чињенице.“; Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 – др. закон.

7 „Ако тужилац у одређеном року не докаже да је дао обезбеђење за парничне трошкове, сматраће се да је тужба повучена, односно да је тужилац одустао од правног лека ако је захтев за обезбеђење стављен тек у поступак

да тужба никада није ни поднета, тј. као да понуде да се одустане од арбитражног споразума није ни било.[8]

4. Члан 30 Закона о арбитражи – судска контрола посебне арбитражне одлуке о надлежности

Ову подтему аутор реферата већ је делимично обрађивао на једном од претходних саветовања судија привредних судова. Питање, међутим, вероватно заслужује додатни и шири осврт, будући да се често јавља у пракси. Правилна примена овог члана од велике је важности за ефикасност арбитражних поступака који се воде у Републици Србији и за избегавање додатног (и закону противног) оптерећења наших судова кругом послова које им Закон о арбитражи није поверио.

Члан 30 Закона о арбитражи предвиђа:

„О приговорима [ненадлежности] арбитражни суд може да одлучи као о претходном питању или одлуком о предмету спора.

Ако арбитражни суд о приговорима одлучи као о претходном питању, свака странка може у року од 30 дана од дана достављања одлуке да захтева од суда одређеног законом да одлучи о том питању.

Против одлуке суда из става 2. овог члана није дозвољена жалба.

Арбитражни суд може наставити поступак и донети арбитражну одлуку за време док је у току поступак пред судом о приговорима из става 2. овог члана.“

Када се током арбитражног поступка уложи приговор ненадлежности, арбитражни суд има две могућности. Прва је да о приговору ненадлежности одлучи истовремено када и о меритуму (у коначној одлуци), или да донесе посебну одлуку о надлежности (која се, ако се арбитражни суд огласи ненадлежним по свим захтевима, доноси у форми коначне одлуке). Арбитражни суд ће се определити за један или други пут у зависности од околности конкретног случаја, озбиљности учињеног приговора и евентуалних могућих процесних уштеда уколико се прво донесе одлука о надлежности (тиме се,

поводом правног лека.“; Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – испр., *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96 и *Службени гласник РС*, бр. 46/2006 – др. закон.

8 SCH-5507, Одлука о надлежности од 14. новембра 2017., необјављено.

између осталог, може избећи непотребно изношење аргумената по тужбеним захтевима који не потпадају под домашај арбитражног споразума). У последњих неколико деценија, број оваквих одлука о надлежности (у форми међуодлука или делимичних одлука) је значајан, а, по сазнањима аутора овог реферата и судећи по нашој судској пракси, редовно га користе и арбитражни судови која воде поступке у нашој земљи. Међутим, као што ће бити изнето ниже, начин на који се члан 30 Закона о арбитражи примењује у нашој пракси има управо супротан ефекат од оног који му је намењио наш законодавац.

4.1. Осврт на законодавну историју члана 30 Закона о арбитражи

Већина одредаба Закона о арбитражи су, мање или више дословно, преузете из Модел Закона. Стога при тумачењу и примени одредаба Закона о арбитражи материјали припреме Модел закона представљају драгоцено упутство за правилну примену Закона о арбитражи. Члан 30 Закона о арбитражи је међу одредбама које су из Модел закона преузете без икаквих измена, заправо дословни препис члана 16 став (3) Модел закона.[9] Нема никакве сумње да је, дословно преузимајући такву одредбу, наш законодавац желео управо оно што су желели и творци Модел закона.

Мотивација твораца Модел закона при формулисању члана 16 став (3) била је једноставна. Упркос већ поменутом принципу „*Kompetenz-Kompetenz*“, судови кад-тад морају такође да преиспитају надлежност арбитражног суда. По редовном току ствари, то би било у поступку поништаја мериторне/коначне арбитражне одлуке. Међутим, стало се на становиште да је такво преиспитивање неопходно омогућити и у ранијем моменту, како би се поступак учинио што ефикаснијим. Тиме би се избегле ситуације да арбитражни суд поступа у убеђењу да је надлежан и донесе одлуку у меритуму, а да сав његов труд буде узалудан јер државни суд накнадно утврди да арбитражни суд није био надлежан.

Зато је, уместо одлагања контроле надлежности до поступка поништаја, створена једна „међустаница“. Члан 16 став (3) Модел

9 За детаљну анализу ове одредбе, в. V. Pavić, „(In)Appropriate Compromise: Article 16(3) of the Model Law and Its Progeny“, *Liber Amicorum Eric Bergsten: International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (eds. S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), Kluwer Law International, 2011, 387–410.

закона, одредба која је преписана у наш члан 30 Закона о арбитражи, настао је овако:

– Током већег дела законодавног процеса у УНЦИТРАЛ-у, нацрт Модел закона предвиђао је да се надлежност арбитражног суда може преиспитивати само у поступку поништаја арбитражне одлуке, а не и док арбитражни поступак траје.[10]

– Четврти нацрт је, међутим, увео могућност да се од државног суда тражи да, пре покретања арбитражног поступка или током његовог трајања, донесе декларaторну одлуку о надлежности арбитражног суда.[11] Овај је механизам касније избачен из нацрта, па га наше право не познаје (о чему је горе већ било речи).

– Упркос елиминацији таквог механизма, одређени број земаља инсистирао је на томе да се уведе могућност прелиминарног и брзог преиспитивања надлежности арбитражног суда, како се поступак не би одуговлачио и чекала коначна арбитражна одлука. Иницијално компромисно решење понудио је делегат Аустрије:[12] да се арбитражном суду омогући да донесе одлуку о надлежности, и да се та одлука одмах може напасти тужбом за поништај, при чему се позвао на механизам члана 13 став (3) Модел закона, који није имплементиран у наш Закон о арбитражи. Наиме, члан 13 предвиђао је да странке могу уговорити унапред механизам одлучивања о захтеву за изузеће арбитра, а ако то не учине, да о захтеву одлучује арбитражни суд. Сагласно члану 13 став (3) Модел закона, ако захтев за изузеће буде одбијен, незадовољна страна може затражити, у року од 30 дана, да о изузећу одлучи суд. Против такве одлуке суда не може се уложити жалба. Док траје поступак пред државним судом, арбитражни суд може да настави поступак.

– Компромисно решење које је понудио делегат Аустрије је прихваћено и имплементирано у члан 16 став (3) Модел закона, али не и у делу да се одлука арбитражног суда о надлежности напада тужбом за поништај. Уместо тога, члан

10 Други нацрт Модел закона, A/CN.9/WG.II/WP.40 (14. децембар 1982), члан XIII.

11 Четврти нацрт Модел закона, A/CN.9/WG.II/WP.48 (29. новембар 1983), чл. 17.

12 Sixth Secretariat Note Analytical Compilation of Government Comments A/CN.9/263 (19 March 1985), para 7.

16 став (3) практично је преписао формулацију члана 13 став (3): рок од 30 дана, захтев да суд „одлучи о надлежности“ а не да „поништи одлуку о надлежности“, немогућност жалбе на такву одлуку суда и могућност арбитражног суда да настави са поступањем док је преиспитивање његове надлежности у току.

Из ове кратке законодавне хронологије вреди издвојити неколико ствари. Прво, предлог да поступак по члану 16 став (3) Модел закона буде поступак *поништаја* одлуке о надлежности је одбијен. Аустрија је тај предлог накнадно имплементирала у своје законско решење. Србија то није учинила, већ је преузела текст члана 16 став (3) Модел закона интегрално, дакле без одредбе о поништају. Друго, одредбе члана 16 став (3) Модел закона нису случајно тако формулисане, већ су настале преузимањем из друге одредбе. То преузимање вођено је сличном логиком: као и поступак преиспитивања одлуке о изузећу, и поступак контроле арбитражне надлежности током трајања арбитражног поступка мора бити брз и без могућности за жалбу. Осим тога, формулација по којој се од суда захтева „да одлучи о надлежности“ сасвим је другачија од формулације одредаба о поништају.

4.2. Члан 30 Закона о арбитражи у пракси српских судова

У пракси српских судова се, међутим, овај члан примењује другачије.[13] Иако су у првом сусрету са овим проблемом и Привредни суд у Београду и Привредни апелациони суд одлучили исправно, и одбацили тужбу за поништај арбитражне одлуке о надлежности поднету након истека рока од 30 дана из члана 30 Закона о арбитражи, Врховни касациони суд је по ревизији одлучио другачије. Нажалост, овај случај је определио развој судске праксе, тако да се члан 30 Закона о арбитражи све до данас примењује супротно његовом слову и циљу, а механизам из члана 30 Закона о арбитражи практично као додатна опција. Странкама се допушта да против арбитражне одлуке

13 Врховни касациони суд Србије, Прев 350/08, необјављена и Прев. 37/2018 од 25. октобра 2018. године. *https://www.vk.sud.rs/sr-lat/prev-372018-arbitra%C5%BEa*, последњи приступ 15. август 2023. године (за коментар обе одлуке в. В. Павић, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* – 2019, 372–378 и 391–396, Привредни суд у Београду 553/2022. од 28. априла 2023, необјављено; 527/2022 од 3. априла 2023, необјављено.

о надлежности улажу и тужбу за поништај, и то у року од три месеца, како то предвиђа члан 59 Закона о арбитражи, а поступак је вишестепен. У другим јурисдикцијама које су усвојиле исти законски текст поступа се управо супротно ономе како поступају српски судови, који у оваквој примени релевантне норме остају усамљени.[14]

Иза оваквог поступања, судећи по образложењима одлука српских судова,[15] стоји резон да је и одлука о надлежности „арбитражна одлука" у смислу члана 57 Закона о арбитражи, па се тако и она може поништавати. Међутим, као што је горе изложено, одлука о надлежности „као о претходном питању" јесте сасвим друга врста одлуке, за коју је законодавац предвидео *sui generis* правни лек, и укинуо могућност вишестепености. Законодавац је то учинио управо да би се избегло оно што се дешава у нашој пракси, а штетних последица такве праксе је неколико.

Прво, уместо да се повећа ефикасност арбитражног поступка и омогући да питање надлежности буде несумњиво одлучено што раније, допуштање вишестепеног поништаја арбитражне одлуке о надлежности ту ефикасност уназађује. Не само што паралелно са арбитражним поступком тече вишестепени поступак поништаја, већ ће, по правилу, и најспорији арбитражни суд свој задатак завршити пре него што се такав вишестепени поступак поништаја одлуке о надлежности оконча. Тиме се потпуно обесмишљава идеја члана 30 Закона о арбитражи, а то је да судска оцена надлежности арбитраже буде донета што пре, по правилу пре него што се арбитража заврши.

Друго, овим се повећава оптерећење наших судова. Један од разлога зашто законодавац допушта арбитражу јесте и жеља да се судови растерете. Игнорисањем јасних одредби члана 30 Закона о арбитражи постиже се управо супротно, а то је да судови на себе преузимају и више посла него што им је то законодавац доделио, а што је супротно већ поменутом члану 7 Закона о арбитражи.

Треће, оваква пракса почиње, по свему судећи, да доводи и до корекције поступања арбитражних већа. Адекватност доношења посебне арбитражне одлуке о надлежности је у упоредној пракси

14 *The Incorporated Owners of Tak Tai Building v. Leung Yau Building Ltd.*, High Court of Hong Kong Special Administrative Region, Court of Appeals, 22. фебруар 2005. (CACV 230/2004), доступно на: *http://legalref.judiciary.gov.hk/doc/judg/word/vetted/other/en/2004/CACV000230_2004.doc*. Слично, *PT Asuransi Jasa Indonesia (Persero) v Dexia Bank SA* [2006] SGCA 41, CLOUT no. 742.

15 Привредни суд у Београду 553/2022. од 28. априла 2023, необјављено; 527/2022 од 3. априла 2023, необјављено.

нешто што се разматра са становишта околности сваког појединачног спора. У Србији, међутим, доношење посебне одлуке о надлежности значи и реалну могућност умножавања поступака за поништај одлука. Стога арбитри, водећи рачуна о ефикасности поступка, морају да бирају између одлагања решавања о надлежности све до доношења коначне одлуке (уз неефикасности које из тога могу да уследе) и доношења посебне одлуке о надлежности, која у пракси често значи и почетак паралелног вишестепеног поступка поништаја, а који не бива завршен до доношења коначне арбитражне одлуке. Арбитри све чешће бирају управо ово прво.

4.3. Напомене у вези са применом члана 30 Закона о арбитражи

Можда и најважнији аспект правилне примене члана 30 Закона о арбитражи јесте разумевања природе рока од 30 дана предвиђеног за захтевање преиспитивања одлуке о надлежности. Рок од 30 дана у којем се може од суда тражити да преиспита одлуку арбитражног суда о надлежности је *преклузиван*. Његовим истеком, ако преиспитивање није затражено, незадовољна страна више не може оспоравати исправност засноване надлежности, нити надлежности за доношење коначне арбитражне одлуке.[16]

Ваља додати и да је, номотехнички, члан 30 Закона о арбитражи недоречен, те да је реч о норми коју је при преузимању требало дорадити. Чини се да је део разлога због којег је домаћа пракса члан 30 Закона о арбитражи „претворила“ у опцију која се може користити упоредо са чланом 57 Закона о арбитражи управо непотпуност норме. Наиме, због језичке неодређености члана 30, било је неопходно приступити његовом тумачењу – међутим, уместо примене историјског и циљног тумачења спорне одредбе, а на основу

16 Ово је начелни став у многим јурисдикцијама, невезано за то да ли су преузеле Модел закон или не, као и у литератури, в. J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., Sweet & Maxwell 2007, 404, Bundesgerichtshof, III ZR 76/86, 2. април 1987., *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report* (1987), 1194, 1195, Bundesgerichtshof, III ZB 83/02, 27. март 2003, OLG München, 34 Sch 13/12, 8. март 2013.; *Imprimerie Régionale ARL Ltée* v. *Ghanotakis,* Superior Court of Quebec, Canada, [2004] CanLII 23270 (QC CS), 13. септембар 2004., доступно на www.canlii.ca/t/1hspb); Alan Uzelac, „Jurisdiction of the Arbitral Tribunal“, *International Arbitration Law Review* 2005, 169; S. Kröll, P. Kraft, „Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting Aside“, *Arbitration in Germany* (eds. Böckstiegel *et al.*) 2015, 402; K. P. Berger, *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993, 365.

припремних материјала Модел закона и смисла саме одредбе, домаћа пракса је погрешним системским тумачењем „увезала“ чланове 30 и 57 Закона о арбитражи. Стога, за решавање ових проблема ипак се може дати неколико предлога:

– Члан 30 Закона о арбитражи предвиђа да странка може да „захтева“ од суда „да одлучи о надлежности“. За разлику од члана 57 Закона о арбитражи, који регулише поништај, тужба се не помиње. Из овога се могу извести два различита закључка, мада коначно опредељење има чисто технички значај. Један је да је реч о ванпарничном поступку („захтев“),[17] а други је да је, с обзиром на супротстављеност интереса странака, реч о омашки законодавца, који је пропустио да прецизира да је реч о парничном поступку.[18]

– За разлику од члана 58 Закона о арбитражи, где је јасно опредељен задатак суда да поништи арбитражну одлуку (или њен део) ако нађе постојање законом утврђених разлога, члан 30 Закона о арбитражи користи формулацију да суд треба да „одлучи о том питању“. Истовремено, странка подноси захтев, а не жалбу. Улога суда, дакле, није ни жалбена, а ни сведена на поништај. Улога суда се може схватити двојако: прво, да донесе утврђујућу одлуку о томе да ли је арбитражни суд надлежан и друго, (ако сматра да није) истовремено укине арбитражну одлуку о надлежности као о претходном питању.[19]

– Да поступак из члана 30 Закона о арбитражи није пуко одлучивање о поништају одлуке о надлежности јасно је и из одредбе која забрањује жалбу: ако би се прихватило да је реч о својеврсном поступку поништаја, могућност жалбе на одлуку суда зависила би искључиво од тога да ли је арбитражни суд решио да донесе посебну одлуку о надлежности или не.[20] Осим тога, ако би суд само поништавао одлуку о надлежности, замисливо је да арбитражни суд и даље настави са радом (јер не постоји диспозитив одлуке у којем

17 Павић (2019), 374.

18 М. Станивуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, 2013, пара. 3.203.

19 Павић (2011), 404, Станивуковић 2013, пара. 3.203 сматра да је овде најпогодније заузети став да је реч о тужби за утврђење непостојања надлежности.

20 Станивуковић (2013), пара. 5.50.

је одлучено о надлежности арбитражног суда, већ је само његова одлука о сопственој надлежности поништена).[21] Ако би суд само одлучио о надлежности, без да стави арбитражну одлуку ван снаге, одлука суда и одлука арбитраже би биле у могућој колизији (уз даље импликације у систему Њујоршке конвенције). Интересантно је да је до сличног закључка дошао и ВКС у више пута цитираној одлуци.[22]

– С обзиром на то да Законом о уређењу судова[23] није уређена надлежност за ово посебно правно средство, до уређења овог питања[24] има места сходној примени одредаба о надлежности за поништај арбитражне одлуке.

– У погледу круга питања која се могу подвести под „одлучивање о надлежности" у смислу члана 30 Закона о арбитражи, одмах се може приметити да, за разлику од неких националних закона, Модел закон и, последично, наш Закон о арбитражи, не садрже „надлежност" као издвојени појам који се контролише у оквиру поступака признања или поништаја арбитражних одлука. Међутим, може се издвојити неколико питања која спадају у питања арбитражне надлежности:

  • постојање пуноважности арбитражног споразума, његовог дејства и извршивости,

  • питање објективног домашаја арбитражног споразума, тј. питање обухвата ли он захтеве истакнуте у спору,

  • питање субјективног домашаја арбитражног споразума, тј. питање да ли споразум обавезује странке у спору (ово се може конципирати и као питање постојања пуноважног арбитражног споразума између одређених странака),

  • питање арбитрабилности, тј. подобности одређеног захтева да буде решен у арбитражном поступку.

Осим овога, у упоредној пракси су се у појединим случајевима везаним за члан 16 став (3) Модел закона, пандана нашем члану

21 Овде по страни остављамо питање судбине накнадне одлуке арбитражног суда и њеног евентуалног поништаја.

22 Врховни касациони суд Србије, Прев 350/08, необјављена.

23 Закон о уређењу судова, *Службени гласник РС*, бр. 10/2023.

24 М. Станивуковић, В. Павић, „Предлог за измене и допуне закона који уређују арбитражу и питања од значаја за арбитражу ради целовитог уређења материје", *Бранич* 1/2021, 18.

30 Закона о арбитражи, као питања „надлежности“ третирала и питања исправног формирања арбитражног већа[25] (у смислу да само арбитражно веће формирано у складу са примењивим правилима има надлежност да суди), као и питање тога да ли је место арбитраже такође питање надлежности.[26]

Оно што не спада у питање надлежности јесу питања допуштености подношења одређених захтева.[27] Типично питање допуштености (а не надлежности) јесте оно када је уговорена вишестепена клаузула решавања спорова (нпр. прво медијација, па арбитража) и једна од страна тврди да није покушан претходни поступак медијације. Питање је, другим речима, да ли странка може „приступити“ механизму арбитраже, све и да није покушала претходно уговорену медијацију. Сматра се да је ово питање (допуштености) резервисано за арбитражни суд, и да не подлеже преиспитивању од стране државног суда.[28] Изузетак су оне ситуације када је предузимање неке претходне радње јасно формулисано као предуслов за ступање арбитражног споразума на снагу – ово питање јасно спада у питања надлежности.

25 *Insigma Technology Co Ltd v. Alstom Technology Limited*, 2008 SGHC 134.

26 *Ace Bermuda Insurance Ltd* v. *Allianz Insurance Co. of Canada*, 2005 ABQB 975.

27 J. Paulsson, „Jurisdiction and Admissibility“, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (eds. G. Aksen *et al*.), ICC 2005, 601–3.

28 Нпр. *Poiré* v. *Tripier*, Cour de Cassation, Chambre mixte, 14. фебруар 2003., *Revue de l'arbitrage*, 2 (2003), 403; *Nihon Plast* v. *Takata-Petri*, Paris Cour d'appel, 4. март 2004., *Revue de l'arbitrage*, 1 (2005), 143; *Swiss Cargill Int'l SA* v. *Russian CJSC Neftekhimeksport*, Russian Supreme Court, 2. април 2002, бр. 5-Г02–23 (2002). Супротно и често критиковано – *Transporten Handelsmaatschappij 'Vekoma' BV* v. *Maran Coal Corporation,* Swiss Federal Tribunal, 17. август 1995., *ASA Bulletin*, 14 (1996), 673–9.

JUDICIAL REVIEW OF ARBITRAL TRIBUNAL JURISDICTION OUTSIDE OF ANNULMENT PROCEEDINGS

Vladimir Pavić, S.J.D.*

The paper analyses certain issues of practical importance in the application of Articles 14 and 30 of the Arbitration Act, as mechanisms for reviewing the jurisdiction of arbitrations seated in Serbia. The legislative history of the UNCITRAL Model Law provides guidance on how these provisions should be applied. In practice, application of Article 30 of the Arbitration Act in Serbia has deviated from the meaning and spirit of this provision, resulting in the multiplication of court proceedings and their prolonged duration. The paper offers recommendations for the application of Article 30, drawing on comparative practice and commentary on the implementation of identically formulated provisions in foreign arbitration laws based on the Model Law.

Key words: *arbitration, arbitral award, court practice, jurisdiction.*

* Professor at the Faculty of Law University of Belgrade and Vice President of the Belgrade Arbitration Center, *pavic@ius.bg.ac.rs*.

ЛИТЕРАТУРА

K. P. Berger, *International Economic Arbitration*, Kluwer 1993

S. Kröll, P. Kraft, „Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting Aside“, *Arbitration in Germany* (eds. Böckstiegel *et al.*) 2015

J. Paulsson, „Jurisdiction and Admissibility“, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (eds. G. Aksen *et al.*), ICC 2005

J.-F. Poudret, S. Besson, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., Sweet & Maxwell 2007

Alan Uzelac, „Jurisdiction of the Arbitral Tribunal“, *International Arbitration Law Review* 2005

Vladimir Pavić, „(In)Appropriate Compromise: Article 16(3) of the Model Law and Its Progeny“, *Liber Amicorum Eric Bergsten: International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (eds. S. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers), Kluwer Law International, 2011

Владимир Павић, „Осврт на праксу Врховног касационог суда у арбитражној материји“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* – 2019, Београд 2019

Маја Станивуковић, *Међународна арбитража*, Службени гласник, Београд 2013

Маја Станивуковић, Владимир Павић, „Предлог за измене и допуне закона који уређују арбитражу и питања од значаја за арбитражу ради целовитог уређења материје“, Бранич 1/2021

УДК 347.56:331.108.41; 005.742-057.162:005.25; 334.784:005.582.2

ДУЖНОСТ НЕКОРИШЋЕЊА ПОСЛОВНИХ ПРИЛИКА КОЈЕ ПРИПАДАЈУ ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ

др Вук Радовић, LL.M. (University of Pittsburgh)*

Привредним друштвима се свакодневно указују бројне пословне прилике, од којих они само неке искористе. Одбијање коришћења пословних прилика је уобичајено и такве одлуке су заштићене правилом пословне процене. Проблем настаје онда када те пословне прилике искористи директор привредног друштва или друго лице са посебним дужностима, а да при том друштво о томе није обавештено, нити је дало сагласност. Да се то не би дешавало, у упоредном и домаћем праву постоји обавеза лица са посебним дужностима да не користе пословне прилике које припадају привредном друштву.

У уводним деловима овог рада се појмовно одређује дужност некоришћења пословних прилика, указује на две супротстављене концепције у регулативи ове дужности (америчка и британска) и утврђују циљеви правног уређења ове области. У централном делу рада анализирају се три односа: 1) однос између привредног друштва и пословне прилике, како би се утврдило када треба сматрати да једна пословна прилика припада привредном друштву; 2) однос између лица са дужностима и пословне прилике, јер начин на који лице са дужностима сазнаје за пословну прилику може имати велики утицај на то да ли постоји дужност, и 3) однос између лица су дужностима

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *vuk@ius.bg.ac.rs*.

Део овог рада је изложен на 32. саветовању судија привредних судова Србије у септембру 2025. године и штампан у радном материјалу овог саветовања, Привредни апелациони суд, *Радни материјал II*, Београд 2025, 9–32.

и привредног друштва, како би се одредио персонални домен примене ове дужности. Такође, у раду су анализирани и типични изузеци од постојања дужности некоришћења пословних прилика, попут одбијања пословне прилике и финансијске немогућности друштва. Циљ рада је да се српској судској и корпоративној пракси дају одређене смернице за правилно сагледавање ове дужности, као и указивање на бројне практичне проблеме у њеној примени.

Кључне речи: *дужност лојалности, дужност избегавања сукоба интереса, пословна прилика, корпоративна прилика, директор.*

1. Увод

Привредно друштво се бави продајом половних аутомобила. Директор друштва добија информацију од запосленог у друштву да се преко огласа продаје луксузни аутомобил одређене марке по изузетно повољној цени, те да би друштво требало да размотри ову опцију. Уместо да га купи у име друштва, директор друштва одлучује да аутомобил купи за себе и тако ограби изузетно повољну прилику. Да ли је на овај начин директор друштва присвојио нешто што му не припада? Куповина аутомобила би за друштво била добра инвестиција, јер би накнадно друштво могло исти аутомобил да прода по вишој цени и заради на разлици. Куповина аутомобила је за привредно друштво била једна потенцијално профитабилна пословна прилика, али коју друштво није разматрало, јер директор ову информацију није никоме даље преносио. Чињеница да је директор за ову пословну прилику сазнао од запосленог у друштву, за време радног времена и то у оквиру вршења својих активности, као и да је куповина половних аутомобила основна делатност друштва, јасно указује на то да се директор није понашао лојално према привредном друштву.

Замислимо да се у судском поступку који се води против директора, директор брани следећим аргументима: прво, друштво је на ивици стечаја, те нема довољно новца да финансира куповину тог аутомобила; друго, аутомобил о коме је овде реч спада у категорију луксузних возила, а привредно друштво се до сада није бавило продајом луксузних аутомобила; и треће, директор је у својству органа пословођења донео пословну одлуку да ово није пословна прилика коју друштво треба да искористи. Да ли би ови аргументи

били довољни да судија закључи да пословна прилика не припада привредном друштву, па самим тим не постоји никаква обавеза директора у вези са њом или да пословна прилика припада друштву, али да је у конкретном случају директор могао лично да је искористи?

Да ли би се одговор променио да у овом случају директор за поменуту информацију није сазнао од запосленог у друштву, већ од свог пријатеља на приватној забави ван радног времена? Другим речима, да ли је и у којој мери релевантна чињеница на који начин је директор сазнао за пословну прилику? А шта би било да је директор сазнао за пословну прилику на забави организованој након семинара, при чему је друштво финансирало учешће директора на том семинару (на пример, платило котизацију, путне трошкове и трошкове смештаја)? На сва ова, али и друга слична питања која се поставе у вези са могућностима чланова управе да лично искористе пословну прилику одговор би требало да пружи правна анализа дужности некоришћења корпоративних прилика.

2. Појмовно одређење дужности некоришћења корпоративних прилика

Дужност некоришћења пословних прилика забрањује лицима са посебним дужностима да лично искористе пословну прилику која припада привредном друштву према ком они имају дужност лојалности (дужност избегавања сукоба интереса), осим ако није испуњен неки од законом или судском праксом креираних изузетака.[1] Из наведене дефиниције произлази пет аспеката ове дужности.

Прво, дужност некоришћења пословних прилика је један од појавних облика дужности лојалности.[2] Познато је да је дужност лојалности неименована дужност у српском праву,[3] чија се садржина исцрпљује кроз четири конкретно дефинисане дужности. Као једна од

1 Victor Brudney, Robert Charles Clark, „A New Look at Corporate Opportunities“, *Harvard Law Review* 94(5)/1981, 998.

2 У неким државама постоје посебна правила о дужности некоришћења корпоративних прилика, док у другим државама оваква правила не постоје, па се право друштва да користи пословне прилике које му се укажу штити одговарајућим тумачењем дужности лојалности. Paul Andersen Krüger, Jan Bertil Andersson, *et al.*, *European Model Company Act (EMCA)*, 2017, *https://ssrn.com/abstract=2929348215* (29.5.2025), 215.

3 Јелена Д. Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2014, 94.

те четири дужности наведена је и дужност избегавања сукоба интереса, која суштински треба да спречи да лични интерес лица су дужностима дође у сукоб са интересима друштва. У нашем праву не постоји општа забрана избегавања сукоба интереса, јер се ова дужност ограничава на тачно одређене законом прописане ситуације, при чему је дужност некоришћења корпоративних прилика једна од њих.

Друго, дужност некоришћења пословних прилика не терети свако лице унутар привредног друштва, већ тачно одређена лица. Из корпоративног односа *in concreto* лица са *in concreto* привредним друштвом произлази и ова дужност.

Треће, дужност некоришћења не односи се на све пословне прилике, већ само на оне пословне прилике за које се може рећи да припадају привредном друштву. Управо је и највећи проблем ове дужности разграничити пословне прилике које припадају привредном друштву и у односу на које постоји обавеза некоришћења, од пословних прилика које не припадају друштву, што значи да их лица са дужностима могу слободно користити. Упоредна пракса, махом англосаксонска, показује да су стандарди испитивања припадности пословне прилике друштву веома нејасно постављени и флуидни, због чега је и цела ова област обавијена велом правне несигурности.

Четврто, забрана коришћења пословних прилика није апсолутна, јер законодавства по правилу предвиђају изузетке од ове дужности. Међу изузецима посебан значај има одобрење друштва, којим се дозвољава коришћење одређене пословне прилике одређеном лицу. Пракса је изнедрила и неке друге изузетке, попут финансијске немогућности друштва да користи одређену пословну прилику, чија примена и оправданост нису беусловно прихваћени, због чега се о њима и даље воде живе дискусије. Коначно, не треба занемарити ни могућности да се општим актом друштва одређене пословне прилике или врсте пословних прилика изузму из опсега примене ове дужности.

Пето, дужност некоришћења пословних прилика се у законодавствима не уређује детаљно. Због тога у обликовању ове дужности велику улогу има судска пракса, која може својим ставовима да значајно прошири или сузи њен обухват.

Дужност некоришћења пословних прилика је настала у судској пракси англосаксонских држава, и то превасходно америчкој и британској. Американци су до данас задржали у потпуности прецендентни карактер ове дужности, док су се Британци накнадно одлучили за њено законско уобличење. Без обзира на чињеницу да су део исте

породице правних система, амерички и британски приступ дужности некоришћења пословних прилика представљају два супростављена модела уређивању ове дужности, о чему ће накнадно бити више речи.

Насупрот доктрини корпоративних прилика, деценијама развијаној у земљама *common law* традиције, у континенталној Европи је доминирала једна друга дужност у склопу дужности лојалности – дужност неконкурисања друштву. Но, и поред сличности између ове две дужности, па чак и делимичног преклапања, оне имају различит домен примене.[4] Наиме, дужност неконкурисања друштву не мора да се односи на конкретне правне послове и, по правилу, не подразумева постојање пословне прилике за друштво.[5] Управо због тога су многе европско-континенталне државе накнадно одлучиле да уведу дужност некоришћења пословних прилика, и то кроз судску праксу или законодавне измене.

Као пример правног трансплантирања ове дужности може се навести Немачка, која је доктрину корпоративних прилика почела да развија 60-их и 70-их година прошлог века, и то како кроз судску праксу, тако и преко научних радова који су указивали на значај развоја ове доктрине у Немачкој. Коначно, ова дужност је укључена у кодекс корпоративног управљања.[6]

Дужност некоришћења пословних прилика уведена је у српско право Законом о привредним друштвима из 2004. године.[7] Актуелни закон из 2011. године је уз одређене модификације задржао ову дужност.[8]

Садржински посматрано, дужност некоришћења пословних прилика је код нас уређена на следећи начин: прво је уведена забрана лицима са дужностима да у свом интересу или у интересу са њима

---

4 О односу ове две дужности више вид. Jodi L. Popofsky, „Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability“, *Hofstra Law Review* 10(4)/1982, 1193–1227.

5 Klaus J. Hopt, „Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors – A Comparative Analysis“, ECGI – Law Working Paper No. 208, *https://ssrn.com/abstract=2178152* (20.5.2025), 8–9.

6 Више вид. Martin Gelter, Genevieve Helleringer, „Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law“, *Berkeley Business Law Journal* 15(1)/2018, 128–134.

7 Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 125/2004, чл. 33.

8 Закон о привредним друштвима – ЗоПД 2011, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021 и 19/2025, чл. 69–71.

повезаних лица користе могућности за закључење послова које се укажу друштву, затим је речено да ова дужност постоји и независно од тога да ли је друштво било у могућности да закључи те послове, надаље је предвиђен изузетак према коме обвезници могу поступити супротно овој дужности ако су прибавили одобрење надлежног органа друштва, и коначно, прописане су две санкције због повреде ове дужности – накнада штете и пренос на друштво користи које су остварене као последица повреде. Иако регулатива постоји, утисак је да је она недовољна и да може проузроковати бројне недоумице. Овакав закључак је оправдан ако се има у виду да до сада није било судских спорова око повреде ове дужности. Поменута регулатива омогућава разноврсна тумачења, која могу ићи у прилог или бити противна интересима чланова управе. Због тога је веома важно да се судској пракси дају одговарајући путокази за лакше сналажење у овој правно веома комплексној области.

3. Два случаја – две концепције уређивања дужности некоришћења корпоративних прилика

3.1. Случај *Bhullar v. Bhullar*[9]

Два брата, Сохан Булар (*Sohan Bhullar*) и Моханд Булар (*Mohan Bhullar*), водила су радњу за продају намирница. Како је радња била све успешнија, они су одлучили да 1964. године оснују акционарско друштво. Браћа су била први акционари и директори друштва, а накнадно су директори постали и други чланови породице (два Соханова сина и један Моханов син). Акције су биле подељене између две породице (Соханова породица је имала 50% акција, док је других 50% било у власништву Моханове породице), док су пет места у управи делила два брата и њихова три сина (већину од 3:2 је имала Соханова породица). Друштво се, поред продаје намирница као основном делатношћу, бавило и куповином имовине у циљу инвестирања. Једну од непокретности у власништву друштва користила је оближња куглана у својству закупца као паркинг за своје посетиоце.

Крајем 90-их година прошлог века нарушили су се односи између две породице. Моханд и његов син су на седници одбора директора обавестили Сохана и његове синове да би породице требало да се пословно разиђу и да компанија не би требало више да купује нову

9 Bhullar v Bhullar [2003] EWCA Civ 424.

имовину ради инвестирања. Соханови су се у принципу сагласили са оваквим ставом. Убрзо након тога, два Соханова сина су уочила да је на продају дата непокретност која се ослања на издату непокретност друштва. Они су ту прилику искористили, те су непокретност купили преко другог привредног друштва, након чега је породица другог брата поднела тужбу.

Основно питање у овом случају је било у којој мери се нуђење оближње непокретности има сматрати корпоративном приликом и да ли су куповином непокретности два сина прекршила дужност лојалности према привредном друштву у коме су били директори. Основни аргумент тужених је био да су они за ту пословну прилику сазнали у личном својству, а не у својству директора.

Суд је заузео супротну позицију. Наиме, према становишту суда „тужени је имао једно својство и само једно својство у оквиру кога је могао да закључује правне послове у то време. То је било својство извршног директора тужиоца. Информација која је до њега дошла за време док је био извршни директор и која је била од значаја за тужиоца и било је релевантно да тужилац за њу зна, представљала је информацију у односу на коју је постојала обавеза да се пренесе тужиоцу, јер је између тужиоца и туженог постојао фидуцијарни однос...“. Оно што је за суд било релевантно је да је та информација могла бити вредна, тј. од значаја за друштво. Притом је ирелевантно да ли је друштво требало или могло да искористи ову пословну прилику да је знало за њу. Према томе, директор је дужан да о свакој пословној прилици за коју сазна, без обзира да ли је до те информације дошао у својству директора или у своје слободно време, информише друштво, под условом да је та прилика за друштво могла бити релевантна.

3.2. Случај *Guth v. Loft*[10]

Друштво Лофт (*Loft, Inc.*) се бавило производњом и продајом слаткиша, сирупа, пића и хране. Чарлс Гут (*Charles Guth*) је од 1930. године био председник одбора директора друштва и његова доминантна фигура. Гут је са члановима своје породице поседовао и друштво Грејс (*Grace Company Inc.*), које је било један од снабдевача Лофта газираним пићима. Лофт је годинама сарађивао са Кока-колом,

10 Guth v. Loft, 5 A.2d 503 (Del. 1939). За детаљан приказ овог случаја више вид. Jennifer Ying, *Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine*, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=1414478* (12.5.2025).

тако што су од исте куповали сируп, од кога су правили кока-колу и подавали је у својим радњама. Гут је 1931. године одлучио да прекине сарадњу са Кока-колом, јер је она одбила да друштву Лофт дâ попуст на сируп који је уобичајено давала другим већим купцима. У то време је отворен стечајни поступак над друштвом Пепси, а тајна формула и жиг овог друштва били су на продају. Да је Гут у име друштва Лофт купио акције друштва Пепси, то би смањило потребу за куповином сирупа од Кока-коле и последично би се увећала добит друштва. Контролни акционар друштва Пепси, господин Мегергел (*Megargel*), упознао се са Гутом и они су се договорили да у Делаверу оснују ново друштво Пепси-кола (*Pepsi-Cola Co.*), које ће имати 300.000 акција, од којих ће 100.000 акција припасти Мегергелу, 100.000 акција друштву Грејс, а преосталих 100.000 акција ће бити сопствене акције. Након неколико година, Мерегел је напустио друштво Пепси-кола, а Гут и његова компанија Грејс су поседовали близу 200.000 акција овог друштва. Наредних година је друштво Пепси доживело невероватан пословни успех, а до 1936. године нето добит је износила преко два милиона долара. У исто време, друштво Лофт рапидно пропада, а разлог је био тај што је Гут био доминантно посвећен развоју друштва Пепси. Након што је смањио плате запосленима друштва Лофт, незадовољство радника је кулминирало организовањем штрајка, чија мета је био Гут. Коначно, Гут је 1935. године дао отказ на место председника и директора друштва Лофт. У том тренутку он је поседовао око 91% акција друштва Пепси у коме је наставио да ради са пуним радним временом. Друштво Лофт је тужило Гута, јер је искористио пословну прилику која је припадала тужиоцу. Гут је без знања и сагласности осталих директора друштва Лофт овладао друштвом Пепси. Суд Делавера је на крају поступка обавезао Гута и друштво Грејс да пренесу на друштво Лофт све акције које су поседовали у друштву Пепси.

У овом случају се као основно питање поставило да ли је пословна прилика у виду могућности стицања акција друштва Пепси припадала друштву Лофт или је директор овог друштва Гут могао самостално или преко неког другог свог друштва да је искористи. Суд је заузео следећи став: „ако се директору друштва укаже пословна прилика коју друштво финансијски може да искористи, која је по својој природи у домену пословања друштва и представља практичну предност за њу, ако је то прилика за коју друштво има интерес или разумно очекивање, и ако би прихватањем те прилике лични интерес директора дошао у сукоб са интересом друштва, закон му неће дозволити да ту прилику

присвоји за себе“. Оно по чему ће овај случај остати познат све до данас је то што је суд као посебно релевантан критеријум за утврђивање припадности пословне прилике привредном друштву развио тзв. тест предмета пословања, јер прилика треба да буде у оквиру предмета пословања друштва да би се могло рећи да припада друштву. Такође, суд је велики значај придао и критеријумима финансијске способности друштва да искористи пословну прилику, да ли су ресурси друштва коришћени за лично остваривање пословне прилике, као и на који начин је треће лице приступило директору.

3.3. Две супротстављене концепције

Приказана два случаја показују два потпуно различита приступа тематици пословних прилика. Један је познат под називом британски „статусни“ модел, док се други најчешће назива амерички „својински“ модел.

3.3.1. Британски „статусни“ модел

Основа британског модела је настала у судској пракси XVIII и XIX века. Тада су инаугурисана и учестало примењивана два позната принципа – принцип „без конфликта“ и принцип „без профита“, који и данас представљају окосницу дужности некоришћења пословних прилика у Великој Британији. Принцип „без конфликта“ (енгл. *no-conflict principle*) везује се за случај *Aberdeen Railway v Blaikie Bros* из давне 1854. године,[11] у коме је суд заузео став да се од директора очекује да избегава да себе ставља у позицију у којој би његови лични интереси или дужности које има према трећим лицима били у сукобу са дужностима које има према привредном друштву. Принцип „без профита“ (енгл. *no-profit principle*) уведен је 1967. године случајем *Regal (Hastings) Ltd. v. Gulliver*,[12] у коме је наглашено да директор не може да стиче профит из имовине која је стечена као последица његовог односа са друштвом.[13] Однос између ова два принципа није у довољној мери јасан, а домени примене се делимично и преклапају.

11 Aberdeen Railway v Blaikie Bros (1854) 1 Macq. 461.

12 Regal (Hastings) v Gulliver [1967] 2 AC 134 (HL).

13 „(i) то што су директори урадили било је толико повезано са пословањем компаније да се с правом може рећи да је учињено у току њиховог управљања и коришћењем прилика и посебних знања које су имали као директори; и (ii) то што су урадили је за последицу имало профит за њих.“

Случајеви новијег датума, попут анализираног *Bhullar v. Bhullar*, углавном се заснивају на примени принципа „без конфликта“.[14]

Компанијски закон Велике Британије из 2006. године кодификовао је принцип „без конфликта“ у члану 175, који носи назив „дужност избегавања сукоба интереса“. У првом ставу је наглашено да је „директор дужан да избегава ситуације у којима има, или може имати, директан или индиректан интерес који је у сукобу или може бити у сукобу са интересима компаније“. Након тога, у другом ставу је прецизирано да се дужност избегавања сукоба интереса нарочито примењује на коришћење прилика, при чему је без значаја да ли је друштво могло да искористи прилику. На овај начин се за сваку пословну прилику сматра да припада привредном друштву.[15] Интересантно је указати и на податак да је група стручњака, која је поставила основе за овај закон, инсистирала на томе да се промени пракса која је до тада важила, и то тако што ће се применити америчка доктрина пословних прилика. Међутим, у финалној верзији закона то схватање није прихваћено, већ је задржано традиционално решење.[16]

У теорији преовлађује став да је британски приступ архаичан, ригидан и економски неоправдан. Директорима се забрањује да користе пословне прилике, чак и ако се тиме не наноси било каква штета привредном друштву. Судови одбијају да узму у обзир специфичне карактеристике пословне прилике, као и да ли су директори поступали у доброј вери. Домен примене забране је изразито широк, а испољава се у следећем: прво, пословна прилика припада друштву чак и ако се директору укаже у приватном животу; друго, финансијска немогућност друштва да искористи пословну прилику није оправдање за коришћење прилике од стране директора; и треће, забрана се односи и на директоре који су напустили друштво.[17] Британска концепција се заснива на идеји да је основна сврха дужности лојалности заштита економских интереса привредног друштва, а свака пословна прилика

14 За детаљан приказ британске концепције више вид. Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, London 2008, 559–570.

15 Yifat Naftali Ben Zion, „Cleaning Up the Corporate Opportunity Doctrine Mess: A First Principles Approach“, *Washington Lee Law Review* 80/2023, 1637.

16 M. Gelter, G. Helleringer, 122–123.

17 Genevieve Helleringer, Marco Corradi, „Self-Dealing, Corporate Opportunities and the Duty of Loyalty – A US, UK and EU Comparative Perspective“, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 582/2021, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=3825745* (13.5.2025), 22–23.

која „потенцијално може припадати друштву треба да се третира као „имовина“ друштва“.[18]

Британски модел је остварио велики утицај на земље Комонвелта. Међутим, временом су неке од њих одлучиле да ублаже примену строге британске концепције. Тако је Врховни суд Канаде у случају *Peso*[19] заузео став да је за одлуку о томе да ли је прекршена дужност лојалности потребно узети у обзир и понашање директора, као и разлоге због којих су они искористили пословну прилику. Другим речима, директори неће бити одговорни ако су разлози били оправдани, а друштво нема интерес за искоришћавањем пословне прилике. У теорији се канадски приступ дужности некоришћења пословних прилика третира као средње решење.[20]

3.3.2. Амерички „имовински“ модел

Амерички приступ се деценијама развијао кроз судску праксу и до данас није кодификован. Доктрина пословних прилика је препознатљиве контуре добила у првој половини XX века и од тада се није значајно мењала.[21] Основа ове доктрине је постављена у већ анализираном случају *Guth v. Loft*, а касније је надограђивана у пракси судова Делавера.

Почетно питање које судови постављају је да ли пословна прилика припада привредном друштву. Управо се због тога овај модел и назива „имовинским“, јер ако прилика припада друштву директор је не може лично користити. Судови Делавера су развили бројне тестове за утврђивање припадности прилике друштву, а све њих је заокружио Врховни суд Делавера у случају *Broz v. Cellular Information Systems*, где је наведено да директор не може да користи прилику ако су испуњени следећи услови: 1) друштво је у финансијској могућности да је искористи; 2) прилика је у оквиру предмета пословања друштва; 3) друштво у вези са том приликом има интерес или очекивање и 4) присвајањем прилике директор би се довео у положај који је неспојив са његовим обавезама према друштву.[22] Директору је дозвољено да искористи пословну прилику која припада друштву једино ако информише

18 Y. N. B. Zion, 1668.

19 Peso Silver Mines Ltd. v. Cropper, [1966] S.C.R. 673 (Can.)

20 Више вид. Y. N. B. Zion, 1643–1653.

21 M. Gelter, G. Helleringer, 111.

22 Broz v. Cellular Information Systems, Inc.. Delaware Supreme Court 673 A.2d 148 (1996), 155.

друштво о пословној прилици, након чега надлежни орган друштва доноси одлуку да прилику неће користити.

Занимљив развој доктрине пословних прилика у Делаверу десио се 2000. године, када је изменама компанијског закона уведена могућност да се друштва својим оснивачким актом или одлуком одбора директора одрекну права да користе одређену пословну прилику или одређену врсту пословних прилика.[23] На овај начин је право Делавера одступило од својих традиционалних решења, према којима се регулатива дужности лојалности увек наводила као пример когентних правила компанијског права.[24] До тада је одрицање од пословне прилике могло да се изврши само *ex post*, тј. након што се конкретна пословна прилика укаже, а друштво одбије да је искористи. Ова законодавна промена уводи опцију *ex ante* одбијања коришћења пословних прилика.[25] Измене компанијског права Делавера су пратиле и многе друге америчке државе. Приказану законску опцију у наредном периоду су искористила и бројна јавна акционарска друштва.[26]

Амерички приступ пословним приликама се у теорији позитивно оцењује, а као његова основна предност истиче се флексибилност. Припадност прилике друштву утврђује се сагледавањем свих релевантних околности конкретног случаја, што у ефектима омогућава да се дође до правичних резултата. Ако се за британски приступ може рећи да превасходно штити привредно друштво и његове чланове,[27] америчко решење омогућава ефикасну алокацију ресурса,[28] балансирајући између интереса друштва, чланова управе и општедруштвених интереса. Британци однос између друштва и директора посматрају као вертикалу, где је директор у обавези да ради у интересу принципала,

23 Delaware General Corporation Law, § 122(17). У прилог оваквом решењу вид. Jack B. Jacobs, „Introduction: Professor Richard Epstein“, *Delaware Journal of Corporate Law* 21(1)/1996, 1–26.

24 Lucian Arye Bebchuk, Assaf Hamdani, „Optimal Defaults for Corporate Law Evolution“, *Northwestern University Law Review* 96/2002, 496.

25 Gabriel Rauterberg, Eric Talley, „Contracting out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers'“, *Columbia Law Review* 117(5)/2017, 1089.

26 G. Rauterberg, E. Talley, 1147.

27 Борко Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација, Крагујевац 2018, 168.

28 Carsten Gerner-Beuerle, Michael Schillig, *Comparative Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2019, 591.

док Американци овај однос више виде као хоризонталан, такорећи уговорни, где се у обзир узимају интереси обе стране.[29]

4. Циљеви правног уређења коришћења пословних прилика

Регулатива дужности некоришћења пословних прилика треба да води рачуна о заштити различитих интереса, међу којима се издвајају интерес привредног друштва, индивидуални интереси и општедруштвени интереси.[30]

Интерес привредног друштва. – Интерес привредног друштва је примарни интерес који се штити уређењем коришћења пословних прилика. Ако се пође од тезе да пословна прилика припада друштву, онда је логично и праведно да друштво има право пречег разматрања те прилике. Када се говори о томе да пословна прилика припада друштву, припадност се не посматра у стварноправном смислу те речи, јер привредно друштво нема никаква својинска права у односу на пословну прилику која му се указала. Уосталом, лицима ван друштва није забрањено да искористе сваку пословну прилику, па чак и ону која се укаже одређеном привредном друштву. Међутим, то исто се не може рећи и за инсајдере, тј. лица унутар друштва која имају дужност да поступају у најбољем интересу друштва. Сматра се да члан управе који искористи такву пословну прилику присваја нешто што је туђе. Блиска веза између тих лица и друштва, а посебно делокруг послова које они за друштво обављају, налажу да у сукобу између интереса друштва да искористи пословну прилику и интереса лица са дужностима (директора) да лично искористи прилику, приоритет увек треба дати интересима друштва. На овај начин се остварују два циља: са једне стране се штити однос поверења који постоји између друштва и његових чланова управе и других лица са дужностима, док се са друге стране омогућава друштву да надокнади изгубљену добит у случају непоштовања дужности.

Индивидуални интереси. – Правно уређење ове дужности треба да заштити и интересе лица са дужностима. Наиме, ма колико стриктна била забрана коришћења пословних прилика које припадају друштву, увек постоји простор за лица са дужностима да ипак искори-

29 Y. N. B. Zion, 1683.

30 Више вид. Pat K. Chew, „Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine“, *North Carolina Law Review* 67(2)/1989, 440–455.

сте пословну прилику у личне сврхе. Заправо, овде је реч о изузецима од ове дужности, који треба да омогуће инсајдерима да искористе пословну прилику у ситуацијама када је то оправдано и сврсисходно, а то ће бити превасходно онда када друштво не може или не жели да искористи пословну прилику. О заштити индивидуалних интереса лица са дужностима посебно треба водити рачуна у законодавствима, попут српског, у којима је широк круг лица које терети дужност некоришћења пословних прилика. Такође, треба имати у виду да је данас значајно повећан број могућих ситуација у којима се може применити доктрина пословних прилика, а разлоге треба тражити у широко постављеном предмету пословања великог броја привредних друштава, специјализацији и едукацији чланова управе, развоју телекомуникација и социјалних мрежа, итд.[31] Нарочита потреба за заштитом интереса чланова управе постоји у ситуацијама када су они за пословну прилику сазнали у приватном својству, у ком случају се не може говорити о томе да пословна прилика припада друштву, а присвајање прилике од стране друштва би нарушило легитимна права лица са дужностима.[32] Коначно, не треба занемарити ни интересе трећих лица, која можда ни не желе да ступају у пословне односе са друштвом, а рестриктивна политика некоришћења пословних прилика би им отежала евентуално закључивање уговора са лицима са дужностима.[33]

Општедруштвени интереси. – Правно уређење коришћења пословних прилика може да утиче и на остваривање општедруштвених циљева. Овде се превасходно мисли на однос који постоји између доктрине корпоративних прилика и развоја предузетништва. Сматра се да би либералнија правила у вези са забраном коришћења пословних прилика поспешивала предузетништво. Наиме, чињеница је да су директори привредних друштава, због свог очигледног искуства, знања и ранијих пословних успеха, бољи избор за коришћење корпоративних прилика од насумично изабраних трећих лица. Потпуна забрана директорима да користе пословне прилике онемогућила би остварење једног значајног броја пословних шанси.[34]

31 P. K. Chew, 449–450.

32 Б. Михајловић, 167.

33 Б. Михајловић, 167.

34 P. K. Chew, 452–453.

5. Однос између привредног друштва и пословне прилике

Испитивањем односа између привредног друштва и пословне прилике утврђује се да ли пословна прилика припада друштву. О повреди дужности некоришћења пословних прилика може бити речи само онда када је пословна прилика корпоративна прилика, тј. када припада друштву. Према томе, за потребе овог рада потребно је разграничити појмове пословне прилике и корпоративне прилике, тако да се корпоративном приликом сматра свака пословна прилика која припада конкретном привредном друштву.[35] Међутим, када треба сматрати да прилика припада друштву, предмет је бројних спорења. У наставку ће бити приказани неки тестови који су развијени у упоредној судској пракси, нарочито америчкој, чији је циљ био да се дају одређени путокази и јасније смернице који би олакшали утврђивање припадности пословне прилике одређеном привредном друштву.

5.1. Тест интереса или очекивања

Најстарији критеријум за утврђивање припадности пословне прилике друштву је тест интереса или очекивања (енгл. *interest or expectancy test*). Према њему, друштву припадају само оне пословне прилике у којима оно има комерцијални интерес или очекивање. Иако се овај тест надовезује на појам имовине друштва, пословне прилике у правном смислу не представљају имовину друштва. С друге стране, интерес или очекивање мора бити одређеније и конкретније од жеље или наде друштва.[36] Изворно се овај стандард тумачио веома уско.[37] Појам интереса се везивао за права која друштво има, попут права из правно обавезујућих уговора са трећим лицима, док се појам интереса односио на сва очекивања друштва из постојећих права, попут права на продужење уговора о закупу.[38] Посебан значај у пракси имали су уговори привредног друштва, који се периодично (поново) закључују или обнављају, код којих то право не постоји за друштво, али се може разумно очекивати.[39] Међутим, накнадно се одустало од овако уског

35 James C. Slaughter, „The Corporate Opportunity Doctrine“, *SMU Law Review* 18(1)/1964, 96.

36 V. Brudney, R. C. Clark, 1013–1014.

37 *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*, 126 Ala. 496, 28 So. 199 (1900).

38 „Corporate Opportunity“, *Harvard Law Review* 74(4)/1961, 765.

39 Eric Talley, „Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine“, *Yale Law Journal* 108(2)/1998, 292.

схватања појмова интереса и очекивања друштва, па су они почели да обухватају и ситуације када друштво активно тражи одређену пословну прилику, или има изражену пословну потребу за одређеном приликом, или се пословна прилика указала захваљујући трошковима које је сносило друштво, или је директор преговарао са трећим лицем у име друштва и сл.[40]

У основи се може рећи да је тест интереса или очекивања испуњен онда када директор искористи пословну прилику за коју се према редовном току ствари могло очекивати да ће припасти друштву.[41] Примена овог стандарда у судској пракси се показала недоследном, са очигледним могућностима сужавања и ширења домена његове примене.

5.2. Тест предмета пословања

Један од најпознатијих и најчешће коришћених тестова за утврђивање припадности пословне прилике друштву је тест предмета пословања (енгл. *line of business*). Најједноставније речено, одређена пословна прилика припада друштву онда када се налази у оквирима предмета његовог пословања. Примена овог теста везује се за већ анализирани случај *Guth v. Loft*, у коме је суд Делавера заузео следећи став: „Уколико се друштво бави одређеном делатношћу, те му се укаже пословна прилика која обухвата активност за коју поседује суштинска знања, практично искуство и капацитет да је реализује, а која је, са становишта његове природе пословања, финансијских могућности и легитимних потреба и тежњама за експанзијом, логично и природно прилагодљива тој делатности, може се сматрати да се наведена прилика налази у оквиру предмета пословања друштва“.[42]

На први поглед, аргумент према коме пословна прилика припада друштву само ако се може повезати са делатностима које друштво обавља је логичан. Он се правда принципима економске ефикасности, јер ће друштву бити исплативије да се шири ка повезаним делатностима, те ће те пословне прилике за друштво имати већу вредност.[43] На овај начин се сужава појам пословне прилике и прилагођава конкретним

40 David J. Brown, „When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudney & (and) Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims“, *Journal of Corporation Law* 11(2)/1986, 262.

41 Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, New York 2002, 324.

42 5 A.2d 503 (Del. 1939), 514.

43 D. J. Brown, 258.

делатностима привредног друштва. Међутим, практичан проблем је утврдити шта се сматра под предметом пословања једног привредног друштва. Уосталом, на неке концепцијске проблеме указао је и сам случај *Guth v. Loft*. Друштво *Loft* се бавило малопродајом слаткиша, што је укључивало и газирана пића. Као спорно се поставило питање, у којој мери се може сматрати да је производња сирупа гарзираног пића Пепси у оквиру предмета пословања друштва које се бави малопродајом. У ужем смислу би предмет пословања друштва *Loft* обухватао само оне делатности које друштво активно обавља, а то значи малопродају слаткиша. Тако посматрано, производња сирупа, њихово паковање и продаја другим велетровцима и малотрговцима не би се могла уклопити у активности друштва *Loft*. Но, ако би се активности друштва посматрале шире, тако да обухватају и производњу и продају слаткиша, онда би се производња сирупа и његова дистрибуција могли уклопити у те делатности.[44]

Бројни су проблеми са којима се суочава примена теста предмета пословања. Прво, привредна друштва су у обавези да региструју само претежну делатност. Остале делатности које друштво намерава да обавља не подлежу регистрацији. Штавише, оне не морају да буду ни део оснивачког акта ни статута, јер је основно правило да свако привредно друштво може да обавља све делатности које нису законом забрањене. Везивањем пословних прилика само за делатности које друштво обавља би суштински било у сукобу са прихваћеном логиком опште правне способности привредних друштава.

Друго, постоје практичне тешкоће у вези са утврђивањем предмета пословања привредних друштава.[45] Ово је посебно тачно за велика друштва (нарочито јавна аакционарска друштва), која обављају разноврсне, а често и међусобно потпуно неповезане делатности. Набрајање свих делатности које таква друштва обављају може бити тежак задатак. Додатни проблем је у томе што чак и када са сигурношћу знамо које делатности друштво тренутно обавља, питање је да ли тај круг треба проширити и делатностима које је друштво обављало раније, а ако је одговор позитиван, да ли то обухвата све делатности које је друштво раније обављало или само у одређеном претходном периоду.

Треће, јасно је да чврсто везивање само за делатности које друштво обавља није одрживо. Због тога је и у самој одлуци донетој у случају *Guth v. Loft* наведено да пословна прилика може бити везана

44 Franklin A. Gevurtz, *Corporation law*, West Group, St. Paul, Minn, 2000, 363–364.

45 Б. Михајловић, 161.

и за друге делатности, али за које друштво „поседује суштинска знања, практично искуство и капацитет да их реализује“. Иако је овакво размишљање смислено, оно уноси додатне нивое неодређености у анализу припадности пословне прилике друштву. Одговорити на питање за које све делатности друштво поседује знања, искуство и капацитете, поред оних које већ обавља, биће тежак задатак. Од суда се захтева да утврђује оријентациону економску ефикасност пословних прилика.[46]

Четврто, привредна друштва се стално прилагођавају променама преференци корисника на тржишту, тако да веома често мењају делатности које обављају или додају нове делатности на оне које већ обављају. Везивање пословних прилика само за актуелне делатности не одговара сталној тежњи друштава да се развијају, а тиме и мењају свој предмет пословања.[47] Свако привредно друштво је потенцијално увек заинтересовано за сваку пословну прилику за коју оцени да може бити профитабилна. Економској реалности не одговара премиса према којој се за сврхе одређивања пословне прилике „закључавају“ делатности друштва, тако да обухватају само оне које се актуелно обављају.[48] Због чега бисмо претпоставили да друштво чије су делатности везане за електронику, не може да прихвати пословну прилику да обавља делатност производње воћних сокова. У крајњој линији, друштво које не жели да промени своје делатности има опцију да оснује ново друштво чији ће предмет пословања бити усмерен на искоришћавање указане пословне прилике.[49] На који начин усагласити тест предмета пословања са природном потребом друштва за експанзијом и развојем? У самој одлуци *Guth v. Loft* указано је да у анализу припадности пословне прилике треба укључити и потребу друштва за експанзијом, као и адаптабилност новим делатностима. Према томе, поред делатности које обавља, предмет пословања друштва треба да обухвати и друге блиске области привреде, које представљају логичан правац развоја друштва.[50] Укључивањем у анализу ових додатних фактора, линија

46 E. Talley, 290.

47 D. J. Brown, 258.

48 V. Brudney, R. C. Clark, 1026.

49 Ј. Д. Лепетић, 246.

50 Према Принципима корпоративног управљања Америчког правног института (*American Law Institute's Principles of Corporate Governance*) пословна прилика обухвата и све оне пословне подухвате за које директори знају да су повезани са садашњим или очекиваним пословањем друштва (§ 5.05(b)(2)).

раздвајања пословних прилика које припадају друштву и оних које не припадају друштву постаје нејасна.[51]

5.3. Тест правичности

Тест правичности је следећи тест развијен у судској пракси и везује се за случај *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*[52] Према овом приступу, сматра се да прилика припада друштву ако њено коришћење од стране лица са дужностима, имајући у виду све околности конкретног случаја, не би испунило етичке стандарде правичности. Другим речима, неправично би било према друштву да директор искористи прилику у ситуацији када треба да заштити интересе друштва.[53] „Позивање у помоћ" стандарда правичности заправо значи ширење релевантних околности за утврђивање шта се сматра пословном приликом која припада привредном друштву. Тако се применом теста правичности могу узимати у обзир бројни релевантни фактори, попут тога како је директор сазнао за пословну прилику, какав је значај те прилике за друштво, да ли је проналажење те прилике било у склопу надлежности тог лица, да ли је друштво трагало за таквом приликом, да ли је имовина друштва коришћена за тражење те прилике, и сл.[54] Да ли је правично да прилика припада друштву је фактичко питање, које се мора утврдити на основу објективних чињеница.[55]

Тест правичности нема одређен садржај који би судској пракси дао путоказе за решавање питања припадности пословне прилике. Уместо давања смерница, овај тест оставља судијама неограничену дискрецију.[56] Због своје аморфне природе, тест правичности је неодређен, ствара правну несигурност, а последице његове примене су непредвидиве.[57] Иначе, треба нагласити да се правичност посматра

51 „Corporate Opportunity", *Harvard Law Review* 74(4)/1961, 769.

52 80 N.E.2d 522 (1948).

53 „Према доктрини корпоративних прилика, лицима која раде за друштво је забрањено да преусмере ка себи прилике за које правичност налаже да треба да припадну друштву." Maryland Metals, Inc. v. Metzner, 382 A.2d 564 (1978).

54 F. A. Gevurtz, 366.

55 Eric G. Orlinsky, „Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: A Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability", *Delaware Journal of Corporate Law* 24(2)/1999, 460–461.

56 V. Brudney, R. C. Clark, 1020.

57 D. J. Brown, 259.

само из угла привредног друштва, док се занемарује тематика правичности за друштво у целини или лице са дужностима.[58]

5.4. Утврђивање припадности пословне прилике у два корака

Као алтернативу тестовима које су развили судови Делавера, Врховни суд Масачусетса је у случају *Miller v. Miller* прихватио тзв. тест у два корака (енгл. *The Miller two step test*).[59] Суд се одлучио да комбинује два претходно развијена теста: тест предмета пословања и тест правичности.[60] У првом кораку се утврђује да ли пословна прилика припада привредном друштву, тј. да ли је реч о корпоративној прилици. У овој фази суд примењује тест предмета пословања, и то узимајући у обзир све околности случаја. На тужиоцу је терет доказа у оквиру првог корака. Ако се покаже да пословна прилика није у оквиру предмета пословања, стаје се са анализом, јер нема повреде дужности, а самим тим ни одговорности. У супротном се прелази на други корак, у оквиру ког лице са дужностима треба да докаже да није прекршило дужности поступања у доброј вери, лојалности и фер пословања према друштву. У овој фази се терет доказа преваљује на туженог, а суштински он треба да докаже да је коришћење прилике од стране лица са дужностима било правично за друштво.

Основна специфичност овог теста је у томе што се не уводи необорива претпоставка да је лице са дужностима прекршило дужност лојалности тиме што је користило пословну прилику која припада привредном друштву. Управо се у другом кораку омогућава лицу са дужностима да доказује да је искоришћавање прилике која припада друштву било оправдано и правично.[61]

Тест инаугурисан *Miller* случајем невешто покушава да искомбинује два од раније коришћена теста. У теорији се сматра да се тиме „додаје још један слој конфузије у већ нејасно правно подручје, без икаквог значајног доприноса анализи“,[62] као и „нагомилава неизвесност и нејасноће теста правичности поврх слабости теста

58 P. K. Chew, 462.

59 301 Minn. 207, 222 N.W.2d 71 (1974).

60 Више вид. S. M. Bainbridge (2002), 328–331; P. K. Chew, 462–465; D. J. Brown, 259–261.

61 P. K. Chew, 463.

62 V. Brudney, R. C. Clark, 999.

предмета пословања“.[63] Мноштво фактора који се утврђују у првом, а касније и у другом кораку су збуњујући, јер није довољно јасно због чега се неки фактор третира релевантним за питање правичности, а не и за питање припадности пословне прилике предмету пословања друштва. Коначно, не треба изгубити из вида ни чињеницу да овај тест омогућава лицима која су узурпирала корпоративну прилику још једну линију одбране.[64] Професор Беинбриџ је проблематику лепо апострофирао речима да када лопов украде неку ствар, ми не постављамо питање да ли је он поступао правично.[65]

5.5. Тест неопходности

Тест неопходности (тест есенцијалности, енгл. *essential test*) указује на значај пословне прилике за привредно друштво. Овде није реч о томе да ли друштво полаже право на одређену пословну прилику или да ли је она у оквиру предмета пословања друштва, већ се акценат ставља на значај који одређена пословна прилика може имати за друштво. Према најужем значењу, пословна прилика би била неопходна за једно привредно друштво ако од ње зависи опстанак друштва или би без ње друштво претрпело велике финансијске губитке. Такође, пословна прилика је неопходна и онда када је друштво у претходном периоду тражило такву или сличну прилику. Коначно, услов неопходности би могла да испуни и она пословна прилика чије би коришћење могло бити изузетно профитабилно за друштво. Премда пракса има велику слободу приликом тумачења овог теста, суштински њега треба уско сагледавати, те сматрати да само узак круг пословних прилика испуњава овај услов.

Због чега се у упоредној пракси развио овај тест? Чињеница да је прилика сама за себе од великог значаја за друштво не може да доведе до закључка да више припада друштву од пословне прилике која је мањег значаја. Пословна прилика или припада друштву или му не припада. Међутим, чињеница је да када лице са дужностима користи прилику за коју зна да је круцијелна за друштво, тешко је говорити о томе да то лице свесно поступа у најбољем интересу друштва. Због тога ова околност може бити одлучујући фактор у неким специфичним ситуацијама, попут оне када директор за информацију сазна у

63 E. Talley, 295.

64 D. J. Brown, 260.

65 S. M. Bainbridge (2002), 330.

приватном својству, а у исто време је свестан колико је она битна и за друштво чије послове води и интересе штити.[66]

5.6. Употреба средстава привредног друштва

Као један од релевантних критеријума за утврђивање припадности пословне прилике друштву узима се и употреба имовине друштва. У америчкој судској пракси је било пуно случајева где су директори лично искористили пословну прилику, али тако да је привредно друштво следећих година финансирало развој тог пословног подухвата (на пример, коришћењем материјалних и кадровских капацитета, као и финансијских средстава).[67] Ти случајеви представљају флагрантна кршења дужности лојалности, а готово извесно и дужности пажње, па и не чуди да би само та чињеница најчешће била довољна да се закључи да пословна прилика припада друштву, без потребе за испуњењем других услова.[68]

Поред приказаних очигледних злоупотреба коришћења имовине привредног друштва у личне сврхе, у пракси су честе и бројне друге ситуације у којима није тако експлицитна веза између коришћења имовине друштва зарад личног искоришћавања пословне прилике. Као најблажи примери се могу навести коришћење корпоративног телефона, штампача, компјутера, секретарице, возача и сл. у циљу личног закључивања уговора са трећим лицем. Према томе, ресурси друштва се овде користе у личне сврхе. Саме по себи ове околности не би биле довољне, али у комбинацији са другим околностима оне могу имати велики значај за утврђивање одговорности лица са дужностима.

Посебан проблем ће представљати оне ситуације када је друштво финансирало одлазак директора на неку конференцију или семинар, или му плаћа високе трошкове учешћа у одређеним привиле-

66 David Clayton Carrad, „The Corporate Opportunity Doctrine in Delaware: A Guide to Corporate Planning and Anticipatory Defensive Measures“, *Delaware Journal of Corporate Law* 2(1)/1977, 13.

67 У случају *Guth v. Loft*, Гут је финансирао друштво Пепси преко друштва Лофт, које је индиректно убризгало око 100.000 америчких долара у периоду од три године након куповине. Такође, екстензивно су коришћене фабрике, материјали, кредити, извршни директори, запослени и хемичари друштва Лофт, а ово друштво је платило и око 20.000 америчких долара на име маркетиншких трошкова друштва Пепси. Нав. према: D. C. Carrad, 14.

68 Више вид. D. C. Carrad, 14.

гованим клубовима унутар којих се идејно осмишљавају и склапају пословне трансакције. Да ли би у овом случају директор могао да истиче аргумент да је пословну прилику добио у личном својству? Противаргумент друштва би био да је директор тамо послат како би проналазио пословне прилике за друштво, као и да је улагањем друштво стекло легитимна очекивања да све пословне прилике на које директор тамо наиђе основано припадају привредном друштву. Овде се трошкови друштва посматрају као својеврсна инвестиција.

5.7. Српско решење

Српско право не садржи никакве смернице које би помогле пракси у тражењу одговора на питање које пословне прилике треба сматрати корпоративним приликама. Једино што законодавац прописује је да пословна прилика треба да се укаже привредном друштву. При оваквом решењу, пракса може да тумачи појам корпоративних прилика на различите начине, а у основи су могућа два приступа. Први приступ би био да се свака пословна прилика третира као корпоративна прилика, што значи да би домен примене дужности некоришћења пословних прилика био најшире постављен (британски приступ). Судска пракса би могла да крене и другим путем, а то би значило да прилику која се указала друштву третира уже, примењујући неки или неке од претходно наведених тестова (амерички приступ). Имајући у виду да наша судска пракса нема никаквог искуства са применом доктрине корпоративних прилика, остављање овако значајног питања отвореним се може оценити као велики пропуст законодавца.[69]

6. Однос између лица са дужностима и пословне прилике

За утврђивање постојања дужности некоришћења пословне прилике релевантно је испитати и однос између пословне прилике и лица са дужностима. У оквиру овог односа се утврђује на који начин је лице са дужностима сазнало за пословну прилику. У пракси је уобичајено да се тужени директори бране следећим аргументом: пословна прилика им је понуђена у њиховом личном својству, а не у својству директора. Како пословна прилика која им је лично понуђена не припада друштву, закључује се да директор може исту

69 Б. Михајловић, 170.

да искористи.[70] Анализа начина на који је пословна прилика дошла до директора, тј. како је за њу сазнао, треба да помогне у давању одговора на питање да ли прилика припада друштву. У том погледу су могуће бројне варијације, са различитим правним учинком.[71]

Прва могућност је да је лице са дужностима сазнало за пословну прилику у оквиру вршења пословних активности које спадају у надлежност тог лица. Примера ради, директор за набавке је наишао на изузетно повољну цену материјала које друштво користи у поступку производње, те уместо да их набави за друштво, лично их је купио, како би их накнадно продао по знатно вишој цени и зарадио на разлици. У оваквим и сличним ситуацијама неће бити спорно да пословна прилика испуњава и готово све стандарде о којима је било речи у претходној глави (на пример, тест предмета пословања, тест правичности или тест интереса или очекивања), а чињеница да је директор искористио пословну прилику за себе, иако је ангажован од стране друштва да их прибавља за друштво, представља напобитан доказ да је прекршио дужност лојалности према друштву. Према Принципима корпоративног управљања Америчког правног института, пословна прилика ће се сматрати корпоративном приликом под условом да је директор свестан да је она у вези са вршењем његових директорских функција (sec. 5.05(b)(1)(A)).

Нешто слабија, али и даље прилично снажна веза између пословне прилике и друштва, постоји онда када треће лице приступа преговорима са директором друштва око закључења одређеног уговора, очекујући да ће уговор бити закључен са друштвом. Уосталом, када треће лице намерава да предочи пословну прилику друштву, то мора да учини преко његовог заступника.[72] Чак и ако то треће лице не каже, нуђење закључења одређеног уговора, обавезује лице које је ту информацију добило да је проследи надлежном органу друштва. Већ поменути Принципи корпоративног управљања Америчког правног института познају и овај услов, и то тако што се корпоративном приликом сматра свака она прилика за коју је директор могао разумно да верује да треће лице очекује да се понуди друштву, а он то није учинио, већ је самостално искористио (sec. 5.05(b)(1)(B)).

Нешто слабија веза између друштва и пословне прилике у односу на претходне две се успоставља онда када треће лице није ни

70 Matthew R. Salzwedel, „A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute“, *Pace Law Review* 23(1)/2002, 121.

71 Више вид. F. A. Gevurtz, 369–371.

72 F. A. Gevurtz, 369.

знало да пословну прилику презентује директору неког привредног друштва, а директор за ту прилику не би ни сазнао да нема то својство у друштву. Суштина је у томе да својство директора веома често омогућава том лицу да се нађе у право време на правом месту, како би сазнало за пословну прилику.[73] Због тога ће друштво у оваквим ситуацијама инсистирати на аргументу да пословна прилика припада друштву, јер директор до ње не би ни дошао да није именован за директора. У сваком случају, изоловано овај аргумент не би могао да води закључку да је реч о корпоративној прилици, али у садејству са другим чињеницама може имати одлучујући значај.

Коначно, најповољнија варијанта за лице са дужностима је да је пословну прилику сазнало потпуно независно од дужности које обавља за друштво. Може се замислити ситуација у којој „заступник чује за прилику од рођака или старог пријатеља који није свестан или није под утицајем улоге коју заступник има у друштву".[74] При оваквим околностима велика је шанса да ће се сматрати да заступник који је искористио ту пословну прилику није поступио противно дужности лојалности.

Практично није једноставно утврдити када једно лице долази до пословне прилике у личном својству, а када је то последица обављања директорских и других функција за друштво.[75] Управо имајући то у виду, британско право не захтева да је директор сазнао за пословну прилику током вршења својих обавеза за друштво. Сличан став је заузео и Врховни савезни суд Немачке, одбијајући да прихвати аргумент директора да је за пословну прилику сазнао у приватном својству.[76] За разлику од британског и немачког права, многа друга законодавства друштву приписују пословну прилику до које је директор дошао у вези са својим положајем у друштву (Италија) или захваљујући том положају (Шпанија).[77] Америчко право нема јединствено решење по овом питању, а судска пракса начину на који је директор дошао до пословне прилике придаје велики значај, који у садејству са другим чињеницама може да доведе до закључка да пословна прилика припада друштву.

Српско право се експлицитно не одређује у односу на ово питање. Једино што је речено је да се дужност некоришћења односи

73 F. A. Gevurtz, 369.

74 F. A. Gevurtz, 371.

75 Б. Михајловић, 166.

76 M. Gelter, G. Helleringer, 111.

77 Нав. према: Б. Михајловић, 166.

само на оне пословне прилике „које се укажу друштву“. Из наведеног је јасно да пословне прилике које се укажу лицу са дужностима у његовом приватном својству, не испуњавају наведени услов, јер се тешко може аргументовати да су се на тај начин указале друштву.[78] Када лице са дужностима сазна за пословну прилику у оквиру вршења својих обавеза или ако треће лице прије директору очекујући да ће информација бити прослеђена друштву, неспорно треба сматрати да се прилика указала друштву. У другим ситуацијама треба сматрати да прилика не припада друштву, осим ако се не докаже супротно.

7. Однос између лица са дужностима и привредног друштва

За утврђивање постојања дужности некоришћења пословних прилика релевантан је и однос између лица са дужностима и привредног друштва. Тачније, потребно је детаљније проникнути у природу односа одређеног лица са привредним друштвом како би се утврдило која лица имају дужност некоришћења пословних прилика. Другим речима, поставља се питање од којих то лица се очекује да не искористе пословну прилику која припада друштву.

Српско право овом питању приступа крајње поједностављено, јер законодавац набраја лица са дужностима, при чему сва та лица терети и обавеза некоришћења корпоративних прилика. Једина могућност да се изађе ван оквира тих лица је да само привредно друштво својим оснивачким актом, односно статутом одреди и друга лица која имају ову дужност. Српско решење је изразито круто, те онемогућава била каква нијансирања у том погледу.[79] Свако лице које је закон набројао као лице са дужностима има обавезу некоришћења пословних прилика, без обзира на правну позицију у друштву и овлашћења која у њему има. Једина два услова која морају да буду испуњена за постојање дужности су: прво, прилика мора да се укаже друштву и друго, лице са дужностима мора да зна да се пословна прилика указала друштву, тј. да прилика припада друштву.

78 Ј. Д. Лепетић, 247.

79 У упоредном праву се истиче специфична позиција независних (спољних) директора, који за друштво раде само један део свог радног времена. Широко одређена забрана коришћења пословних прилика би обесхрабрила стручна лица да се прихватају позиције неизвршних директора. Arthur R. Pinto, Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law*, Matthew Bender 1999, 217.

Дужност некоришћења корпоративних прилика се примењује само на лица која у том тренутку у друштву имају статус лица са дужностима. Према томе, ова дужност не терети бивше директоре и друга некадашња лица са дужностима. Штавише, закон дозвољава да се интерним актима пролонгира трајање само дужности неконкурисања друштву, али не и других дужности лојалности. Оваква регулатива може довести до очигледних злоупотреба, јер директора који жели лично да искористи неку лукративну пословну прилику ништа не спречава да прво дâ оставку, а онда када га више ова дужност не терети и да лично искористи прилику. Због тога би, по узору на британско право, *de lege ferenda* требало проширити примену дужности некоришћења корпоративних прилика и на бивше директоре, под условом да су за пословну прилику сазнали док су имали својство директора у ранијем друштву.[80] Канадско право приступа овој проблематици уз више нијансирања, јер бивши директор не може да искористи пословну прилику ако суд закључи да је оставка била подстакнута или под утицајем жеље да директор себи обезбеди прилику коју је тражила компанија.[81]

8. Изузеци

8.1. Одбијање пословне прилике

Одбијање пословне прилике од стране привредног друштва је најприхваћенији изузетак од дужности некоришћења корпоративних прилика. Ако пословна прилика припада привредном друштву, онда друштво треба да има приоритет да је искористи. У случају да друштво одбије понуђену прилику, нема сметњи да је прихвати било које друго лице, па и лице са дужностима према друштву. Премда приказ поменутог изузетка делује веоме логично и једноставно, у пракси он изазива бројне проблеме и недоумице.

---

80 Више вид. Ј. Д. Лепетић, 251–253.

81 У случају *Canadian Aero Service v O'Malley (1971)* два извршна директора су напустила друштво *Canadian Aero Service Ltd.* и основала ново друштво са идејом да то друштво искористи пословну прилику коју су у претходном периоду припремали за *Canadian Aero Service Ltd.* Суд је у овом случају закључио да оставка не забрањује директорима да закључују уговоре са конкурентима бившег принципала, али само ако су њихови разлози за оставку били *bona fide.* Lorraine Talbot, *Critical Company Law*, 2 ed., Routledge 2016, 152.

Лице са дужностима може да користи овај изузетак ако се испоштују следећа два корака: да информише друштво о пословној прилици и да друштво одбије да искористи пословну прилику.

Информисање друштва. – Привредно друштво може да одбије само ону пословну прилику о којој је било адекватно информисано. У овој фази акценат се ставља на обавезе које лица са дужностима имају према привредном друштву. Два су услова за настанак обавезе информисања: 1) да пословна прилика припада привредном друштву и 2) да лице са дужностима намерава да је лично искористи.[82] Од лица са дужностима се очекује да друштву открију следеће две групе информација: информације о самој пословној прилици и информације о свом личном интересу да ту пословну прилику искористе. Као стандард како треба процењивати адекватност информисања узима се стандард разумне особе за коју би те информације највероватније биле од значаја за доношење одлуке о пословној прилици.[83] У теорији се указује и на то да је, поред информисања, потребно пословну прилику „предати“ друштву.[84]

Одбијање друштва. – Након што су презентоване све информације у вези са пословном приликом, привредно друштво може да поступи на три начина: да одлучи да покуша да искористи пословну прилику, да одбије пословну прилику или да се уздржи од било какве одлуке.[85] Ако друштво одлучи да искористи пословну прилику, то још увек не значи да ће исход бити позитиван за друштво. Постоје реалне могућности да до реализације пословне прилике и не дође (на пример, преговори између друштва и трећег лица не уроде плодом). Међутим, овде треба указати и на потенцијалне могућности лица са дужностима да намерно саботира преговоре, тј. реализацију пословне прилике за друштво, са идејом да је касније лично искористи.

Друга опција за друштво је да одбије пословну прилику, што за последицу има право лица са дужностима да исту искористи. Основни проблем одбијања је у томе ко доноси ову одлуку. Када одобрење тражи нижерангирани директор, јасно је да већих проблема неће бити, јер ће непосредно надређени орган управе доносити одлуку. Међутим, ако је зантересовано лице члан органа управе или генерални директор, онда постоји оправдана бојазан да ће одлука

82 P. K. Chew, 484.

83 P. K. Chew, 486.

84 D. J. Brown, 270.

85 P. K. Chew, 488–489.

надлежног органа бити под утицајем тог лица. Изнијансирана решења у том погледу садрже Принципи корпоративног управљања Америчког правног института. Да би одбијање пословне прилике било пуноважно потребно је да се испуни један од следећа три услова: 1) одбијање је правично за друштво; 2) чланови органа управе који немају лични интерес су одбили пословну прилику након што су о њој били информисани и то на начин да су испоштовани стандарди правила пословне процене; 3) након информисања чланови друштва који немају лични интерес су одобрили одбијање пословне прилике, под условом да одбијање није изједначено са расипањем имовине друштва (sec. 5.05(a)(3)).

Коначно, друштво може и да остане пасивно. У том случају се не може унапред претпоставити да је друштво одбило пословну прилику, већ се овакав закључак може извући из околности конкретног случаја (на пример, пословна прилика је због своје природе морала ургентно да се искористи).

Ово је једини изузетак који је прописан у српском праву. Лице са дужностима може да поступи супротно дужности некоришћења могућности за закључење послова који се укажу друштву под условом да је прибавило одобрење друштва (ЗоПД, чл. 70). Према томе, код нас одобрење представља сагласност друштва да лице са дужностима искористи корпоративну прилику. Заправо, то одобрење имплицитно обухвата и одбијање друштва да само искористи пословну прилику. Одобрење може бити претходно или накнадно.[86] Накнадно одобрење треба избегавати, јер оно онемогућава друштво да прилику искористи.[87] На давање одобрења примењују се законска правила о одобрењу правног посла у случају постојања личног интереса. Сходна примена може у пракси створити бројне правне проблеме, јер су правила о одобрењу писана имајући у виду дужност пријављивања послова и радњи у којима лице са дужностима има лични интерес, те значајан број тих правила неће моћи да се примени на дужност некоришћења пословних прилика.[88]

---

86 „Пријављивање пословне могућности друштву након што је лице са дужностима већ искористило ту могућност не оставља пуно простора привредном друштву које је желело да могућност искористи.“ Б. Михајловић, 175. Недобијање одобрења може за последицу имати подношење тужбе због повреде дужности некоришћења пословних прилика.

87 Више вид. Ј. Д. Лепетић, 250–251.

88 Упор. Б. Михајловић, 174.

8.2. Финансијска немогућност друштва

Финансијска немогућност привредног друштва је један од најчешћих, али и најконтроверзнијих оправдања за коришћење корпоративне прилике од стране лица са дужностима.[89] Судска пракса овом фактору придаје различит значај.[90] На једном крају спектра су случајеви у којима је суд заузео ригидно становиште, према коме се финансијска немогућност солвентног друштва као аргумент тужених директора не може прихватити.[91] На другој страни спектра су случајеви у којима је прихваћен став да пословна прилика не може припадати друштву које нема финансијска средства да је искористи. Штавише, терет доказа финансијске немогућности је на тужиоцима. Између ових екстрема, налазе се случајеви који не прихватају да је финансијска немогућност оправдање за себе, већ представља релевантан фактор чија ће се снага оцењивати од случаја до случаја.

Критеријум финансијске немогућности привредног друштва се показао као проблематичан из неколико разлога. Прво питање тиче се терета доказа ове чињенице. Наиме, у упоредној пракси су присутни ставови да терет доказа треба да сноси тужилац или тужени, при чему би тужилац сносио терет доказа финансијске способности друштва, док би тужени, тј. лице са дужностима сносио терет доказа финансијске неспособности. У теорији се први став с правом критикује,[92] јер су тужиоци трећа лица која немају приступ свим финансијским аспектима привредног друштва, док су лица са дужностима по правилу инсајдери, који су у довољној мери упознати са економским положајем у коме се друштво налази. Овај аргумент је у мањој мери релевантан за српско право, јер тужбу против лица са дужностима подноси привредно друштво или његови чланови, а за њих је мање убедљив аргумент недовољног познавања финансијске ситуације друштва. Такође, логично је претпоставити да друштво има финансијских могућности да искористи пословну прилику која му се указала, а лице које сматра другачије (лице са дужностима) може да доказује супротно.

Други проблем аргумента финансијске немогућности односи се на чињеницу да су тужена лица уједно и лица која су одговорна за обезбеђивање финансијских средстава привредном друштву. Ако

89 F. A. Gevurtz, 377.

90 Више вид. F. A. Gevurtz, 377–379; D. J. Brown, 263–264.

91 *Irving Trust Co. v. Deutsch*, 73 F.2d 121 (2d Cir. 1934).

92 F. A. Gevurtz, 379.

би се дозволила примена овог изузетка, онда би се дао подстицај лицима са дужностима да не улажу довољно енергије и напора у циљу проналажења начина како да друштво финансира потенцијалну пословну прилику.[93]

Трећи проблем се односи на сам појам финансијске немогућности, који нигде није дефинисан. У теорији се најчешће прави разлика између друштава која се налазе у већим финансијским проблемима, што се најчешће испољава тиме да је испуњен стечајни разлог или се налазе „у близини стечаја", и друштава са мањим финансијским проблемима, који се превасходно испољавају у виду привремене неликвидности.[94] Финансијска немогућност се као аргумент може прихватити превасходно код прве групе друштава. Но, и ту треба имати у виду да већи финансијски проблеми у којима се друштво налази не значи да чланови управе не треба да покушају да пронађу начине за финансирање лукративног пословног подухвата. Уосталом, пословна прилика може бити спасоносна за друштво.

Четврти проблем се тиче чињенице да су лица која користе пословну прилику која припада друштву најчешће и лица која утврђују финансијску неспособност друштва. Ова лица имају очигледан подстицај да олако утврде да друштво не може да искористи одређену пословну прилику, како би је они лично искористили. На тај начин долази до преусмеравања пословних прилика са друштва на лица са дужностима. У накнадном судском поступку се од суда очекује да утврди финансијску (не)могућност привредног друштва на основу чињеница које су под контролом лица које је пословну прилику преусмерило ка себи.[95]

И поред бројних практичних тешкоћа, у САД је присутан тренд прихватања аргумента финансијске немогућности коришћења пословне прилике, а разлике постоје у погледу услова који се захтевају.[96] За разлику од САД, које покушава да пронађе избалансирано решење, уважавајући интересе свих заинтересованих лица, друга законодавства прихватају екстремне позиције. Тако, примера ради, италијанско право прописује да ако друштво није способно да искористи пословну прилику не постоји повреда дужности.[97]

93 S. M. Bainbridge (2002), 334.

94 Б. Михајловић, 163.

95 V. Brudney, R. C. Clark, 1021.

96 M. R. Salzwedel, 121.

97 Нав. према: Б. Михајловић, 162.

Супротно Италији, у праву Велике Британије је прописано да је питање могућности привредног друштва да искористи пословну прилику без икаквог значаја.[98] Српско право прихвата британско решење, јер су лица са дужностима у обавези да не користе могућности за закључење послова које се укажу друштву, независно од тога да ли је друштво било у могућности да те послове закључи (ЗоПД, чл. 69(2)).

8.3. Правне и остале фактичке немогућности друштва

Осим финансијских немогућности, могуће је замислити и бројне друге разлоге због којих привредно друштво не може да искористи одређену пословну прилику. Сви они се могу поделити у две групе. У прву групу спадају законске препреке које су прописане за одређена привредна друштва, а које онемогућавају да то друштво искористи неке пословне прилике које му се укажу. Као пример се могу навести банке, којима банкарски прописи не дозвољавају да обављају тзв. небанкарске делатности. Ако се пословна прилика односи на неку небанкарску делатност, онда она није дозвољена. Према томе, ако је конкретном привредном друштву ограничена правна способност, забрањена је свака пословна прилика која је изван унапред дефинисане правне способности (тзв. *ultra vires* пословне прилике). Ове прилике не треба сматрати корпоративним приликама, те у односу на њих ни не постоји обавеза лица са дужностима да их не користе.[99]

Другу групу чине бројна друга ограничења која *prima facie* онемогућавају друштво да их користи. Ту могу спадати ограничења која се налазе у конститутивним актима друштва (на пример, одредба о циљу привредног друштва или делатностима које друштво обавља), ограничења техничке природе (на пример, друштво не располаже техничким капацитетима да искористи одређену пословну прилику), нерасположивост кадровским капацитетима, уговорна ограничења (на пример, одредбе уговора о кредиту којим се ограничава пословање друштва корисника кредита),[100] и сл. Сва ова ограничења су отклоњивог карактера, те се не могу сматрати несавладивим препрекама и довољним разлогом за непостојање дужности некоришћења пословне прилике.[101] Промена конститутивног акта, оснивање зависног друштва, запошљавање нових кадрова, само су неки од начина

98 UK Companies Act 2006, sec. 175(2).

99 F. A. Gevurtz, 382.

100 P. K. Chew, 472.

101 Б. Михајловић, 163.

превазилажења „техничких“ проблема коришћења пословне прилике. Проблеми у практичној анализи ових препрека су слични финансијској немогућности друштва да искористи пословну прилику, због чега судска пракса треба да примењује сличне стандарде.

8.4. Одбијање трећег лица да послује са друштвом[102]

Један од често истицаних аргумената у прилог тези да лице са дужностима има право да искористи пословну прилику је да треће лице није желело да послује са привредним друштвом. Ако треће лице недвосмислено покаже да не намерава да улази у пословне аранжмане са друштвом ни под којим условима, та пословна прилика се ни не може сматрати приликом која припада друштву, па самим тим не постоји ни дужност њеног некоришћења. Међутим, у пракси ће тако категорично искључивање друштва бити веома ретко. Оно се може замислити у ретким ситуацијама када треће лице има јаке пословне и/или личне разлоге да не улази у било какве пословне односе са конкретним привредним друштвом (на пример, свађа са контролним чланом друштва или лоше претходно искуство пословања са друштвом). Много ће бити чешће ситуације у којима треће лице нема тако изражен негативан став у односу на друштво, већ само показује јасну преференцу да уђе у пословни однос са лицем са дужностима.

Случајеви у којима се истиче аргумент одбијања трећег лица да послује са друштвом најчешће се своде на утврђивање намере трећег лица, а то се чини саслушавањем бројних сведока, чији су искази увек афирмативни у том правцу. Такође, у већини случајева се открило да је лице са дужностима преговарало и закључивало посао са трећим лицем у тајности, као и да је треће лице за то знало, али је прихватало да учествује у томе како би издејствовало боље услове.[103] Имајући у виду све практичне проблеме са којима се суочава овај изузетак, има схватања да га треба забранити.[104]

У екстремним варијантама резолутног одбијања трећег лица да послује са друштвом, које ће у пракси бити реткост, овај изузетак би

102 Више вид. William Lynch Schaller, „The Origin and Evolution of the Third Party Refusal to Deal Defense in Illinois Corporate Opportunity Cases“, *John Marshall Law Review* 46(4)/2013, 937–1037; William Lynch Schaller, „Corporate Opportunities and the Third Party Refusal to Deal Defense: Policy and Practice Lessons from Illinois“, *John Marshall Law Review* 47(1)/2013, 1–55.

103 W. L. Schaller, „The Origin and Evolution...“, 1035.

104 W. L. Schaller, „Corporate Opportunities and the Third Party Refusal to Deal Defense...“, 55.

се могао прихватити. Но, у сваком другом случају, одбијање трећег лица да послује са друштвом само по себи није довољно да би се извео закључак да је лице са дужностима имало право да искористи пословну прилику. За коришћење овог изузетка потребно је да се испуне два услова. Прво, лице са дужностима треба да обавести друштво о свим чињеницама у вези са понудом трећег лица, затим да треће лице не жели пословну сарадњу са друштвом и евентуалним разлозима за такав став, као и да лице са дужностима намерава да пословну прилику лично искористи. Откривањем свих релевантних информација омогућава се друштву да предузме одређене кораке како би променило став трећег лица и евентуално га убедило да сарађује са друштвом.[105] Друго, ако друштво, након свих добијених информација, одбије пословну прилику, онда се сматра да лице са дужностима може самостално да је искористи.

9. Закључак

Дужност некоришћења корпоративних прилика у српском праву постоји више од две деценије. У том не тако кратком периоду није било случајева у пракси да су директори и друга лица са дужностима тужени због тога што су искористили неку корпоративну прилику у личну корист, уместо да ју је искористило привредно друштво. Како није било поступака, не чуди да се судска пракса није изјашњавала по многим спорним питањима везаним за ову дужност.

Законско дефинисање дужности некоришћења корпоративних прилика је веома сажето, јер се помиње само коришћење могућности за закључење послова који се укажу друштву. Целовито посматрано, и ова дужност, а шире посматрано и дужност избегавања сукоба интереса, формулисана је на начин сличан британском праву. Отуда би корпоративна и судска пракса могла да крене у правцу тумачења ове дужности на начин како то ради право Велике Британије. Међутим, у раду је истакнуто да је британска концепција застарела и прекомерно ригидна. Такође, треба имати у виду да се она не заснива само на неколико законских одредби, већ и на богатој вишедеценијској судској пракси. Како у Србији сличне судске праксе нема, већ постоје само релативно штуре законске одредбе, оправдано је размишљати у правцу релативизације и прихватања флексибилнијег приступа. Време ће

105 *Energy Resources Corp., Inc v. Porter*, 14 Mass. App. CL 296, 438 N.E.2d 391 (1982). Нав. према: P. K. Chew, 475.

показати у којој мери ће судска пракса бити спремна да учини ову дужност прилагодљивом потребама модерног пословања. Као дилема ће се поставити прихватање потпуно избалансираног приступа (амерички модел) или благо флексибилног приступа (канадски модел). Имајући у виду да амерички модел подразумева развијену судску праксу везану за примену ове дужности, коју ми у овом тренутку немамо, најупутније је ићи средњим путем. Он би у основи штитио интересе привредног друштва, али би у оправданим случајевима омогућавао и заштиту интереса директора и других лица са дужностима.

Као путоказ судској пракси би се могла навести дефиниција корпоративне прилике садржана у Принципима корпоративног управљања Америчког правног института. Према тој дефиницији, а која је прихваћена и у неким судским одлукама, корпоративна прилика се претпоставља у следећим случајевима: 1) директор разумно верује да је прилика понуђена привредном друштву; 2) директор разумно верује да је пословна прилика у интересу привредног друштва; или 3) пословна прилика је у блиској вези са предметом пословања друштва или постоји основано очекивање друштва да искористи ту пословну прилику и тиме прошири предмет свог пословања.[106]

106 Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 5th ed., West group, St. Paul, Minn. 2000, 480–481.

THE DUTY TO REFRAIN FROM EXPLOITING CORPORATE OPPORTUNITIES BELONGING TO THE COMPANY

Vuk Radović, PhD, LL.M. (University of Pittsburgh)*

Companies are presented with numerous business opportunities on a daily basis, of which they take advantage of only some. Declining to pursue certain opportunities is common and such decisions are protected by the business judgment rule. However, a problem arises when those business opportunities are exploited by a company director or another fiduciary, without informing the company or obtaining its consent. To prevent such situations, both comparative and domestic law impose a duty on fiduciaries not to exploit business opportunities that belong to the company.

The introductory sections of this paper define the concept of the duty not to exploit corporate opportunities, highlight two opposing approaches to its regulation (the American and the British), and identify the objectives of legal regulation in this area. The central part of the paper analyzes three key relationships: (1) the relationship between the company and the business opportunity, in order to determine when an opportunity should be considered as belonging to the company; (2) the relationship between the fiduciary and the business opportunity, as the manner in which the fiduciary becomes aware of the opportunity may significantly influence whether the duty arises; and (3) the relationship between the fiduciary and the company, to define the personal scope of application of this duty. The paper also examines typical exceptions to the duty not to exploit corporate opportunities, such as the company's rejection of the opportunity and its financial inability to pursue it. The aim of this paper is to provide the Serbian judicial and corporate practice with certain guidelines for properly understanding this duty, as well as to highlight numerous practical issues related to its application.

Key words: *duty of loyalty, duty to avoid conflicts of interest, business opportunity, corporate opportunity, director.*

* Professor at the University of Belgrade – Faculty of Law, *vuk@ius.bg.ac.rs*.

ЛИТЕРАТУРА

Arthur R. Pinto, Douglas M. Branson, *Understanding Corporate Law*, Matthew Bender 1999

Carsten Gerner-Beuerle, Michael Schillig, *Comparative Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2019

„Corporate Opportunity“, *Harvard Law Review* 74(4)/1961

David Clayton Carrad, „The Corporate Opportunity Doctrine in Delaware: A Guide to Corporate Planning and Anticipatory Defensive Measures“, *Delaware Journal of Corporate Law* 2(1)/1977

David J. Brown, „When Opportunity Knocks: An Analysis of the Brudney & (and) Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims“, *Journal of Corporation Law* 11(2)/1986

Eric G. Orlinsky, „Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: A Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability“, *Delaware Journal of Corporate Law* 24(2)/1999

Eric Talley, „Turning Servile Opportunities to Gold: A Strategic Analysis of the Corporate Opportunities Doctrine“, *Yale Law Journal* 108(2)/1998

Franklin A. Gevurtz, *Corporation law*, West Group, St. Paul, Minn, 2000

Gabriel Rauterberg, Eric Talley, „Contracting out of the Fiduciary Duty of Loyalty: An Empirical Analysis of Corporate Opportunity Waivers'“, *Columbia Law Review* 117(5)/2017

Genevieve Helleringer, Marco Corradi, Self-Dealing, Corporate Opportunities and the Duty of Loyalty – A US, UK and EU Comparative Perspective, European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 582/2021, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=3825745* (13.5.2025)

Jack B. Jacobs, „Introduction: Professor Richard Epstein“, *Delaware Journal of Corporate Law* 21(1)/1996

James C. Slaughter, „The Corporate Opportunity Doctrine“, *SMU Law Review* 18(1)/1964

Jennifer Ying, *Guth v. Loft: The Story of Pepsi-Cola and the Corporate Opportunity Doctrine*, доступно на: *https://ssrn.com/abstract=1414478* (12.5.2025)

Jodi L. Popofsky, „Corporate Opportunity and Corporate Competition: A Double-Barreled Theory of Fiduciary Liability“, *Hofstra Law Review* 10(4)/1982

Klaus J. Hopt, Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors – A Comparative Analysis, ECGI – Law Working Paper No. 208, *https://ssrn.com/abstract=2178152* (20.5.2025)

Lucian Arye Bebchuk, Assaf Hamdani, „Optimal Defaults for Corporate Law Evolution“, *Northwestern University Law Review* 96/2002

Martin Gelter, Genevieve Helleringer, „Opportunity Makes a Thief: Corporate Opportunities as Legal Transplant and Convergence in Corporate Law“, *Berkeley Business Law Journal* 15(1)/2018

Matthew R. Salzwedel, „A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute“, *Pace Law Review* 23(1)/2002

Pat K. Chew, „Competing Interests in the Corporate Opportunity Doctrine“, *North Carolina Law Review* 67(2)/1989

Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, 8th ed., Sweet & Maxwell, London 2008

Robert W. Hamilton, *The Law of Corporations in a Nutshell*, 5th ed., West group, St. Paul, Minn. 2000

Stephen M. Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, Foundation Press, New York 2002

Victor Brudney, Robert Charles Clark, „A New Look at Corporate Opportunities“, *Harvard Law Review* 94(5)/1981

William Lynch Schaller, „The Origin and Evolution of the Third Party Refusal to Deal Defense in Illinois Corporate Opportunity Cases“, *John Marshall Law Review* 46(4)/2013

William Lynch Schaller, „Corporate Opportunities and the Third Party Refusal to Deal Defense: Policy and Practice Lessons from Illinois“, *John Marshall Law Review* 47(1)/2013

Yifat Naftali Ben Zion, „Cleaning Up the Corporate Opportunity Doctrine Mess: A First Principles Approach“, *Washington Lee Law Review* 80/2023

Борко Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација, Крагујевац 2018

Јелена Д. Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса*, докторска дисертација, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2014

УДК 347.447.93:336.717.134(497.11); 347.441.144

ПРЕВАРНО ИЗАЗВАНЕ ОДОБРЕНЕ ПЛАТНЕ ТРАНСАКЦИЈЕ: РАСПОДЕЛА ГУБИТКА У ОДНОСУ ИЗМЕЂУ БАНКЕ И ПЛАТИОЦА

др Мирјана Радовић, LL.M. (Humboldt)*

У раду су анализиране правне последице одобрених платних трансакција које је платилац иницирао, односно са којима се сагласио под утицајем преваре коју је учинило треће лице изван његовог односа са банком. Циљ истраживања огледа се у утврђивању ко треба да сноси губитак услед извршене преварно изазване одобрене платне трансакције у односу између платиоца и банке. Први део рада је уводног карактера и садржи објашњење проблематике одобрених платних трансакција које су последица преваре. Централни део рада садржи анализу различитих правних основа за преваљивање губитка са платиоца на банку услед извршења спорне трансакције. У том погледу аутор истражује могућности и ефекте опозива платне трансакције, поништаја платног налога и ауторизације платне трансакције због мана воље платиоца, остварења права на накнаду штете против банке, као и новоуведеног права на повраћај новчаних средстава по основу члана 56 Закона о платним услугама. На основу детаљне анализе пружене у раду аутор закључује да платилац најчешће неће моћи да превали губитак због извршења преварно изазване одобрене платне трансакције на банку, па чак ни по новим правилима Закона о платним услугама.

Кључне речи: преварно изазвана одобрена платна трансакција, опозив платне трансакције, поништај платне трансакције, право на накнаду штете, право на повраћај новчаних средстава, Закон о платним услугама.

* Редовна професорка Правног факултета Универзитета у Београду, *mirjanam@ius.bg.ac.rs*.

1. Увод

Савремено право платних услуга почива на принципу да платна трансакција сме да се изврши на терет рачуна платиоца само ако се он са тиме сагласио.[1] У супротном, постоје посебна правила о заштити платиоца ако дође до задужења његовог рачуна по основу тзв. неодобрене платне трансакције, код које не постоји одговарајућа ауторизација (сагласност).[2] Међутим, у пракси се неретко дешавају ситуације у којима је платилац иницирао, односно сагласио се са извршењем платне трансакције, али накнадно схвати да је то учинио под утицајем преваре од стране трећег лица изван његовог односа са банком. Иако је тада платилац формално дао платни налог и ауторизацију плаћања, суштински он као жртва преваре није сагласан са преносом новчаних средстава примаоцу – преваранту. Отуда се описане преварно изазване платне трансакције налазе у својеврсној „сивој зони" између одобрених и неодобрених, будући формално одобрене, али суштински неодобрене од платиоца.[3]

1 Christian Scheibengruber, „Zur Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit der Verlagerung des Missbrauchsrisikos bei Zahlungsdiensten auf die Nutzer – Ein Beitrag zur Analyse der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie in das BGB und die AGB der Banken", *Zeitschrift für Bank– und Kapitalmarktrecht – BKR* 1/2010, 16; Мирјана Радовић, *Платни промет – Право банкарских платних услуга*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2016, 345–346.

2 Закон о платним услугама – ЗПУ, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014, 44/2018 и 64/2024, чл. 50–52; Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC, *Official Journal of the European Union* L 337, 23.12.2015, pp. 35–127 (даље у фуснотама: PSD2); Reinhard Steennot, „Allocation of liability in case of fraudulent use of an electronic payment instrument: The new Directive on payment services in the internal market", *Computer Law & Security Report*, Vol. 24, 2008, 556; Mareike Lohmann, Christian Koch, „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt – Wesentliche Inhalte, Bewertung und mögliche Auswirkungen auf den europäischen Zahlungsverkehrsmarkt", *Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts– und Bankrecht – WM* 2/2008, 59; упор.: Benjamin Geva, „The EU Payment Services Directive: An Outsider's View", *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Issue 1, 2009, 195; Philippe-Emmanuel Partsch, *Droit bancaire et financier Européen*, Éditions Larcier, Bruxelles 2009, 720; Zvonimir Slakoper, Marko Perkušić, „Odgovornost banke za provođenje elektronskog plaćanja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 37, br. 1, 2016, 487; М. Радовић (2016), 345 и даље.

3 Упор.: Neira Jones, *Understanding Payments*, Routledge, Oxon – New York 2024, 225. Вид. и: Бојан Терзић, „Одговорност банке платиоца у случају преваре са ауторизованим платним налогом", *Банкарство*, вол. 52, бр. 4, 2023, 105.

С обзиром на то да повраћај новчаних средстава од учиниоца преваре најчешће практично неће бити могућ, поставља се питање да ли и која права платилац може да оствари против банака које су учествовале у извршењу спорне платне трансакције. У том погледу, предстојећа анализа обухвата могућности које платиоцу стоје на располагању на основу важећег српског Закона о платним услугама и општег облигационог права, а које су донедавно обухватале једино: право на опозив платног налога, право на поништај платног налога и ауторизације плаћања због преваре и право на накнаду штете од банке. Последњим изменама Закона о платним услугама из 2024. године,[4] изложеном списку додато је и посебно право на повраћај новчаних средстава од банке примаоца плаћања. Циљ рада огледа се у испитивању могућности и ефеката остварења наведених права на питање расподеле губитка у односу између платиоца и банака које учествују у извршењу платне трансакције, како би се проценили ризици којима се банке у трансферу одобрења излажу, али и утврдиле границе њихових дужности у погледу заштите платиоца.

2. Постављање проблема

Преварно изазвана одобрена платна трансакција постоји када се платилац према својој банци (или другом пружаоцу платних услуга) сагласи са извршењем одређене платне трансакције на терет његовог рачуна, при чему је дата сагласност последица претходно учињене преваре платиоца, који иначе не би ауторизовао конкретну трансакцију да је знао за превару.[5] Овде је платилац жртва преваре коју чини треће лице изван његовог односа са банком. Притом се превара дешава пре давања платног налога и сагласности са извршењем платне трансакције. У питању је превара којом се изазива ауторизована платна трансакција у трансферу одобрења (енгл. *authorised push payment fraud*, *APP fraud*) у односу између банке и платиоца који су закључили уговор о платним услугама – оквирни или једнократни. Код описаног случаја ауторизовања платне трансакције платилац или од њега овлашћено лице заиста даје платни налог и саглашава се са задужењем свог рачуна у корист означеног рачуна примаоца плаћања. Отуда је овде из угла његовог односа са банком реч

4 Закон о изменама и допунама Закона о платним услугама (*Службени гласник РС*, бр. 64/24), чл. 32 у вези са чл. 56 Закона о платним услугама.

5 Упор.: N. Jones, 225; Christopher Chen, *The Evolution of Law against Payment Frauds*, Routledge, Oxon 2023, 142.

о тзв. одобреној платној трансакцији,[6] за коју би могућности опозива према општим правилима права платних услуга биле врло ограничене.[7] Међутим, платилац накнадно схвата да је био жртва преваре и да не би дао такав платни налог нити сагласност са његовим извршењем да је био свестан свих релевантних околности.

До преварно изазваних одобрених платних трансакција може да дође на више начина. С једне стране, могуће је да платилац добије мејл од преваранта који се представи као лице од поверења, односно поуздани пошиљалац (на пример, пословни партнер, директор, даљи рођак или пријатељ), у коме се од њега тражи да изврши хитно плаћање у складу са датим инструкцијама, по правилу на рачун у иностраној банци. Наведени облик преваре привредног субјекта познат је под називом „превара путем компромитовања пословног мејла“ (енгл. *business email compromise scam/fraud*, скр. *BEC scam/fraud*),[8] са додатним појавним облицима у виду преваре путем компромитовања мејл налога (енгл. *email account compromise fraud*)[9] и преваре путем преузимања идентитета директора (енгл. *executive impersonation fraud*).[10] С друге стране, слично томе, платилац може да постане жртва лажног представљања путем телефона (енгл. *phone number/caller ID spoofing*, *SMS/sender ID spoofing*), у ком случају добија телефонски позив или поруку од наизглед поузданог лица (на пример,

6 Hans-Peter Schwintowski, *Bankrecht*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2011, 187 – под одобреном платном трансакцијом подразумева се она са чијим се иницирањем, односно извршењем платилац сагласио.

7 N. Jones, 225–226. О могућности опозива више вид.: ЗПУ, чл. 38; PSD2, Art. 80; Cédric Alter, *Droit bancaire général*, Editions Larcier, Bruxelles 2010, 280; Stefan Werner у: Siegfried Kümpel, Arne Wittig (Hrsg.), *Bank– und Kapitalmarktrecht*, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2011, 911; H.-P. Schwintowski, 190 и 203; Dorothee Einsele, *Bank– und Kapitalmarktrecht: nationale und internationale Bankgeschäfte*, 2. Auflage, Tübingen 2010, 229; М. Радовић (2016), 278 и даље.

8 Erfan Koza, Asiye Öztürk, Michael Willer, *Social Engineering und Human Hacking – Strategien zur Prävention und Abwehr von Manipulationstechniken in der IT*, Springer, Berlin – Heidelberg 2024, 131; Lorna Walker, „Who Bears the Risk of Loss When Your Business Email Is Hacked? An Overview of Business Email Compromise Scams and the Potential Risks“, *Commercial Law World* 37(1)/2023, 35; Bradley Freedman, „Managing the risks of email compromise fraud“, Borden Ladner Gervais LLP, 2020, *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e5ec24d4-a720–43dc-a4be-26454518bb6d* (4.9.2025.); N. Jones, 225.

9 E. Koza, A. Öztürk, M. Willer, 131.

10 David Zweighaft, „Business email compromise and executive impersonation: Are financial institutions exposed?“, *Journal of Investment Compliance* 18(1)/2017, 1.

запосленог у банци) које од њега тражи да хитно изврши плаћање одређене суме на дати рачун. Овде се по правилу ради о масовним преварама великог броја корисника платних услуга, захваљујући чему учинилац преваре стиче значајно већу противправну имовинску корист у односу на оно што би могао постићи путем индивидуалне преваре.

У оба описана случаја, платилац погрешно верује да плаћање врши намераваном примаоцу, у кога има поверење, и тек накнадно сазнаје да је у питању превара и да рачун на који новчана средства треба да буду пренета у ствари није рачун намераваног примаоца, већ непознатог трећег лица (преваранта). Према томе, платилац погрешно верује да је намеравани прималац плаћања истовремено и стварни прималац плаћања, док заправо број рачуна означен у платном налогу у реалности припада другом лицу, а не означеном примаоцу. Тада у платном налогу постоји дискрепанца (раскорак) између означеног рачуна на који треба извршити плаћање и означеног примаоца плаћања. Из изложеног се закључује да код одобрене платне трансакције која је на овај начин преварно изазвана постоји заблуда платиоца у погледу идентитета примаоца плаћања.

Насупрот томе, могуће је да одобрена платна трансакција буде изазвана преваром која не доводи платиоца у заблуду о идентитету примаоца, већ у другу врсту заблуде без које не би иницирао конкретно плаћање. Примера ради, платилац ступи у романтичну везу са преварантом, поверује да му је преко потребна позајмица, и затим иницира плаћање на његов рачун, након чега се испостави да је читава веза била лаж (тзв. „романтична“ превара; енгл. *romance scam*) или платилац закључи уговор са преварантом по основу кога изврши плаћање унапред, али накнадно схвати да друга страна никада није ни планирала да изврши своју противчинидбу. У датим случајевима, постојање заблуде платиоца не може да се наслути из података садржаних у платном налогу, будући да платилац банци заиста налаже пренос одређеног новчаног износа на дати рачун означеног примаоца, при чему је означени прималац истовремено ималац рачуна на који треба пренети новчана средства.

Заједничка карактеристика свих описаних примера огледа се у томе да платилац даје платни налог и сагласност са извршењем (ауторизацију) платне трансакције у заблуди, као жртва преваре, при чему не би иницирао плаћање да је знао за право стање ствари. У таквој ситуацији платилац трпи губитак који би желео да превали на

другога.[11] Отуда се оправдано поставља питање да ли у датим околностима платилац има икакав захтев против банака које су учествовале у извршењу преварно изазване одобрене платне трансакције, како би од њих могао да оствари повраћај новчаних средстава са каматом. У том погледу се у даљем тексту истражују његове могућности да опозове или поништи платни налог, односно ауторизацију платне трансакције, односно право да по другом основу захтева повраћај средстава која су извршењем преварно изазваног налога пренета на рачун стварног примаоца плаћања – преваранта, као и његово евентуално право на накнаду штете од банке.

3. Право на опозив преварно изазваног платног налога

Опозив платног налога постоји када платилац повуче сагласност са његовим извршењем (ауторизацију платне трансакције). Управо је то оно што платилац као жртва преваре жели да учини. Међутим, према општим правилима права платних услуга, платилац у трансферу одобрења може да опозове платни налог најкасније до момента када тај налог почне да производи правна дејства.[12] Пошто платни налог по правилу почиње да производи правна дејства од тренутка када га банка платиоца прими, из тога произлази да би изјава платиоца о опозиву платног налога морала да буде достављена банци пре или истовремено са платним налогом.[13] Изузетно, неопозивост платног налога наступа раније у случају коришћења услуге иницирања плаћања, тако да би изјава платиоца о опозиву морала да буде достављена банци најкасније до тренутка давања сагласности пружаоцу услуге иницирања плаћања.[14]

11 Анализа расподеле таквог губитка у пословном односу између платиоца и намераваног примаоца плаћања, из кога проистиче новчана обавеза платиоца, пружена је у оквиру посебног рада. Вид. Мирјана Радовић, „Расподела губитка због преваре компромитовањем пословног мејла у односу између повериоца и дужника новчане обавезе“, *Страни правни живот* 3/2025. Детаљна анализа у том раду довела је до закључка да ће губитак због преваре путем компромитовања пословног мејла по правилу сносити дужник (платилац) као жртва преваре, а не намеравани прималац плаћања. То значи да дужник (платилац) у основном послу није испунио новчану обавезу према повериоцу (намераваном примаоцу плаћања) и нема право да од повериоца захтева накнаду штете по основу изазивања поверења у правни привид.

12 ЗПУ, чл. 38 ст. 1; PSD2, Art. 80(1); C. Alter, 280; S. Werner, 911; H.-P. Schwintowski, 190 и 203; D. Einsele, 229.

13 Више вид.: М. Радовић (2016), 278.

14 ЗПУ, чл. 38 ст. 2.

Из изложених правила се закључује да је простор за опозив платног налога толико сужен да практично онемогућава примену овог института у редовним околностима, нарочито имајући у виду да се налози и сагласности платиоца све чешће дају електронским путем (на пример, преко апликације мобилног банкарства или интернет платформе за онлајн банкарство) и извршавају одмах у оквиру система за инстант плаћања (енгл. *Instant Payments Serbia*, *IPS* систем).[15] С обзиром на то да у описаним ситуацијама банка извршава платни налог одмах након његовог пријема, не постоји реална могућност његовог опозива.

Домаће платне трансакције у динарима које нису обухваћене системом за инстант плаћања, јер превазилазе износ од 300.000 динара, извршавају се истог пословног дана када је банка платиоца примила платни налог, а ако је налог примљен после радног времена, онда наредног пословног дана.[16] Поред тога, банка и платилац могу унапред да уговоре да ће платни налог почети да производи правна дејства на одређени дан, након истека одређеног периода или када платилац пружи покриће за његово извршење.[17] У описаним случајевима дан пријема платног налога у банци разликује се у односу на дан када банка треба да започне његово извршење. Стога, овде платни налог почиње да производи правна дејства не од момента пријема код банке, него тек када почне пословни дан одређен за почетак његовог извршавања. Захваљујући томе, платилац може да опозове платни налог у периоду од његовог упућивања банци до момента када тај налог почне да производи правна дејства, што значи најкасније до почетка пословног дана у коме банка треба да започне његово извршење.[18] Међутим, да би платилац у наведеним случајевима опозивом платног налога могао да спречи наступање губитка услед преваре, неопходно је да за превару сазна довољно времена пре пословног дана одређеног за извршење платног налога, како би стигао да благовремено изјави опозив и достави га банци. Имајући у виду да је и овде период између давања платног налога и момента наступања његових правних дејстава углавном кратак (пола

15 У систему за инстант плаћања Народне банке Србије извршавају се налози по основу инстант плаћања у појединачном износу до 300.000 динара. Вид.: Народна банка Србије, „Систем за инстант плаћања – *IPS NBS* систем“, *https://nbs.rs/sr/ciljevi-i-funkcije/platni-sistem/nbs-operator/ips-nbs/* (4.9.2025). Упор.: N. Jones, 225.

16 ЗПУ, чл. 42 ст. 1; М. Радовић (2016), 305.

17 C. Alter, 279; S. Werner, 877 и 912; H.-P. Schwintowski, 201 и 203–204; М. Радовић (2016), 270–271 и 279.

18 ЗПУ, чл. 38.

дана, један или пар нерадних дана) и да у том временском распону платилац често није свестан да је био жртва преваре, изложена правила о опозивању платног налога не омогућавају адекватну и потпуну заштиту платиоца. Отуда, по протеку прописаних рокова за опозив платног налога платиоцу једино остаје могућност опозива у договору са банкама које учествују у извршењу платне трансакције, при чему банке немају обавезу да се са тим сагласе.

4. Право на поништај преварно изазваног платног налога и ауторизације платне трансакције

У случају да платилац не успе да опозове платни налог, поставља се питање да ли би могао да захтева поништај платног налога и ауторизације платне трансакције, које је дао под утицајем преваре. Како су и платни налог и ауторизација платне трансакције платиочеве једностране изјаве на које се примењују правила о изјавама воље,[19] то подразумева и примену правила о манама воље. Из наведеног произлази да би платилац према општим правилима облигационог права могао да се позива на мане воље приликом давања платног налога, односно ауторизације плаћања, на основу којих би захтевао поништај тих изјава.[20] Притом, ако је платилац у заблуди или под утицајем преваре дао платни налог и сагласио се са извршењем платне трансакције на терет свог платног рачуна, евентуални поништај тих изјава имао би дејство *ex tunc*, што значи да би се оне третирале као да отпочетка (*ab initio*) нису постојале.[21] Тиме би се преварно изазвана платна трансакција од испрва одобрене

19 Oliver Keßler, „BGB § 675j Zustimmung und Widerruf der Zustimmung“, *Ebenroth/Boujong, Handelsgesetzbuch – Band 2* (Hrsg. Detlev Joost, Lutz Strohn, Dörte Poelzig, Volker Sander), 5. Auflage, C. H. Beck/Verlag Vahlen, München 2024, Rn. 3; Dirk Schmalenbach, „BGB § 675j Zustimmung und Widerruf der Zustimmung“, *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck), 73. Edition, C. H. Beck, München 2025, Rn. 2; S. Werner, 895; H.-P. Schwintowski, 187; Benjamin Sorg, *Die zivilrechtliche Haftung im bargeldlosen Zahlungsverkehr*, Duncker & Humblot, Berlin 2015, 150; упор.: Barbara Mayen у: Herbert Schimansky, Hermann-Josef Bunte, Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch – Band I*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011, 1192. Вид. и: М. Радовић (2016), 256 и 259.

20 Упор.: Helmut Koziol, Bernhard Koch у: Peter Apathy, Gert Iro, Helmut Koziol (Hrsg.), *Österreichisches Bankvertragsrecht – Band III: Zahlungsverkehr*, 2. Auflage, Springer-Verlag, Wien 2008, 36.

21 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 113.

„претворила“ у неодобрену, будући да је код ње поништајем отпала сагласност (ауторизација) платиоца.

Међутим, поставља се питање да ли би изложени резултат био у складу са важећим правом платних услуга. Наиме, Закон о платним услугама под утицајем Директиве ЕУ о платним услугама једино познаје опозив платног налога као механизам својеврсног одустајања платиоца од одобрене платне трансакције.[22] Отуда, постоји схватање да у комунитарном праву платних услуга нема места примени ниједног другог механизма којим би одобрена платна трансакција могла да се претвори у неодобрену.[23] Насупрот томе, поједини аутори истичу да Директива једино уређује опозив платног налога, али не и ситуације у којима су платни налог и ауторизација дати под утицајем мана воље.[24] Реч је о правној празнини у комунитарном праву, која може и треба да се попуни одговарајућим правилима националног права. Чини се да другонаведеном схватању треба дати предност. Нигде у Директиви не помиње се нити искључује могућност поништаја платног налога и ауторизације због мана воље.[25] Будући да је Закон о платним услугама писан у циљу имплементације комунитарних правила у српско право, исти аргументи важе и за његова правила. Из изложеног се закључује да питање поништаја платног налога и ауторизације плаћања због мана воље није обухваћено специфичним правилима права платних услуга, па се на њега примењују општа правила облигационог права из Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО).

---

22 ЗПУ, чл. 38; PSD2, Art. 80.

23 Carsten Jungmann, „BGB § 675p Unwiderruflichkeit eines Zahlungsauftrags“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 6* (Hrsg. Martin Henssler), 9. Auflage, C. H. Beck, München 2023, Rn. 11.

24 У немачкој правној теорији поједини аутори сматрају да на платни налог и ауторизацију плаћања нису применљива правила о заблуди, јер је то питање специфично уређено прописима о платним услуга, док остају применљива правила о превари и претњи. Вид.: Carsten Jungmann, „BGB § 675j Zustimmung und Widerruf der Zustimmung“, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 6* (Hrsg. Martin Henssler), 9. Auflage, C. H. Beck, München 2023, Rn. 21; O. Keßler, Rn. 3. Супротно вид.: D. Schmalenbach, „BGB § 675j Zustimmung und Widerruf der Zustimmung“, Rn. 2b; Dirk Schmalenbach, „BGB § 675p Unwiderruflichkeit eines Zahlungsauftrags“, *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck), 73. Edition, C. H. Beck, München 2025, Rn. 3a.

25 D. Schmalenbach, „BGB § 675p Unwiderruflichkeit eines Zahlungsauftrags“, Rn. 3a. Такво схватање прихвата и немачка судска пракса. Вид.: OLG Bremen, „Anfechtbarkeit einer Zahlungsautorisierung bei Spoofing“, *Zeitschrift für Bank– und Kapitalmarktrecht – BKR* 3/2025, 136.

С обзиром на то да је код преваре платилац доведен у заблуду због које иницира и ауторизује плаћање, у даљем тексту ће прво бити испитана могућност заштите његових интереса позивањем на заблуду, будући да је њу лакше доказати у односу на превару, да би се након тога истражиле последице доказане преваре.

4.1. Поништај због заблуде

Према сходној примени члана 61 став 1 ЗОО на једностране изјаве воље (у складу са чланом 25 став 3 ЗОО) битна заблуда постоји ако се односи на битна својства предмета, на лице у односу на које се предузима посао ако се предузима с обзиром на то лице, као и на околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе предузела посао такве садржине. Дакле, потребно је утврдити да платилац не би дао платни налог, односно сагласност са извршењем платне трансакције на терет свог рачуна, да је знао све одлучне околности у конкретном случају. Овде треба разликовати две ситуације: 1) када је у платном налогу као прималац плаћања означено лице које није стварни прималац плаћања, односно ималац рачуна на који треба пренети средства и 2) када је у платном налогу наведен прималац плаћања који је заиста ималац рачуна на који треба пренети средства.

1) У првом случају постоји заблуда платиоца да је намеравани прималац плаћања уједно и стварни прималац плаћања. Према томе, платилац је свестан да даје платни налог и да се саглашава са задужењем свог рачуна у корист означеног рачуна за наведени износ новца, али погрешно верује да је прималац плаћања одређено познато лице, док је у ствари у питању друго лице – преварант. У вези са наведеним отвара се дилема да ли је платилац тада у битној заблуди или је реч о заблуди о побуди (мотиву) за давање платног налога и ауторизације плаћања.[26] С обзиром на то да је према Закону о платним услугама број платног рачуна на који треба пренети новчана средства одлучна околност, будући да банка има обавезу извршења платног налога у складу са јединственом идентификационом ознаком примаоца,[27]

26 ЗОО, чл. 61 и 62.

27 М. Радовић (2016), 300: „Најчешћи пример јединствене идентификационе ознаке је број текућег рачуна, а у међународном платном промету – међународни број банкарског рачуна (енгл. *International Bank Account Number*, скр. *IBAN*) и шифра за идентификацију банке (енгл. *Bank Identifier Code*, скр. *BIC*).“ Вид. и: Stefan Grundmann, „Das neue Recht des Zahlungsverkehrs – Teil I – Grundsatzüberlegungen und Überweisungsrecht“, *Wertpapier-Mitteilungen*

треба сматрати да у таквој ситуацији постоји битна заблуда платиоца. Битна заблуда огледа се у томе да платилац погрешно верује да јединствена идентификациона ознака примаоца (рачун примаоца) одговара намераваном примаоцу плаћања, док она у ствари доводи до преноса средстава другом лицу – стварном примаоцу плаћања.

Описани случај битне заблуде платиоца изричито је специфично уређен правилима Закона о платним услугама. Наиме, сматра се да је банка, која изврши платни налог у складу са јединственом идентификационом ознаком примаоца плаћања, односно бројем рачуна примаоца који је наведен у налогу, уредно извршила тај налог и када је наведени број рачуна нетачан, јер не припада намераваном примаоцу плаћања.[28] Притом се од банке чак ни у домаћем платном промету не захтева да пре извршења провери да ли у платном налогу постоји раскорак између јединствене идентификационе ознаке примаоца и назначеног примаоца плаћања.[29] Изузетак у том погледу постоји једино ако је са платиоцем уговорено пружање додатне услуге потврде примаоца плаћања (*confirmation of payee*).[30] У случају

Zeitschrift für Wirtschafts– und Bankrecht – WM 24/2009, 1114; H.-P. Schwintowski, 208; Martin Wolters, „Geld weg bei falscher Kontonummer?“, *Verbraucher und Recht – VuR* 1/2009, 19; Gerd Nobbe, „Neuregelungen im Zahlungsverkehrsrecht – Ein kritischer Überblick“, *Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts– und Bankrecht – WM* 21/2011, 963; Christian Scheibengruber, Matthias Breidenstein, „SEPA – Eine Zumutung für Verbraucher? – Ein Beitrag zur Analyse der Veränderung der Verteilung des Rückerlangungsrisikos bei fehlgeleiteten Überwesungen durch die Zahlungsdiensterichtlinie“, *Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts– und Bankrecht – WM* 30/2009, 1398; Емилиа Мишћенић, „Платне услуге у Европској унији“, *Услужно право* (ур. Миодраг Мићовић), Универзитет у Крагујевцу, Правни факултет, Крагујевац 2013, 322–323.

28 D. Einsele, 230. Према важећим правилима, банка има право да се приликом извршења платног налога искључиво руководи јединственом идентификационом ознаком примаоца плаћања. Вид. M. Wolters, 19; D. Einsele, 230; H.-P. Schwintowski, 207; G. Nobbe, 963.

29 G. Nobbe, 964; M. Wolters, 19; H.-P. Schwintowski, 207. Иначе, банке у домаћем платном промету имају могућност да провере да ли одређени рачун припада одређеном примаоцу, док у међународном платном промету тренутно за то не постоје механизми. Вид.: Народна банка Србије, „Код пријема инструкција за плаћање имејл није увек довољан“, 14.12.2021. године, *https://www.nbs.rs/sr_RS/scripts/showcontent/index.html?id=17625* (4.9.2025): „банка код тих међународних плаћања нема механизме, нити је дужна да провери да ли број рачуна из платног налога припада примаоцу који је наведен у том налогу“.

30 N. Jones, 226.

да банка пре извршења налога примети или од платиоца сазна за некохерентност платног налога, дужна је да се уздржи од извршења.[31] Насупрот томе, ако банка не уочи платиочеву грешку, односно битну заблуду, она према изричитим правилима Закона о платним услугама не може да буде одговорна платиоцу због преноса средстава погрешном примаоцу у складу са јединственом идентификационом ознаком – бројем рачуна примаоца наведеним у налогу.[32] Закључује се да у таквој ситуацији платилац не може да превали губитак због заблуде о идентитету примаоца плаћања на банку. Платилац овде једино има право да захтева од своје банке да одмах предузме све разумне мере како би му био враћен износ платне трансакције, као и да му пружи све разумне информације како би дошло до повраћаја средстава.[33]

2) У другом случају заблуда платиоца није везана за податке садржане у платном налогу, јер он ту наводи исправан број рачуна примаоца и назначује примаоца који је заиста ималац датог рачуна. За разлику од претходног случаја, овде се заблуда тиче разлога због којих платилац иницира и саглашава се са одређеном платном трансакцијом (на пример, плаћање као противчинидба за услугу коју му је преварант лажно обећао, позајмица или поклон љубавнику који је у ствари преварант). Реч је о његовој заблуди о мотиву или побуди за давање платног налога и ауторизације плаћања. Према члану 62 ЗОО заблуда о одлучној побуди је битна само код послова без накнаде. Отуда би требало утврдити да ли платилац за извршење конкретне платне трансакције банци дугује накнаду (провизију). Када преварно изазвана платна трансакција подразумева пренос средстава на рачун у иностранству, што је најчешћи случај,[34] платилац ће за њено извршење морати да плати накнаду банци, па самим тим неће моћи да се позива на заблуду о побуди као битну заблуду која његове изјаве чини рушљивим.

Међутим, чак и када се преварно изазвана платна трансакција извршава без накнаде, примена општих правила о поништају правног посла због битне заблуде о побуди не омогућава платиоцу да превали губитак на банку. Наиме, у складу са чланом 61 став 2 ЗОО платилац може да тражи поништај платног налога и ауторизације

31 ЗПУ, чл. 55 ст. 5; H.-P. Schwintowski, 207.

32 ЗПУ, чл. 55 ст. 2; тако и: PSD2, Art. 88(2).

33 ЗПУ, чл. 55 ст. 3; више вид.: М. Радовић (2016), 302.

34 Б. Терзић, 106.

плаћања због битне заблуде само ако је приликом предузимања тих послова, односно давања релевантних изјава поступао са пажњом која се у промету захтева. То значи да он неће имати право да захтева поништај ако не успе да докаже да је приликом давања платног налога и ауторизације поступао са пажњом доброг домаћина, односно привредника. Осим тога, све и да изјаве платиоца буду поништене, банка би имала право да од њега захтева накнаду штете која јој је тиме проузрокована, под условом да је била савесна.[35] Притом ће у овим случајевима банка најчешће бити савесна, јер у тренутку када су платни налог и ауторизација плаћања почели да производе дејства није знала нити морала знати да је платилац те изјаве дао из преварно изазваних побуда (мотива).[36] Имајући у виду да би због поништаја платног налога и ауторизације преварно изазвана платна трансакција постала неодобрена, штета коју банка због тога трпи огледала би се у обавези повраћаја рачуна платиоца у пређашње стање са каматом без могућности да се тај износ новчаних средстава у целости накнади од примаоца плаћања. Из тога се закључује да би крајњи ефекат изложених правила, преко права банке на накнаду штете, довео до поновног преваљивања губитка због преварно изазване платне трансакције на платиоца. Следствено томе, ослањање на институт поништаја платног налога и ауторизације плаћања због заблуде о мотиву, не пружа никакве практичне користи за платиоца.

4.2. Поништај због преваре

Код преварно изазване одобрене платне трансакције превару углавном чини треће лице изван и независно од правног односа између банке и платиоца. Изузетно, могуће је да превару учини треће лице у име банке, представљајући се као запослени у банци, који од клијента (платиоца) са мање или више уверљивим образложењем тражи да пренесе одређени износ новчаних средстава на наведени рачун. Под претпоставком да се преварне изјаве запосленог не могу приписати банци, наведени облик преваре такође се третира као превара од стране трећег лица. У оба случаја, платилац као жртва преваре издаје платни налог и саглашава се са задужењем свог рачуна

35 ЗОО, чл. 61 ст. 3.

36 О разлозима за утврђивање несавесности банке више вид.: Б. Терзић, 109–110. Значајни показатељи за банку да је реч о превари јесу: различито седиште примаоца и седиште банке примаоца, промена рачуна примаоца у односу на рачун на који је клијент раније вршио плаћања, неуобичајено висок износ платне трансакције, итд.

у корист наведеног рачуна примаоца плаћања. Међутим, пошто су његове изјаве дате под утицајем преваре, те стога манљиве, поставља се питање да ли се оне могу поништити према важећим правилима облигационог права.

Сагласно члану 65 став 1 ЗОО у случају преваре релевантна је свака заблуда која је довела до предузимања посла, што значи не само битна заблуда (на пример, заблуда о идентитету примаоца плаћања), него и свака заблуда о побуди (мотиву). Ипак, платилац нема безусловно право да захтева поништај платног налога и ауторизације плаћања због заблуде коју је код њега преваром изазвало треће лице, а не банка. У том погледу се у општем облигационом праву прави разлика између теретног и бестеретног посла. С једне стране, ако је за извршење платне трансакције платилац морао да плати накнаду (провизију) банци, превара трећег лица може да буде основ за поништај само ако је банка знала или морала знати за превару у тренутку када су платни налог и ауторизација почели да производе правна дејства.[37] Другим речима, када се ради о теретном извршењу платног налога, платилац нема право да од савесне банке захтева поништај платног налога и ауторизације плаћања.

С друге стране, ако је платна трансакција извршена без накнаде (бестеретно), поништај због преваре коју је учинило треће лице је могућ према општим правилима облигационог права, без обзира на савесност банке.[38] Поставља се питање да ли је домашај изложеног решења ограничен посебним правилима Закона о платним услугама, којим се искључује одговорност банке за неизвршење и неправилно извршење платне трансакције, увек када је поступила у складу са јединственом идентификационом ознаком примаоца плаћања. Важно је истаћи да је тим посебним правилима уређено питање одговорности за неизвршење и неправилно извршење платне трансакције у случају неусклађености података у платном налогу, али не и питање пуноважности, односно рушљивости платног налога и ауторизације плаћања због преваре. Отуда, треба сматрати да Законом о платним услугама нису дерогирана општа правила ЗОО о последицама преваре приликом давања платног налога и ауторизације плаћања, захваљујући чему би платилац могао да захтева поништај тих изјава због преваре од стране трећег лица код бестеретног извршења платне трансакције.

37 ЗОО, чл. 65 ст. 3. О индикаторима да је реч о превари, о којима банка платиоца мора да води рачуна више вид.: Б. Терзић, 109–110.

38 ЗОО, чл. 65 ст. 4.

Након успешног поништаја платног налога и ауторизације плаћања платилац би стекао право да од банке захтева повраћај рачуна у пређашње стање са каматом у складу са правилима о неоснованом обогаћењу.[39] Међутим, проблем је у томе што неосновано обогаћење банке платиоца престаје од момента када она пренесе износ платне трансакције банци примаоца плаћања, односно кореспондентској (сарадничкој) банци. Од тог тренутка банка платиоца више не може да врати платиоцу наведени износ, јер он више није у њеној имовини, нити да му пренесе вредност постигнутих користи, јер их у поступку бестеретног извршења платне трансакције није имала.[40] Једино што би банка платиоца у таквој ситуацији могла да учини јесте да уступи кориснику своје право на повраћај новчаних средстава од наредне банке у низу до примаоца плаћања (на пример, банке примаоца), под условом да се новчана средства још увек налазе у имовини те банке. У супротном, у тренутку када банка примаоца стави новац на располагање примаоцу, тиме престаје њено обогаћење, а следствено томе и обавеза повраћаја новчаних средстава.

Већ је објашњено да се преварно изазване платне трансакције најчешће усмеравају ка рачуну у иностранству, те се у том смислу по правилу врше уз накнаду. Притом, имајући у виду да банка по правилу не зна нити мора знати да је платна трансакција иницирана под утицајем преваре, платилац тада по овом основу најчешће неће моћи да превали свој губитак на банку. Насупрот томе, код платних трансакција које се извршавају без накнаде постоји могућност поништаја без обзира на савесност банке. Ипак, претходна анализа је показала да би поништај платног налога и ауторизације плаћања у том случају произвео жељени ефекат за платиоца само ако је његова банка у тренутку истицања захтева „обогаћена“, што значи да се износ задужења његовог рачуна још увек налази у њеној имовини и није прешао у имовину наредне банке у низу до примаоца плаћања. Исто важи за банку примаоца плаћања, од које би могао да се захтева повраћај средстава само ако износ платне трансакције још увек није стављен на располагање примаоцу. Из свега изложеног се закључује да је институт поништаја платног налога и ауторизације плаћања због преваре од стране трећег лица ограничен по домашају и користи за платиоца.

39 ЗОО, чл. 214.

40 Упор. ЗОО, чл. 210 ст. 1.

5. Право на накнаду штете од банке

У случају да платилац не успе да оствари повраћај новчаних средстава због преварно изазване платне трансакције, поставља се питање да ли би могао да превали губитак на банку путем захтева за накнаду штете. Пошто у извршењу платне трансакције, поред банке платиоца, учествује и банка примаоца, а евентуално и кореспондентска (сарадничка) банка, постојање одштетног захтева требало би испитати у односу на сваку од наведених банака.

С једне стране, банка платиоца је у уговорном односу са платиоцем као корисником платних услуга, те у том смислу одговара за уредан и благовремен пренос средстава до банке примаоца. Међутим, према посебним правилима Закона о платним услугама она не може бити одговорна платиоцу за штету због преноса средстава у складу са јединственом идентификационом ознаком (бројем рачуна) примаоца плаћања, без обзира на то да ли је могла да зна да је ималац датог рачуна лице различито од намераваног примаоца који је наведен у платном налогу.[41] Отуда, од ње платилац нема право да захтева накнаду штете по том основу. Изузетно, одговорност банке за штету проузроковану платиоцу постојала би ако је она знала или морала знати да намеравани прималац плаћања не одговара стварном примаоцу или да је реч о превари, али је пропустила да о томе обавести платиоца и да се уздржи од извршења платног налога.[42]

С друге стране, кореспондентска банка учествује у извршењу платне трансакције по налогу банке платиоца. Пошто банка платиоца одговара платиоцу за неправилно извршење платне трансакције до банке примаоца плаћања, то обухвата и њену одговорност за неправилно извршење до кога је дошло услед пропуста кореспондентске банке.[43] Отуда, платилац нема непосредан захтев за накнаду штете против кореспондентске банке, већ своје право у том погледу остварује према банци платиоца која одговара за рад кореспондентске

41 ЗПУ, чл. 55.

42 Тако, на пример, одговорност банке платиоца неће постојати ако је упозорила клијента (платиоца) пре извршења платног налога чим је уочила разлику између земље адресе примаоца плаћања и земље банке примаоца и посумњала да је реч о преварно изазваној трансакцији. Вид. Пресуда Привредног суда у Београду, 31. П 5050/2023 од 23.10.2024. године. Вид. и: Б. Терзић, 109–113.

43 Упор.: E. P. Ellinger, Eva Lomnicka, Richard Hooley, *Modern Banking Law*, 3. Edition, Oxford University Press, Oxford 2002, 500; S. Werner, 899; D. Einsele, 244–245; S. Grundmann, 1116; М. Радовић (2016), 326–327.

банке. Насупрот томе, у међународним плаћањима домаћа банка платиоца је принуђена околностима да повери извршење налога иностраној кореспондентској банци, због чега у складу са чланом 753 став 3 ЗОО одговара само за избор те банке и за упутства која јој је дала.[44] С обзиром на правило да банка платиоца не може бити одговорна платиоцу за штету до које је дошло због извршења налога у складу са јединственом идентификационом ознаком примаоца, ни кореспондентска банка као помоћник или заменик у испуњењу обавезе банке платиоца не одговара за штету због преноса новчаних средстава сагласно јединственој идентификационој ознаци (броју рачуна) примаоца, иако је ималац тог рачуна лице различито од намераваног примаоца или је реч о превари. Из свега изложеног произлази да платилац у сваком случају нема право на накнаду штете због извршења преварно изазване одобрене платне трансакције од кореспондентске банке, а то право нема ни од банке платиоца, под условом да је платни налог извршен у складу са јединственом идентификационом ознаком примаоца плаћања и да је испуњен захтев савесности.

Коначно, банка примаоца учествује у извршењу платне трансакције на основу уговора са својим клијентом – примаоцем плаћања. Отуда је она одговорна примаоцу за уредно извршење трансфера одобрења од момента када прими новчана средства од банке платиоца или кореспондентске банке. Неспорно је да уговорна одговорност банке примаоца за штету проузроковану неизвршењем, закашњењем или неправилним извршењем платне трансакције постоји искључиво према примаоцу плаћања као сауговарачу из уговора о платним услугама. Међутим, поставља се питање да ли би могла да постоји деликтна одговорност банке примаоца према платиоцу за штету коју му проузрокује у поступку извршења платне трансакције. Иначе се у правној теорији као главни аргумент против такве деликтне одговорности истиче да је банка примаоца лице на страни примаоца плаћања, које му помаже да наплати своје потраживање према платиоцу из основног посла.[45] Из тог разлога, сви пропусти банке примаоца у вези са извршењем трансфера одобрења, од момента пријема новчаних средстава до момента њиховог стављања на располагање примаоцу, приписују се примаоцу као повериоцу из основног посла, јер спадају у његову сферу утицаја.[46]

44 Вид.: Пресуда Привредног суда у Београду, 31. П 5050/2023 од 23.10.2024. године.

45 Michael Brindle, Raymond Cox (eds.), *Law of Bank Payments*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London 2004, 129, 130 и 136.

46 М. Радовић (2016), 328.

Ипак, чини се да у ситуацији извршења преварно изазване одобрене платне трансакције изложени аргументи не важе, с обзиром на то да између платиоца и стварног примаоца плаћања не постоји новчано потраживање из основног посла које се испуњава жиралним новцем путем трансфера одобрења. Према томе, банку примаоца овде није могуће посматрати као налогопримца који свом кориснику помаже у наплати потраживања из основног посла. Из изложеног произлази да би у случају преварно изазваних одобрених платних трансакција у којима је стварни прималац плаћања преварант, а платилац жртва преваре, требало прихватити деликтну одговорност банке примаоца према платиоцу за штету коју му она скривљено проузрокује извршењем платне трансакције. Према општим правилима деликтне одговорности, кривица банке примаоца се претпоставља, што значи да би она могла да се ослободи одговорности доказом своје некривице.[47]

С тим у вези поставља се питање у чему би могла да се огледа кривица банке примаоца, имајући у виду да према српском праву платних услуга не постоји њена обавеза да провери да ли стварни прималац плаћања одговара намераваном примаоцу који је наведен у платном налогу, нити да проверава да ли постоји преварни разлог или основ конкретне платне трансакције. Чини се да у том погледу треба сматрати да је банка примаоца неспорно крива за проузроковање штете платиоцу ако је знала или морала знати да је платна трансакција последица преваре, али је упркос томе ставила новчана средства на располагање примаоцу – превараранту.[48] То, другим речима, значи да је банка примаоца проузроковала штету платиоцу: а) намерно, ако је знала да је трансакција изазвана преваром, или б) непажњом, ако је морала знати, односно није знала, јер није поступала са пажњом доброг стручњака у банкарској делатности, а знала би да је уложила дужну пажњу.

47 ЗОО, чл. 154 ст. 1.

48 Слично томе, у судској пракси САД сматра се да је банка примаоца плаћања поступила противправно ако је одобрила средства рачуну примаоца иако је знала да постоји несклад између имена и броја рачуна примаоца наведених у платном налогу. Вид.: Studco Building Systems US, LLC v. 1st Advantage Federal Credit Union, No. 23–1148 (4th Cir. 2025), *https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/23–1148/23–1148–2025–03–26.html* (4.9.2025).

6. Новоуведено право на повраћај новчаних средстава по основу члана 56 Закона о платним услугама

Последњим изменама Закона о платним услугама из 2024. године у члану 56 уведена су нова правила о тзв. платним трансакцијама које су последица преваре или злоупотребе. Иако законодавац није дефинисао када се сматра да је платна трансакција последица преваре или злоупотребе, неспорно је да та правила обухватају случајеве преварно изазваних одобрених платних трансакција у значењу које се том појму придаје у овом раду. Суштина новоуведених правила огледа се у прецизирању обавеза банке примаоца, како би се платиоцу омогућио повраћај новчаних средстава која су предмет конкретног трансфера одобрења, односно како би се олакшало утврђивање њене одговорности за штету коју проузрокује платиоцу кршењем тих обавеза.

Обавезе банке примаоца према члану 56 Закона о платним услугама постоје само ако је банка платиоца од ње захтевала повраћај новчаних средстава уз подношење одговарајућих доказа да је вероватно реч о преварно изазваној платној трансакцији. Интересантно је напоменути да законом није прописана обавеза банке платиоца да банци примаоца упути такво обавештење на захтев платиоца или самоиницијативно, али би требало сматрати да таква обавеза постоји на основу правила о налогу, с обзиром на то да је банка платиоца платиочев налогопримац и дужна је да поступа у његовом интересу.

Процену да ли је вероватно да се ради о преварно изазваној одобреној платној трансакцији врши сама банка примаоца на основу поднетих доказа. Ако утврди да је вероватно у питању платна трансакција која је последица преваре, банка примаоца има обавезу да се током наредна три пословна дана уздржи од стављања новчаних средстава на располагање примаоцу (потенцијалном преваранту), односно да спречи располагање новачним средствима која су поводом те трансакције одобрена рачуну примаоца. Предуслов за постојање наведене обавезе банке примаоца је да су новчана средства још увек у имовини банке примаоца или барем на рачуну примаоца код те банке. У супротном, ако је прималац већ располагао новчаним средствима која су одобрена његовом рачуну, банка примаоца нема обавезе у вези са њиховим повраћајем.

У случају да у току поменута три пословна дана банка примаоца добије од банке платиоца додатне доказе и пријаву надлежном државном органу, на основу којих утврди да се ван сваке разумне

сумње ради о превари, прималац има могућност да у року од наредних 15 пословних дана докаже, односно учини вероватним порекло новчаних средстава. Нажалост, законом није прецизирано шта се све сматра довољним доказом вероватности порекла новчаних средстава, тако да и правилност ове процене пада на терет банке примаоца. Притом, чак и ако прималац докаже, односно учини вероватним порекло новчаних средстава, банка примаоца сме да му омогући располагање тим средствима тек по истеку рока од 33 пословна дана од дана пријема захтева за повраћај новчаних средстава, под условом да јој надлежни државни орган до истека тог рока није доставио акт о забрани располагања спорним средствима. У супротном, ако прималац не пружи одговарајући доказ порекла новчаних средстава, банка примаоца има обавезу да платиоцу изврши повраћај новчаних средстава. Притом, повраћај новчаних средстава платиоцу има предност у односу на извршавање свих других платних трансакција са рачуна примаоца, коме су та средства одобрена.

У случају да банка примаоца не поступи у складу са објашњеним изричито прописаним обавезама, услед чега примаоцу омогући да располаже спорним новчаним средствима, одговорна је платиоцу за тиме проузроковану штету под условом да се у одговарајућем поступку утврди да је прималац у конкретном случају учествовао у превари платиоца. Из тога произлази да су новим чланом 56 Закона о платним услугама прецизиране дужности банке примаоца, како би се олакшало утврђивање њене одговорности за штету коју проузрокује платиоцу, будући да је у датим околностима ослањање на општа правила о проузроковању штете скопчано са компликованијим утврђивањем примене стандарда пажње доброг стручњака (банкара).

Коначно, поставља се питање домашаја изложених правила у условима прекограничних плаћања, када се банка примаоца налази у другој земљи. Да ли у том случају српски Закон о платним услугама може да наметне било какве обавезе иностраној банци, чија повреда би била основ за утврђивање њене одговорности према платиоцу? С обзиром на то да обавезе прописане чланом 56 Закона о платним услугама нису уговорне, већ законске обавезе банке примаоца, због чега њихова повреда рађа вануговорну одговорност за штету платиоцу, чини се да би на питање противправности поступања банке примаоца било могуће применити српско право као меродавно.[49] Међутим,

49 Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, бр. 43/82, 72/82, *Службени лист СРЈ*, бр. 46/96, *Службени гласник РС*, бр. 46/2006, чл. 28.

проблем је томе што банка примаоца са својим клијентом (примаоцем) има закључен уговор о платним услугама на који се примењује иностранo, а не српско право. Отуда је могуће да је по српском праву банка примаоца дужна да онемогући располагање новчаним средствима примаоцу, у складу са чланом 56 Закона о платним услугама, док по праву меродавном за уговорни однос са примаоцем истовремено има супротну обавезу да примаоцу омогући располагање новчаним средствима. На тај начин се банка примаоца ставља у изразито неповољну позицију у којој треба да одлучи да ли да ризикује повреду обавеза и одговорност за штету према свом клијенту (примаоцу плаћања) или повреду обавеза и одговорност за штету према платиоцу. Притом, у тренутку доношења такве одлуке постоји значајан степен неизвесности, будући да ће тек по окончању одговарајућег поступка бити неспорно утврђено да ли је прималац плаћања заиста учествовао у превари платиоца.

7. Закључак

Заштита платиоца уз уважавање положаја и интереса банке у случају преварно изазваних одобрених платних трасакција представља посебан изазов за правну теорију и праксу. Правни оквир који је постојао до ступања на снагу измена Закона о платним услугама из 2024. године није пружао одговарајуће решење ове проблематике.

а) С једне стране, јасно је да ослањање на опозив платног налога овде има мали практични значај због кратких рокова током којих платилац по правилу још увек не зна да је био жртва преваре.

б) С друге стране, поништај платног налога и ауторизације по основу заблуде не може да доведе до превазилажења губитка, због обавезе платиоца да у том случају накнади штету банци, док је поништај по основу преваре коју је учинило треће лице ограниченог домашаја, било због чињенице да је банка овде по правилу савесна или због примене правила о неоснованом обогаћењу банке која након извршења платне трансакције више није обогаћена те нема обавезу да врати новац, нити је остварила било какве користи, тако да нема ни обавезу накнаде вредности постигнутих користи. Према томе, за платиоца би поништај платне трансакције и ауторизације остварио жељени ефекат само ако се у тренутку истицања захтева износ задужења његовог рачуна још увек налази у имовини банке и није прешао у имовину

наредне банке у низу до примаоца плаћања, нити у имовину самог примаоца плаћања.

в) Најзад, одговорност банке за штету скопчана је са проблемом да се у оквиру стандарда пажње доброг стручњака не очекује од банке да испитује постајање преваре, нити да проверава да ли се јединствена идентификациона ознака примаоца подудара са означењем намераваног примаоца. Пошто у редовним околностима банка не зна нити мора знати да је у питању превара, њена одговорност по основу проузроковања штете по правилу неће постојати захваљујући ослобођењу због некривице. Притом утврђивање да ли је банка морала знати да је реч о превари представља посебан изазов, нарочито у ситуацији када се платилац преко своје банке у том смислу успротиви извршењу трансакције.

Новим чланом 56 Закона о платним услугама конкретизоване су обавезе банке примаоца плаћања у случају преварно изазваних одобрених платних трансакција и уведена обавеза повраћаја средстава платиоцу, односно накнаде штете због повреде прописаних обавеза. На тај начин је олакшано утврђивање одговорности банке примаоца плаћања, иако само у ограниченим ситуацијама када су новчана средства у тренутку пријема захтева за повраћај још увек у њеној имовини или барем на рачуну примаоца плаћања код те банке. Ипак, остаје отворено питање примене новоуведених правила на иностране банку примаоца, што захтева додатну анализу и међународну координацију.

Важно је нагласити да савремени ниво технолошког развоја омогућава макар банци примаоцу, а у домаћем платном промету и банци платиоцу, да једноставно и ефикасно упореди податке о намераваном примаоцу и наведеном броју рачуна, чиме се би се могла спречити већина превара. Управо из тог разлога се треба заложити за даљу реформу у овој области, како би се одговарајућим банкама наметнула обавеза провере да ли јединствена идентификациона ознака примаоца одговара намераваном примаоцу, и следствена обавеза обавештавања платиоца о евентуалним неподударностима пре него што новчана средства буду стављена на располагање примаоцу и неповратно изгубљена.

AUTHORISED PUSH PAYMENT FRAUD: ALLOCATION OF LOSS BETWEEN BANK AND PAYOR

Mirjana Radović, PhD, Mag. iur., LL.M. (Humboldt)*

This paper analyses the legal consequences for payers of authorised payment transactions initiated or consented to under the influence of fraud committed by a third party outside of their relationship with the bank (authorised push payment fraud). The aim of the research is to determine who should bear the loss resulting from an authorized payment transaction induced by fraud, within the relationship between the payer and the bank. The first part of the paper serves as an introduction and provides an explanation of the issue of authorized payment transactions resulting from fraud. The central part contains an analysis of various legal grounds for shifting the loss caused by the transfer of funds from the payer to the bank. In this regard, the author explores the possibilities and effects of revoking the payment transaction, annulling the payment order and authorization due to defects in the payer's consent, asserting the right to compensation against the bank, as well as the newly introduced right to a refund under Article 56 of the Law on Payment Services. Based on a detailed analysis, the author concludes that the payer will most often be unable to shift the loss caused by the execution of a fraudulently induced authorized payment transaction onto the bank, even under the new rules of the Law on Payment Services.

Key words: *authorised push payment fraud, revocation of a payment order, annullment of a payment order, compensation of damages, right to refund the amount of transaction, Law on Payment Services.*

* Full Professor at the University of Belgrade – Faculty of Law, *mirjanam@ius.bg.ac.rs*.

Литература

Barbara Mayen y: Herbert Schimansky, Hermann-Josef Bunte, Hans-Jürgen Lwowski (Hrsg.), *Bankrechts-Handbuch – Band I*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2011.

Benjamin Geva, „The EU Payment Services Directive: An Outsider's View", *Yearbook of European Law*, Vol. 28, Issue 1, 2009.

Benjamin Sorg, *Die zivilrechtliche Haftung im bargeldlosen Zahlungsverkehr*, Duncker & Humblot, Berlin 2015.

Bradley Freedman, „Managing the risks of email compromise fraud", Borden Ladner Gervais LLP, 2020, *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e5ec24d4-a720–43dc-a4be-26454518bb6d* (4.9.2025.).

Carsten Jungmann, „BGB § 675j Zustimmung und Widerruf der Zustimmung", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 6* (Hrsg. Martin Henssler), 9. Auflage, C. H. Beck, München 2023.

Carsten Jungmann, „BGB § 675p Unwiderruflichkeit eines Zahlungsauftrags", Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 6 (Hrsg. Martin Henssler), 9. Auflage, C. H. Beck, München 2023.

Cédric Alter, *Droit bancaire général*, Editions Larcier, Bruxelles 2010.

Christian Scheibengruber, „Zur Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit der Verlagerung des Missbrauchsrisikos bei Zahlungsdiensten auf die Nutzer – Ein Beitrag zur Analyse der Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie in das BGB und die AGB der Banken", *Zeitschrift für Bank– und Kapitalmarktrecht – BKR* 1/2010.

Christian Scheibengruber, Matthias Breidenstein, „SEPA – Eine Zumutung für Verbraucher? – Ein Beitrag zur Analyse der Veränderung der Verteilung des Rückerlangungsrisikos bei fehlgeleiteten Überwesungen durch die Zahlungsdiensterichtlinie", *Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts– und Bankrecht – WM* 30/2009.

Christopher Chen, *The Evolution of Law against Payment Frauds*, Routledge, Oxon 2023.

David Zweighaft, „Business email compromise and executive impersonation: Are financial institutions exposed?", *Journal of Investment Compliance* 18(1)/2017.

Dirk Schmalenbach, „BGB § 675j Zustimmung und Widerruf der Zustimmung", *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck), 73. Edition, C. H. Beck, München 2025.

Dirk Schmalenbach, „BGB § 675p Unwiderruflichkeit eines Zahlungsauftrags“, *Beck'scher Online-Kommentar BGB* (Hrsg. Wolfgang Hau, Roman Poseck), 73. Edition, C. H. Beck, München 2025.

Dorothee Einsele, *Bank– und Kapitalmarktrecht: nationale und internationale Bankgeschäfte*, 2. Auflage, Tübingen 2010.

E. P. Ellinger, Eva Lomnicka, Richard Hooley, *Modern Banking Law*, 3. Edition, Oxford University Press, Oxford 2002.

Erfan Koza, Asiye Öztürk, Michael Willer, *Social Engineering und Human Hacking – Strategien zur Prävention und Abwehr von Manipulationstechniken in der IT*, Springer, Berlin – Heidelberg 2024.

Gerd Nobbe, „Neuregelungen im Zahlungsverkehrsrecht – Ein kritischer Überblick“, *Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts– und Bankrecht – WM* 21/2011.

Hans-Peter Schwintowski, *Bankrecht*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln 2011.

Helmut Koziol, Bernhard Koch y: Peter Apathy, Gert Iro, Helmut Koziol (Hrsg.), *Österreichisches Bankvertragsrecht – Band III: Zahlungsverkehr*, 2. Auflage, Springer-Verlag, Wien 2008.

Lorna Walker, „Who Bears the Risk of Loss When Your Business Email Is Hacked? An Overview of Business Email Compromise Scams and the Potential Risks“, *Commercial Law World* 37(1)/2023.

Mareike Lohmann, Christian Koch, „Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Zahlungsdienste im Binnenmarkt – Wesentliche Inhalte, Bewertung und mögliche Auswirkungen auf den europäischen Zahlungsverkehrsmarkt“, *Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts– und Bankrecht – WM* 2/2008.

Martin Wolters, „Geld weg bei falscher Kontonummer?“, *Verbraucher und Recht – VuR* 1/2009.

Michael Brindle, Raymond Cox (eds.), *Law of Bank Payments*, Third Edition, Sweet & Maxwell, London 2004.

Neira Jones, *Understanding Payments*, Routledge, Oxon – New York 2024.

OLG Bremen, „Anfechtbarkeit einer Zahlungsautorisierung bei Spoofing“, *Zeitschrift für Bank– und Kapitalmarktrecht – BKR* 3/2025.

Oliver Keßler, „BGB § 675j Zustimmung und Widerruf der Zustimmung“, *Ebenroth/Boujong, Handelsgesetzbuch – Band 2* (Hrsg. Detlev Joost, Lutz Strohn, Dörte Poelzig, Volker Sander), 5. Auflage, C. H. Beck/Verlag Vahlen, München 2024.

Philippe-Emmanuel Partsch, *Droit bancaire et financier Européen*, Éditions Larcier, Bruxelles 2009.

Reinhard Steennot, „Allocation of liability in case of fraudulent use of an electronic payment instrument: The new Directive on payment services in the internal market", *Computer Law & Security Report*, Vol. 24, 2008.

Stefan Grundmann, „Das neue Recht des Zahlungsverkehrs – Teil I – Grundsatzüberlegungen und Überweisungsrecht", *Wertpapier-Mitteilungen Zeitschrift für Wirtschafts– und Bankrecht – WM* 24/2009.

Stefan Werner y: Siegfried Kümpel, Arne Wittig (Hrsg.), *Bank– und Kapitalmarktrecht*, 4. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2011.

Studco Building Systems US, LLC v. 1st Advantage Federal Credit Union, No. 23–1148 (4th Cir. 2025), *https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca4/23-1148/23-1148-2025-03-26.html* (4.9.2025).

Zvonimir Slakoper, Marko Perkušić, „Odgovornost banke za provođenje elektronskog plaćanja", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 37, br. 1, 2016.

Бојан Терзић, „Одговорност банке платиоца у случају преваре са ауторизованим платним налогом", *Банкарство*, вол. 52, бр. 4, 2023.

Емилиа Мишћенић, „Платне услуге у Европској унији", *Услужно право* (ур. Миодраг Мићовић), Универзитет у Крагујевцу, Правни факултет, Крагујевац 2013.

Мирјана Радовић, Платни промет – Право банкарских платних услуга, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2016.

Мирјана Радовић, „Расподела губитка због преваре компромитовањем пословног мејла у односу између повериоца и дужника новчане обавезе", *Страни правни живот* 3/2025.

Народна банка Србије, „Код пријема инструкција за плаћање имејл није увек довољан", 14.12.2021. године, *https://www.nbs.rs/sr_RS/scripts/showcontent/index.html?id=17625* (4.9.2025).

Народна банка Србије, „Систем за инстант плаћања – IPS NBS систем", *https://nbs.rs/sr/ciljevi-i-funkcije/platni-sistem/nbs-operator/ips-nbs/* (4.9.2025).

Пресуда Привредног суда у Београду, 31. П 5050/2023 од 23.10.2024. године.

УДК 347.427(497.11)

ПРИЗНАЊЕ СТРАНОГ СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА КОЈИ СЕ ВОДИ ПРОТИВ ФИЗИЧКОГ ЛИЦА – *PRO ET CONTRA*

др Иван Тодоровић*

Овај чланак разматра питање признања страних стечајних поступака над физичким лицем. Анализирани су нормативни оквир у Републици Србији, као и примери и решења у неколико јурисдикција, са освртом на Модел закон о међународном стечају и Уредбу ЕУ о стечајним поступцима. Истакнути су кључни изазови, као што су доказивање центра главних интереса дужника, усклађивање ефеката стечаја са јавним поретком и спречавање злоупотреба. Чланак такође разматра аргументе за и против признања, као и потенцијалне користи и ризике за повериоце и дужнике. У закључку се наводи да признање страних стечајних поступака представља користан инструмент, али да је потребна пажљива анализа околности у случајевима сумње на преварно поступање или покретања стечаја у лошој вери, уз узимање у обзир јавног поретка Србије.

Кључне речи: *стечајни поступак физичког лица, међународни стечај, признање страног стечајног поступка, приговор јавног поретка, страни стечајни поступак.*

1. Увод

Индивидуални стечај представља поступак намењен физичким лицима која нису у могућности да из својих прихода и имовине

* Адвокат у Београду, *itodorovic@akt.rs*.

подмире обавезе према повериоцима. Његова сврха је двострука, са једне стране омогућава се правична наплата поверилаца из расположиве имовине дужника, док се с друге стране дужнику пружа шанса за тзв. „нови почетак“ кроз могућност ослобађања од преосталих дугова. Савремени системи индивидуалног стечаја настоје да успоставе равнотежу између заштите поверилаца и социјалне функције стечаја, водећи рачуна о томе да се избегну злоупотребе. Индивидуални стечај може подразумевати стечај физичког лица које не обавља делатност (потрошач), стечај на имовином лица која обавља слободну професију (адвокати, лекари, нотари и сл.) и стечај над предузетником.

Какав је правни положај физичког лица који доспе у презаduженост, а његова имовина се налази у више јурисдикција? Да ли одлука страног суда о покретању стечајног поступка тог лица треба да производи правно дејство и у Србији? Ово питање није само теоријска дилема, већ суштинско за ефикасност наплате потраживања и правну сигурност у међународном пословању.

Замислимо следеће ситуације. Физичко лице, држављанин Србије, са пребивалиштем у Аустрији, проглашава лични банкрот пред судом у Бечу. Међутим, значајан део његове имовине налази се у Србији, а његови повериоци долазе из различитих држава. Да ли правне последице отварања стечајног поступка у Аустрији треба да производе дејство у Србији? Физичко лице са пребивалиштем у Мађарској подноси захтев за лични банкрот пред мађарским судом, али истовремено у Србији почиње извршни поступак ради наплате дуга према банци. Мађарски суд доноси одлуку о отплати дела дуга кроз план реструктурирања у наредних пет година. Да ли ће овај план имати било какво дејство у Србији? У Сједињеним Америчким Државама, физичко лице проглашава банкрот због дугова по кредитним картицама у износу од 100.000 долара. Истовремено, ово лице има стан у власништву у Србији који жели да задржи као породично наследство. Амерички суд је предвидео ослобађање стечајног дужника од дугова након три године. Због приватног дуга, у Србији се покреће извршни поступак уперен против овог лица, а предмет извршења је стан. Да ли српски органи (извршитељ, односно суд) треба да признају ефекте стечајног поступка из Сједињених Америчких Држава?

Док се признање страног стечајног поступка над правним лицима готово подразумева у савременом праву, када је реч о физичким лицима ситуација делује сложеније. Поред питања самог признања страног стечајног поступка физичког лица, дилеме се јављају у додатним правцима. Како се одређује центар главних интереса (енгл. COMI)

за физичка лица? Да ли је довољно посматрати место пребивалишта физичког лица или треба посматрати и место где се налази највећи део имовине? Шта је садржина јавног поретка Републике Србије у погледу стечаја физичких лица и признања страног стечајног поступка против ових лица? Како обезбедити равноправност поверилаца из Србији ако је страни поступак у току?

У овом раду биће размотрени нормативни оквири, биће дат упоредно-правни приказ и аргументи „за“ и „против“ признања страног стечајног поступка који се води над физичким лицем. Циљ је да се укаже на предности и ризике оваквог приступа, као и на могуће правце развоја у домаћем праву.

2. Нормативни оквир

2.1. Међународни извори

На међународном нивоу, најзначајнији инструмент у области прекограничне инсолвентности је *UNCITRAL* Модел закон о прекограничном стечају.[1] Модел закон промовише принципе сарадње, координације и признања страних стечајних поступака, заснован је на концепту главног поступка и могућности отварања секундарног поступка у државама где се налази значајна имовина дужника. Модел закон, у свом тексту, не искључује физичка лица из појма „дужник“, односно њиме се не уређује стечајно материјално право,[2] већ се питање ко може бити стечајни дужник уређује стечајно права државе у којој се води главни стечајни поступак (*lex fori concursus*). Србија је увела одредбе Модел закона у свој правни систем доношењем Закона о стечајном поступку из 2004. године.

У оквиру Европске уније, кључни извор је Уредба (ЕУ) 2015/848 о стечајним поступцима.[3] Уредба предвиђа обавезу држава чланица да признају и координишу стечајне поступке који имају прекогранични елемент. Уредба се, поред правних лица, примењује и на одређене поступке инсолвентности физичких лица,[4] укључујући потрошаче и

1 Модел Закон о прекограничном стечају из 1997. године (*Model Law on Cross-Border Insolvency*).

2 Вук Радовић, *Стечајно право – књига друга*, Београд 2017, 405.

3 Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings.

4 В. Радовић (2017), 399.

предузетнике, а искључује неке категорије, попут осигуравајућих кућа, кредитних институција и инвестиционих фондова.

2.2. Право Републике Србије

У праву Републике Србије питање међународног стечаја уређено је главом XII Закона о стечају,[5] који у том делу има карактер *lex specialis* у односу на општи Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља (ЗМПП). У том смислу, за потребе Републике Србије, када је за конкретно питање у међународном стечају меродавно право земље у ком се води главни стечајни поступак, не долази да примене принципа *renvoi* међународног приватног права,[6] већ је реч о упућивању на материјално-правне норме.

Закон о стечају прописује услове за признање страног стечајног поступка у чл. 188. Закон не садржи посебне одредбе које би регулисале питање признања страних стечајних поступака који се воде над физичким лицима. Ово је последица чињенице да у нашем праву не постоји институт индивидуалног стечаја, односно стечајног поступка који се води над физичким лицем, ни као потрошачем, ни као предузетником. Историјски гледано, индивидуални стечај је постојао у нашем правном систему, уз постојање развијене праксе и научних радова.[7] Имајући у виду да позитивни прописи не предвиђају индивидуални стечај, такво стање ствара правну празнину – да ли домаћи судови могу применити општа правила о признању страних стечајних поступака и на физичка лица, или би то било противно систему домаћег права, који не познаје ослобађање од дугова физичких лица?

2.3. Практичне импликације нормативног стања

Недостатак унутрашњих правила која изричито обухватају физичка лица има за последицу да судови, у случају захтева за признање страног стечаја над физичким лицем, путем тумачења одредаба Закона о стечају и укупног јавног поретка, а све у светлу начела међународне сарадње одлучују да ли ће донети одлуку о признању. У том смислу је потребно заузети став да ли је чињеница да је физичко

5 Закон о стечају („Службени гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 44/2025 Одлука УС)

6 Вук Радовић, *Коментар Закона о стечају*, Београд 2022, 1180.

7 Вук Радовић, *Индивидуални стечај – стечај над имовином физичког лица*, Београд 2006, 67.

лице дужник (било у својству потрошача, предузетника или лица које обавља слободну професију) само по себи сметња за признање и да ли идеја о престанку дугова физичко лица, односно „нови почетак“ дирају у јавни поредак државе у којој се тражи признање.

3. УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ ИНДИВИДУАЛНОГ СТЕЧАЈА

3.1. Европска унија – системско полазиште (Уредба 2015/848)

Уредба (ЕУ) 2015/848 о стечајним поступцима успоставља јединствен оквир за надлежност, признање и сарадњу у прекограничним стечајевима унутар ЕУ. Она се примењује на врсте поступака које државе чланице пријаве у Анексу А и обухвата и физичка лица где национални систем познаје лични стечај, односно поступке инсолвентности потрошача или предузетника. Кључни ослонац је центар главних интереса дужника, као критеријум за „главни“ поступак, уз могућност „секундарних“ поступака у државама са имовином дужника. У пракси, код физичких лица најспорније су: (i) доказивање центра главних интереса услед мобилности дужника,[8] (ii) усклађивање ефеката попут ослобађања од дугова са јавним поретком државе у којој се траже дејства.[9]

3.2. Одабране државе чланице ЕУ

Немачка. Закон о стечају Немачке прописује могућност вођења стечајног поступка над имовином физичких лица, при чему је могућ стечај и над друштвима без правног субјективитета (нпр. грађански ортаклук, европско интересно удружење).[10] У Немачкој постоје посебна правила за стечај физичких лица, односно за тзв. потрошача (*Verbraucherinsolvenz*)[11] и редовна правила о стечају (*Regelinsolvenz*) за физичка лица која обављају делатност (предузетници, слободне професије, физичка лица која су водила пословну делатност, укључујући бивше предузетнике који имају обавезе из пословања).

8 Klaus Pannen (ed.), *European Insolvency Regulation*, Berlin 2007, 81.

9 Remigijus Jokubauskas, *Enterpreneurs and Insolvency Law*, New York 2025, 113.

10 §11 Немачког закона о стечају из 1999. са последњим изменама iz 2024. godine (*Insolvenzordnung*), Heinz Vallender, Sven-Holder Undritz, *Praxis des Insolvenzrechts*, Köln 2012, 14.

11 Andreas Schmidt (ed.), *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, Köln, 2012, 1939.

Аустрија. У Аустрији се физичким лицима омогућује регулисање дугова у посебном стечајном поступку (*Schuldenregulierungsverfahren*) још од 1995. године, без обзира да ли је реч о физичком лицу потрошачу или предузетнику.[12] Током 2017. године стечајни закон је промењен[13] и напуштен је услов постојања минималног сразмерног повраћаја новца повериоцима, а поступак је скраћен на пет година. Додатне измене прописа су 2021. године увеле могућност да се период за ослобођење од дугова смањи на три године, ако суд утврди очигледну инсолвентност и ако дужник у року од 30 дана предузме одговарајуће мере за отклањање финансијских проблема (нпр. саветовање о дуговима).[14]

Хрватска. Стечај потрошача је уведен 2016. године, а Законом о измјенама и допунама Закона о стечају потрошача који је ступио на снагу 2019. године, предвиђен је нови институт једноставног поступка стечаја потрошача, који представља убрзани и поједностављени поступак у циљу намирења поверилаца.[15]

Словенија. Лични стечај је у Словенији могућ за предузетнике, слободне професије (лекаре, адвокате, нотар, пољопривредник) и за потрошаче који обављају привредну делатност, односно физичка лица.[16] Оба система, хрватски у 2022. године и словеначки у 2023. години су увела промене у области индивидуалног стечаја, услед усвајања Директиве (ЕУ) 2019/2023 о оквирима за превентивну реорганизацију, ослобађање од обавеза и забране обављања дужности и о мерама за повећање ефикасности реорганизације.[17]

---

12 В. Радовић (2006), 60.

13 Insolvenzrechts-änderungsgesetz – IRAG 2017.

14 Stefan Angel, Philipp Warum, *Consumer Bankruptcy in Austria An Empirical Analysis*, WIFO Working Papers 685/2024, 14, доступно на *https://www.wifo.ac.at/wp-content/uploads/upload-2554/wp_2024_685.pdf.*

15 *Доступно на: https://gov.hr/hr/stecaj-potrosaca/1118*.

16 Закон о финансијском пословању, поступцима због несолвентности и принудном престанку из 2021. са последњим изменама из 2025. године (Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju)

17 Directive (EU) 2019/1023 on a framework for preventive restructuring, for the discharge of liabilities and prohibition of the performance of duties, and on measures to increase the effectiveness of restructuring, insolvency and debt relief proceedings and amending Directive (EU) 2017/1132; Rea Shaina, „Comparative analysis of the personal bankruptcy model and their effects in the legal orders in Slovenia and Croatia“, Bled 2024, доступно на: *https://doi.org/10.18690/um.fov.4.2024.54*.

3.3. Уједињено Краљевство (UK)

Институт личног стечаја постоји у правном систему Уједињеног Краљевства, али регулисан је различито у појединим јурисдикцијама. Најразвијенији оквир постоји у Енглеској и Велсу, где је стечај физичких лица уређен у Законом о стечају (*Insolvency Act* 1986), са бројним каснијим изменама, нарочито из 2002. и 2015. године. За разлику од стечаја компанија, који је засебно регулисан, у поступцима према физичким лицима не прави се строга подела између потрошача и предузетника, исти режим се примењује на све дужнике, иако су за мала дуговања и потрошаче развијени посебни алтернативни механизми.[18]

3.4. Сједињене Америчке Државе

Институт индивидуалног стечаја (*personal bankruptcy*) у САД представља један од најразвијенијих система на свету. За разлику од многих европских држава, у САД је изричито уређен и институционализован у оквиру Закон о стечају Сједињених Америчких Држава (*U.S. Bankruptcy Code*). За физичка лица најчешће се примењују поступци по Одељку 7 (ликвидациони поступак, у коме се имовина дужника продаје ради намирења поверилаца, уз могућност брзог ослобађања од дугова) и Одељак 13 (реорганизација дугова кроз план отплате током три до пет година).[19] Америчко право стечаја не прави формалну поделу између „предузетника“ и „потрошача“, већ се поступци по *Chapter* 7 и 13 примењују на све физичке особе, уз различите услове приступа.

4. СТРАНИ ПОСТУПАК

4.1. Појам страног поступка

Под страним стечајним поступком над стечајним дужником, са аспекта признања таквог поступка у Републици Србији, треба подразумевати банкротство, реорганизацију и ликвидацију, а потребно је такође да се имовина и пословање дужника налазе под контролом или надзором страног суда или другог надлежног органа стране државе.[20]

18 Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 6th ed., London, 2017, 15–20.

19 Elizabeth Warren, Jay Lawrence Westbrook, *The Law of Debtors and Creditors: Text, Cases, and Problems*, 7th ed., New York 2020, 310–320.

20 Закон о стечају, чл. 174, ст. 2.

Домаћи закона користи исту дефиницију као и Модел закон, под страним поступком се неће подразумевати поступци преговарања између поверилаца и дужника, који се не воде пред судом или неким управним органом.

Треба приметити да ни домаћи закон, као ни Модел закон не користе термин инсолвентност, с обзиром на чињеницу да се упоредном праву овај термин може различито тумачити (примера ради институти енглеског права *winding up*, *receivership*). Под страним поступком који се води пред судом или управним органом се не подразумева ликвидација у смислу који га разумеју домаћи правници – као начин престанка солвентног друштва. Напротив, дужник у смислу ове одредбе је субјект који јесте или ће бити у таквој ситуацији да није у могућности да измирује своје обавеза о доспећу или чије обавезе превазилази вредност његове имовине.

4.2. Одлуке које су предмет признања

Одлуке које могу бити предмет признања у међународном стечајном праву могу бити најпре оне које се доносе у оквиру претходног стечајног поступка, о отварању стечајног поступка, одлуке које се доносе ван стечајног поступка, али у непосредној вези са њим и одлуке које се доносе у оквиру стечајног поступка, ради његовог спровођења и окончања.[21] Међутим, поред ових одлука, предмет признања могу бити и одлуке које су у вези са стечајним поступком, односно повезане и неповезане одлуке (тзв. *annex* и *quasi-annex* одлуке).[22] Оваква класификација је дата у теорији у односу на признање страних одлука у контексту примене Уредбе (ЕУ) 2015/848 о стечајним поступцима.

4.3. Дејство признања стечајне одлуке

Признање одлуке страног стечајног суда или административног органа има за последицу даљу сарадњу и координацију стечајних поступака, право на учешће у поступку који се води у држави признања у ком је стечајни дужник странка, страни представник има право да побија радње стечајног дужника предузете у држави признања.[23]

21 В. Радовић, (2017), 551.

22 Zoltan Fabok, „Grounds for Refusal of Recognition of (Quasi-) Annex Judgments in the Recast European Insolvency Regulation“, *International Insolvency Review* 26/2017, 295.

23 Марко Радовић, Међународни стечај (кратак општи приказ), 2022, *online webinar* Агенције за лиценцирање стечајних управника (2022), 8.

Страном представнику се даље пружа помоћ у смислу повераваља управљањем имовином стечајног дужника која се налазе у Републици Србији, продаја такве имовине. Домаћи суд може такође изрећи меру забране принудног извршења над имовином стечајног дужника у Србији.[24]

5. Признање страног поступка над физичким лицем

Сврха признања страног стечајног поступка је у томе да се стечај над истим лицем спроводи на што је могуће јединственији начин и да ниједан поверилац нема предност услед чињенице да се налази у јурисдикцији у којој се налази више имовине стечајног дужника или у земљи у којој има мање поверилаца.[25]

Имовина која чини стечајну масу је често скривена у државама у којима се правила о тајности стварног власника средстава и правила о чувању података о личности злоупотребљавају од стране стечајног дужника. Ради проналажења и преузимања такве имовине потребан је висок ниво сарадње свих учесника у поступку. Страни представници који желе да спроводе активности у оквирима својих овлашћења морају имати у виду чињеницу да постоје знатне разлике у државама у погледу правила о признању и извршењу страних одлука у контексту међународног стечаја.[26]

5.1. Аргументи за признање

У прилог признању страног стечајног поступка над физичким лицем се може навести неколико разлога. Признање страног стечајног поступка омогућава јединствено управљање над стечајном масом дужника, што смањује трошкове и спречава паралелне поступке у више држава. Ово је нарочито значајно за физичка лица која имају имовину и повериоце у више држава. Признање одлука донетих у главном поступку повећава правну сигурност и предвидљивост за повериоце и дужнике, јер се избегавају супротстављени исходи и ризик од фаворизовања локалних поверилаца. Многи савремени системи прихватају принципе из Модел закона, који инсистира на

24 Закон о стечају, чл. 190, ст. 2, т.1.

25 Gabriel Moss, Ian F. Fletcher, Stuart Isaacs, Moss, *Fletcher and Isaac on the EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford 2016, 99.

26 Jean-Pierre Brun, Molly Silver, *Going for Broke – Insolvency Tools to Support Cross-Border Asset Recovery in Corruption Cases,* Washington 2020, 17.

сарадњи и признању страних поступака ради ефикасности и правичности. Усвајање овог приступа чини правни систем разумљивијим и атрактивнијим за стране учеснике. Додатно, координисано вођење стечајног поступка над истим дужником смањује трошкове наплате и спречава злоупотребе (нпр. повериоци који први заплене имовину у одређеној држави), што доприноси равноправности свих учесника.

5.2 Аргументи против признања

Физичка лица, услед своје мобилности, могу вештачки променити центар главних интереса (*COMI*) како би се подвргла повољнијем праву, посебно када то право омогућава брже ослобађање од дугова или блажи режим за дужника. Центар главних интереса није дефинисан у Модел закону, а у Уредби је прописано да је то место одакле дужник редовно управља својим интересима и које је као такво препознатљиво од стране трећих лица. На идентичан начин је центар главних интереса дефинисан и домаћим правом.[27] С обзиром да домаће законодавство није предвидело лични стечај, Закон о стечају не даје одговор на питање шта се сматра центром главних интереса за физичко лице, већ успоставља претпоставку да стечајни дужник има средиште главних интереса у месту где се налази његово регистровано седиште, а средиште главних интереса утврђује се према чињеницама које постоје у моменту подношења предлога за покретање главног стечајног поступка.

Упоредна пракса садржи бројне примере у којима је имовина и делатност дужника промењена у друго место врло брзо пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, а ова могућност се додатно компликује у случају личног стечаја, имајући у виду да се имовина и пребивалиште, односно боравиште, могу брзо променити.[28] Чини се да је у контексту признања страног стечајног поступка над имовином физичког лица потребно узети у обзир и сврху вођења таквог конкретног поступка, нарочито ако је индивидуални стечај покренут од стране самог стечајног дужника. Узмимо за пример да је постојао (иначе честа ситуација) интерног финансирања између групе повезаних привредних друштава, рецимо између више друштава са ограниченом одговорношћу у Србији, њихове мајке фирме у Аустрији,

27 Чл. 174а Закона о стечају.

28 Neil Hannan, *Cross Border Insolvency – The Enacment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law*, Springer 2017, 56.

а да је контролни члан физичко лице аустријског држављанства над чијом имовином се у Аустрији покреће стечајни поступак. У исто време, постоје основи за пробијање правног лица у Србији и за одговорност контролног члана за обавезе друштва. Ако би у Аустрији над имовином тог лица био отворен стечај поводом дуговања од нпр. десет хиљада евра и дужник буде ослобођен даљих дугова уз испуњење других законских претпоставки у Аустрији, а у Србији се води парнични поступак за пробијање правног лица, којим се тражи одговорност тог лица у знатно вишем износу, при томе ово потраживање није пријављено у стечајном поступку у Аустрији, сматрамо да би било противно јавном поретку Србије признати ефекат ослобођења осталих дугова и за ово потраживање у Србији, у духу максиме *fraus omnia corpumpit*. Циљ признања страног стечајног поступка над имовином овог конкретног физичког лица би био изигравање одговорности, а не најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине. У том смислу заступамо став да је потребно нарочито анализирати околности конкретног случај када је реч о покретању стечајног поступка од самог стечајног дужника или када околности могу указати да су повериоци који покрећу лични стечајни поступак повезана лица са дужником.

Модел закон не даје смернице у погледу садржине јавног поретка, јер се овај појам може различито разумети у разним јурисдикцијама, али је свакако намера да се овај појам тумачи уско и да овакав изузетак треба користити само у изузетним случајевима.[29] Примена Модел закона у пракси је довела до става да се члан 6. тог закона тумачи уско и да се може одбити примена одредаба ако је то очигледно у супротности са јавним поретком. Термин „очигледно“ у супротности са јавним поретком треба разумети на такав начин да ако постоји сумња или дилема у погледу питања да ли је одређено решење модел закона у супротности са јавним поретком, ту у ствари нема очигледне супротности, она није евидентна и јасна.[30] Европски суд правде је на ову тему дао тумачење да признање стечајног поступка који је покренут у некој земљи Европске уније може бити одбијено ако је одлука о покретању поступка стечаја донета уз флагрантно кршење основног начела контрадикторности (права да се чује и друга

29 В. Радовић (2017), 28.

30 *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, United Nations, Vienna 2021, 20.

страна).[31] Јавни поредак стога треба уско тумачити, јер би супротним поступањем била онемогућена међународна сарадња и кооперацију у међународном стечају,[32] а то су основни принципи Модел закона, имплементирани и у домаћем српском праву.

С обзиром да Закон о стечају не предвиђа изузетак који би се тицао физичког лица страног држављанина над којим се спроводи стечајни поступак у иностранству, сматрамо да би у Србији требало признати одлуку страног суда која је донета у оквиру стечајног поступка или претходног стечајног поступка у иностранству. Разлози за овакво становиште су следећи. Најпре, правила о томе ко може бити стечајни дужник дају меродавно право за главни стечајни поступак. Признањем одлука стечајног суда или административног органа, које су у складу са правом земље из које потиче одлука доприносе већој сарадњи између држава и либерализацији стечајног права, односно ефикаснијем спровођењу међународног стечајног права.

Спровођење стечајног поступка над физичким лицем које подразумева потпуно ослобођење од преосталих дугова након намирења стечајних поверилаца из стечајне масе може бити у супротности са концептима домаћег права, где се, примера ради, захтева дужи надзор или рестриктивнији услови за ослобађање од дугова. Ако страни поступак предвиђа правила која битно одступају од домаћег система (нпр. другачији приоритети, укључивање породичне имовине), то може довести до неједнаког третмана поверилаца у земљи у којој се тражи признање.

6. Закључак

Имајући у виду све анализиране аспекте, сматрамо да признање страног стечајног поступка над физичким лицем представља потребан и користан механизам за заштиту поверилаца и избегавање вишеструких, разуђених поступака. Признање омогућава ефикаснију расподелу имовине дужника и унапређује предвидљивост међународних финансијских односа.

Овај принцип, ипак, није могуће примењивати апсолутно. У случајевима где постоји сумња на преварно поступање или намерно

31 MG Probud Gdynia sp. z o. o., C-444/07 [2010] ECR 00, наведено према: *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 20.

32 В. Радовић (2022), 1192.

избегавање одговорности од стране физичког лица у различитим јурисдикцијама, нарочито када сам стечајни дужник покреће индивидуални стечај, потребна је детаљна анализа околности конкретног случаја. У том контексту, неопходно је имати у виду и принципе јавног поретка Републике Србије, који треба да обухвата и правило да се захтев за покретање стечајног поступка подноси у доброј вери, како би се спречило злоупотребљавање института стечаја и очувала правна сигурност унутар домаћег правног система.

OBJECTION OF THE PUBLIC ORDER IN CROSS-BORDER INSOLVENCY PROCEEDINGS

Ivan Todorovic, PhD*

This article examines the recognition of foreign insolvency proceedings concerning natural persons. It analyzes the legal framework in the Republic of Serbia, as well as examples and solutions from several jurisdictions, with reference to the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and the EU Insolvency Regulation. Key challenges are highlighted, such as proving the debtor's center of main interests, aligning the effects of insolvency with public policy, and preventing abuse. The article also considers arguments for and against recognition, as well as potential benefits and risks for creditors and debtors. In conclusion, the recognition of foreign insolvency proceedings is identified as a useful tool, but careful analysis of the circumstances is necessary in cases of suspected fraudulent behavior or bad-faith initiation of insolvency, considering the public policy of Serbia.

Key words: *personal bankruptcy proceedings, cross-border insolvency или international insolvency, recognition of a foreign insolvency proceeding, public policy objection.*

* Attorney at Law in Belgrade, *itodorovic@akt.rs*.

Литература

Stefan Angel, Philipp Warum, „Consumer Bankruptcy in Austria An Empirical Analysis“, *WIFO Working Papers* 685/2024, 14, доступно на адреси *https://www.wifo.ac.at/wp-content/uploads/upload-2554/wp_2024_685.pdf*

Jean-Pierre Brun, Molly Silver, *Going for Broke – Insolvency Tools to Support Cross-Border Asset Recovery in Corruption Cases*, Washington 2020

Zoltan Fabok, „Grounds for Refusal of Recognition of (Quasi-) Annex Judgments in the Recast European Insolvency Regulation“, *International Insolvency Review* 26/2017

Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 6th ed., London 2017

Neil Hannan, *Cross Border Insolvency – The Enacment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law*, Springer 2017

Remigijus Jokubauskas, *Enterpreneurs and Insolvency Law*, New York 2025

Gabriel Moss, Ian F. Fletcher, Stuart Isaacs, *Moss, Fletcher and Isaac on the EU Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford 2016

Klaus Pannen (ed.), *European Insolvency Regulation*, Berlin 2007

Andreas Schmidt (ed.), *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht*, Köln 2012

Heinz Vallender, Sven-Holder Undritz, *Praxis des Insolvenzrechts*, Köln 201

Elizabeth Warren, Jay Lawrence Westbrook, *The Law of Debtors and Creditors: Text, Cases, and Problems*, 7th ed., New York 2020

Вук Радовић, *Коментар Закона о стечају*, Београд 2022

Вук Радовић, *Стечајно право – књига друга*, Београд 2017

Вук Радовић, *Индивидуални стечај – стечај над имовином физичког лица*, Београд 2006

Марко Радовић, „Међународни стечај (кратак општи приказ)“, 2022, online webinar Агенције за лиценцирање стечајних управника

УДК 346.546(497.11); 339.13.025.3:316.774

ЗАШТИТА КОНКУРЕНЦИЈЕ У МЕДИЈИМА (пример из судске праксе)

др Марко Радовић*

У раду се, анализом једног случаја из судске праксе, покушава дати одговор на неколико кључних питања у вези са заштитом конкуренције у медијима. Прво и централно питање јесте да ли је суд надлежан да утврђује повреду правила о заштити конкуренције мимо Комисије за заштиту конкуренције. Друго, да ли емитери канала са националном фреквенцијом могу уговором пренети право на дистрибуцију програма кабловским дистрибутерима, који би затим били овлашћени да наплаћују накнаду за реемитовање сигнала. Треће, да ли накнада за реемитовање мора бити одређена према јасним критеријумима или је могуће наплаћивати је произвољно. Четврто, да ли обавеза емитовања канала са националном фреквенцијом, наметнута од стране Регулаторне агенције за електронске комуникације и поштанске услуге (РАТЕЛ), представља ,,законску обавезу" која искључује право на наплату накнаде. Пето питање односи се на то да ли одсуство јасних критеријума при одређивању накнаде може довести до угрожавања медијског плурализма.

Кључне речи: *заштита конкуренције, судска надлежност, медији.*

* Судија Привредног суда у Београду, доцент на Правном факултету, Универзитета Унион" и научни сарадник на Институту за упоредно право, *markoradovic985@yahoo.com*.

1. Увод

Сваки љубитељ спорта, било да се њиме бави или га здушно прати, навикао је на употребу појма *fair play*, који се одомаћио и у нашој терминологији. Он је постао синоним за постојање природне, спортске, фер конкуренције, подразумеване како у организацији и прописивању услова за одржавање утакмице, тако и у току њеног трајања. Организатор такмичења и судија на самој утакмици, обавезни су да створе једнаке услове за све, како би искључиво спортски квалитет одлучио о успеху и победи. Иста логика се може применити на економију. Конкуренција представља „*fair play*“ на тржишној утакмици. Задатак регулатора је да обезбеди једнаке услове за све учеснике тржишта. У таквом амбијенту ће учесници на тржишту бити равноправни и конкуренција ће деловати подстицајно, јер ће стварати природни, тзв. „конкурентски притисак“[1], који доводи до веће „економске ефикасности“ и, у крајњем исходу, до „максимизације друштвеног благостања“.[2]

Постојање притиска здраве конкуренције је плодотворно, јер доприноси да сваки појединац на тржишту константно буде бољи. На тај начин се и укупна ефикасност тржишта увећава а тако се и, свекукупно, економско благостање друштва подиже на вишу лествицу. С друге стране, супротност томе јесте монопол. Он води одсуству конкуренције, а елиминише и конкурентски притисак. Као такав, монополски приступ узрокује економску неефикасност, а последично води и минимизацији економског благостања друштва. Због тога наука о заштити конкуренције, а свакако и законодавство у тој области, представља замајац привредног развоја сваког модерног друштва, заснованог на тржишним принципима привређивања. Ово из разлога што трговина је данас можда слободнија него што је била раније, али далеко од тога да је слободна.[3]

Иначе, историјски посматрано потреба за заштитом конкуренције вуче корене из далеке антике. Аристотел је у делу „Политика“ написао да монопол представља „изум користан за богаћење“. У Римском царству је Јулије Цезар, око 50. године п.н.е., донео тзв. Цезаров

1 Бојан Ристић, Дејан Трифуновић, *Политика заштите конкуренције – принципи и примена*, Београд 2022, 3.

2 Б. Ристић, Д. Трифуновић, 3.

3 Драган Добрашиновић, Марина Матић Бошковић, Мирослав Прокопијевић, Андреј Плахутник, Чедомир Радојчић, *Заштита конкуренције и сузбијање монопола*, Удружење тужилаца Србије, Београд 2014, 23.

закон (лат. *Lex Julia de Annona*), који је тежио сузбијању вештачке оскудности за кукурузом и тиме формирању нетржишних цена.[4]

Почеци модерног права конкуренције везују се за Сједињене Америчке Државе и доношење Шермановог закона (енг. *Sherman Act*) из 1890. године, усмереног против монопола и рестриктивних споразума. У Европској унији основа је створена Римским уговором из 1957. године, којим је основана Европска економска заједница.[5] Члановима 85 и 86 Римског уговора (доцније члановима 101 и 102 Лисабонског уговора), забрањени су експлицитни рестриктивни споразуми и злоупотреба доминантног положаја, док је чланом 87 Римског уговора (чл. 107 Лисабонског уговора) уредио питање државне помоћи.

Поменутим изворима права успостављен је темељ заштите конкуренције. Праћен историјском еволуцијом, каткад и турбулентним револутивним променама, заснован је на четири стуба регулације: 1) рестриктивни споразуми; 2) злоупотреба доминантног положаја, 3) контрола концентрације и 4) контрола државне помоћи.

Ови темељи заштите уткани су и у позитивноправни систем Републике Србије. Основни извор права у тој области је Закон о заштити конкуренције, донет 2009. године, новелиран 2013. године.[6] Њиме се, у члану 10 закона дефинишу рестриктивни споразуми као споразуми између учесника на тржишну који имају за циљ и или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције на територији Републике Србије. Они могу бити уговори, поједине одредбе уговоа, изричити или прећутни договори, усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржишту. Чланом 11 поменутог закона прописана је могућност изузимања од забране рестриктивности споразума, уколико доприносе унапређењу производње и промета, односно подстицању техничког или технолошког напретка, а потрошачима обезбеђују правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за подстицање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу. Такође, чланом 15. закона регулисано је да доминантан положај на тржишту има учесник који, због своје тржишне снаге, може да послује на релеватном

4 Детаљније: Б. Ристић, Д. Трифуновић, 10.

5 Борис Беговић, Владимир Павић, Душан В. Поповић, *Увод у право конкуренције*, 4. издање, Београд 2024, 26.

6 Закон о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013.

тржишту у значајнијој мери независно у односу на стварне или потенцијалне конкуренте, купце, добављаче или потрошаче. Притом, контрола државне помоћи спроводи се на основу Закона о контроли државне помоћи из 2019. године.[7] Постоји и низ других прописа који уређују заштиту конкуренције. Тако, Закон о облигационим односима (1978), у члану 14., прописује да у заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога ствара или искоришћава монополски положај на тржишту. Такође, Закон о трговини прописује низ мера за заштиту тржишта и унапређење трговине. Међу њима је и одредба о забрани нелојалне конкуренције, односно непоштене тржишне утакмице, којом се нелојална конкуренција дефинише као радња трговца или пружаоца услуге усмерена против другог трговца, пружаоца услуге, односно конкурента, којом се крше кодекси пословног морала и добри пословни обичаји и којом се проузрокује или може проузроковати штета другом трговцу, односно пружаоцу услуге (конкуренту).[8]

Поред општих прописа, наше законодавство на непосредан или посредан начин тежи заштити различитих категорија учесника на тржишту, који су, по својој природи и структури, у неравноправном положају у односу на другу уговорну страну. Тако Закон о заштити потрошача прописује додатну заштиту потрошача у односу на трговца, потом, Закон о заштити корисника финансијских услуга прокламује додатну заштиту корисника ових услуга у односу на пружаоца и сл. Ова заштита свакако се манифестује и у медијском простору. Закон о јавном информисању и медијима, у циљу заштите медијског плурализма, конкуренције и разноврсности идеја и мишљења, забрањује свако деловање и поступање које ограничава, спречава или нарушава конкуренцију у области јавног информисања. Забрањује се и монопол у области јавног информисања одређењем да нико не може имати монопол на објављивање информација, идеја и мишљења у медију, нити ико може имати монопол на оснивање, односно дистрибуцију медија.[9] На истим принципима установљен је и Закон о електронским медијима.[10] Свакако, слобода медија гарантује

7 Закон о контроли државне помоћи, *Сл. гласник РС*, бр. 73/2019.

8 Закон о трговини, *Сл. гласник РС*, бр. 52/19, чл. 41.

9 Закон о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, бр. 92/2023 и 51/2025, чл. 6. Истоветан нормативни оквир био је регулисан и раније важећим Законом о јавном информирању и медијима, *Сл. гласник РС*, бр. 83/14, 58/15 и 12/16 – аутентичко тумачење.

10 Закон о електронским медијима, *Сл. гласник РС*, бр. 92/2003 и 51/2025, чл. 3 и 5.

се и Уставом РС,[11] потом Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода и низом других међународних извора права, нарочито на нову Европске уније.

Вођен мотивом заштите конкуренције у медијском простору, аутор је у раду, водећи се конкретним случајем из судске праксе, настојао да одговори на неколико кључних питања. Прво и централно питање јесте да ли је суд надлежан да утврђује повреду правила о заштити конкуренције мимо поступка који спроводи Комисија за заштиту конкуренције. Друго, да ли емитери канала са националном фреквенцијом могу уговором пренети право на дистрибуцију програма кабловским дистрибутерима, који би затим били овлашћени да наплаћују накнаду за реемитовање сигнала. Треће, да ли накнада за реемитовање мора бити одређена према јасним критеријумима или је могуће наплаћивати је произвољно. Четврто, да ли обавеза емитовања канала са националном фреквенцијом, наметнута од стране Регулаторне агенције за електронске комуникације и поштанске услуге (РАТЕЛ), представља „законску обавезу“ која искључује право на наплату накнаде. Пето питање односи се на то да ли одсуство јасних критеријума при одређивању накнаде може довести до угрожавања медијског плурализма.

2. Анализа случаја из судске праксе

2.1. Првостепени поступак

Тужилац је са три од укупно пет емитера са националном фреквенцијом закључио споразуме којима преузима ексклузивно право да преговара и закључује уговоре у уступању права на неекслузивну дистрибуцију канала трећим операторима на територији Републике Србије. Закључењем уговора са тужиоцем оператори могу вршити неекслузивно реемитовање канала путем кабловских дистрибутивних система. Ексклузивитет се односи на све кабловске операторе, изузев највећих кабловских оператора побројаних у уговорима, у погледу којих су емитери канала са националном фреквенцијом задржали ексклузивитет. Комисија за заштиту конкуренције је изузела од забране рестриктивности поменуте уговоре на период од две године.[12] Оцена је Комисије да је тржишни удео тужиоца по основу

11 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 50 и 51.

12 Решења Комисије за заштиту конкуренције бр. 4/0–03–242/2017–17 и број 4/0–03242/2017–18, оба од 29. маја 2017. године, доступна на: *https://kzk.gov.rs/odluke/tipovi/odobreni-sporazumi* (сајт посећен: 1. септембра 2025. године).

закључених уговора са емитерима износио 11,65%. Комисија није ценила заједнички утицај на тржиште тужиоца као дистрибутера и емитера три од пет канала са националном фреквенцијом.

У складу са постигнутим споразумима тужилац је, као дистрибутер, отпочео са закључивањем уговора о неексклузивном реемитовању три канала са националном фреквенцијом. У току поступка дистрибутер је презентовао суду свој ценовник, који је обухватао понуду пакета услуга по цени од 1,00 евро и 1,20 евра. Појединачним уговорима са операторима договарани су различити износи накнаде за реемитовање медијског садржаја. Поједини оператори су били обавезани да плаћају накнаду по кориснику (неки 1,00 евра, а поједини 1,20 евра по кориснику), док су други плаћали фиксни износ месечне накнаде. С друге стране, емитери канала са националном фреквенцијом су са операторима, према којима су задржали ексклузивитет, закључивали посебне споразуме и договарале друге износе накнада.

Тужени спада у групу оператора у погледу којих емитери канала са националном фреквенцијом нису задржали ексклузивитет. Притом, тужени није са дистрибутером (тужиоцем) закључио уговор о преносу права на неексклузивну дистрибуцију канала три телевизије са националном фреквенцијом путем кабловске мреже.

Због тога је тужилац поднео тужбу, заведену у Привредном суду у Београду под пословним бројем П 2276/2020, тражећи да се тужени обавеже на плаћање накнаде за период од 10. октобра 2016. године до 28. фебруара 2019. године. Цена коју је тужилац потраживао од туженог била је одмерена према тужиочевој понуди – 1,00 евро по кориснику у оквиру понуђеног Пакета 1 и 1,20 евра по кориснику у оквиру понуђеног Пакета 2, а што је било и предвиђено тужиочевим ценовником.

Од утицаја је и чињеница да је решењем Регулаторне агенције за електронске комуникације и поштанске услуге (даље у тексту: РАТЕЛ) установљена обавеза преноса свих телевизијских канала са националном фреквенцијом. Ова мера важила је почев од доношења решења, 10. октобра 2017. године[13] до 25. јануара 2019. године,[14] када је РАТЕЛ донео одлуку о укидању ове обавезе.

Тужени се у поступку бранио наводима да је емитовање канала са националном фреквенцијом преко предајника, односно земаљска

13 Решење РАТЕЛ-а бр. 1-02–34901–59/17–1 од 10. октобра 2017. године.

14 Решење РАТЕЛ-а бр. 1-02–34901–10/19–2 од 25. јануара 2019. године.

дистрибуција (тзв. терестријално емитовање) бесплатно за све кориснике. Отуда не постоји право тужиоца да за ове канале наплаћује накнаду ни за реемитовање преко кабловске мреже. Истицао је и да је у периоду важења одлуке РАТЕЛ-а о обавезном емитовању канала са националном фреквенцијом тужени био у законској обавези да емитује и канале за чију наплату накнаде је овлашћен тужилац. Због не постоји обавеза плаћања ове накнаде, јер се ради о испуњењу тзв. „законске обавезе".

Првостепени суд је у овом поступку спровео вештачење, на основу којег је утврђена цена која је наплаћивана за спорна три канала са националном фреквенцијом. Вештак је, поступајући по налогу суда, утврдио цену коју је тужилац наплаћивао по уговорима које је закључио са трећим операторима, али и цену коју су емитери канала са националном фреквенцијом непосредно договорили са операторима у погледу којих је задржан ексклузивитет.

Након спроведеног доказног поступка првостепени суд је закључио да тужилац, као дистрибутер, има право да са емитерима канала са националном фреквенцијом закључи споразуме (уговоре) на основу којих они преносе ексклузивитет у праву на њихово реемитовање, уз одређена уговорна ограничења. Другим речима, он има право да са трећим лицима закључи уговоре о неексклузивном реемитовању канала путем кабловске мреже и да уговори плаћање накнаде. Оцена је суда и да треба правити разлику између тзв. терестријалног емитовања (емитовања преко предајника) које је бесплатно и емитовања путем кабловске мреже. Кабловско реемитовање карактерише различита природа дистрибуције сигнала и другачија регулатива, па у том смислу тужилац начелно има право да наплаћује накнаду за услуге кабловског пријема ТВ канала од корисника кабловског реемитовања. Из тих разлога реемитовање ових канала није слободно и без накнаде у случају када се емитују кроз кабловски систем.

Суд је даље оценио и да тужилац, гледајући његово свеукупно деловање са емитерима који су задржали ексклузивитет у погледу појединих оператора, има доминантан положај. Овај закључак суд извлачи из чињенице да је тужиоцу пренето право на дистрибуцију три од укупно пет канала са националном фреквенцијом. Добијање националне фреквенције само по себи доводи емитере са тим фреквенцијама у доминантан положај на медијском тржишту, јер им се пружа могућност да њихова фреквенција буде доступна на читавој територији Републике Србије. Самим тим, преношењем права

емитовања канала са националном фреквенцијом од стране три од укупно пет носиоца права на овде тужиоца, доводе тужиоца у статус носиоца доминантног положаја на медијском тржишту. Ово из разлога што, објективно посматрано, не постоји интерес корисника кабловских мрежа на медијском тржишту да закључе уговор са кабловским оператором који нема у понуди канале са националном фреквенцијом.

Надаље, првостепени суд оцењује да, постојање монополског, односно доминантног положаја учесника на медијском тржишту не значи аутоматски да такав правни посао из којег је поменути положај проистекао не може опстати у правном поретку, односно производити правна дејства и обавезе. Ово из разлога што, на основу члана 11. Закона о заштити конкуренције, Комисија за заштиту конкуренције има право да одређене рестриктивне споразуме (којим се суштински ствара монополски, односно доминантан положај на тржишту) изузме из оцене рестриктивности када је то у општем интересу друштва. Тако је Комисија и у конкретном случају поступила, изузевши од рестриктивности споразуме тужиоца са три емитера канала са националном фреквенцијом. То значи да, иако потенцијално рестриктивни, ови споразуми могу, по становишту Комисије, опстати у правном промету као правноваљани. Но, изузећем споразума од забране рестриктивности не значи да је тужиоцу, који је остварио право да се легитимише према осталим операторима електронских комуникационих мрежа као ексклузивни дистрибутет поменутих телевизијских канала, дозвољено да самовољно одређује накнаду за реемитовање спорних канала по различитом ценовнику за дистрибутере који реемитују исте телевизијске канале. Иако монополски, односно доминантан положај појединих учесника на тржишту може опстати као сагласан правном поретку из општег интереса, лице са таквим положајем не може злоупотребљавати и искоришћавати га противно основним принципима правног поретка. Због тога је првостепени суд истакао да одмеравање различите висине накнаде у кабловском систему од стране лица са монополским, односно доминантним положајем на медијском тржишту у погледу права на дистрибуцију сигнала преко кабловске мреже, различитим учесницима на медијском тржишту (операторима кабловског система) представља нарушавање слободе медија, прокламоване како чланом 50 Устава РС, тако и чланом 10. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У складу са проклакомваном слободом медија, првостепени суд закључује да лице које на медијском тржишту има доминантан положај мора свим учесницима тог тржишта пружити равноправне

услове за емитовање, односно реемитовање канала са националном фреквенцијом преко кабловске мреже. То значи да сваки емитер канала са националном фреквенцијом, па тако и тужилац на кога је пренето право ексклузивне дистрибуције ових канала кабловским операторима, мора наплаћивати истоветну цену за емитовање, односно реемитовање канала путем кабловске мреже. У супротном, различитим одмеравањем накнаде (цене) по кориснику довело би до неравноправног положаја одређене кабловске операторе на начин што би они којима се накнада не наплаћује или наплаћује у нижем износу, били привилеговани и конкурентнији на медијском тржишту у односу на операторе којима се евентуално наплаћује виши износ накнаде. То би за последицу имало да се због економски неравноправних услова поједини кабловски оператори елиминишу са медијског тржишта, што последично утиче на нарушавање слободе медија у смислу члана 50 Устава РС. Такво поступање би, у смислу самовољног и неједнаког одмеравања накнаде различитим кабловским операторима, управо представљало злоупотребу монополског, односно доминантног положаја на тржишту у погледу дистрибуције три од пет канала са националном фреквенцијом преко кабловске дистрибутивне мреже.

Имајући у виду да је тужилац наплаћивао различите износе накнада разним кабловским операторима, а како тужени није имао закључен уговор са њим, то је суд прихватио да тужилац има право да од туженог наплати најнижи износ накнаде коју су, било предметна три емитера, било тужилац као дистрибутер, наплаћивали за кабловско реемитовање спорна три канала са националном фреквенцијом. Ово из разлога што је тужени, по оцени суда, за тај износ оштетио тужиоца.

Поред наведеног, суд је приликом пресуђења имао у виду и да је тужени, на основу одлуке РАТЕЛ-а, у периоду од 10. октобра 2017. године до 24. јануара 2019. године, био обавезан да емитује све канале са националном фреквенцијом, па тако и спорна три канала. Међутим, суд оцењује да је таква одлука у супротности са одредбом члана 110 става 10 тада важећег Закона о електронским медијима (2014).[15] Поменутом одредбом је била предвиђена само обавеза оператора да без накнаде емитује програме јавног медијског сервиса (а то су програми Јавне медијске установе „Радио-телевизија Србије“ и Покрајинског медијског сервиса Јавна медијска установа „Радио-телевизија Војводина“), у складу са Законом о јавним медијским

15 Закон о електронским медијама, *Сл. гласник РС*, бр. 83/14, 6/16 – др. закон и 129/21.

сервисима. Дакле, не ради се о законској обавези, јер законом није прописана обавеза оператора да емитују програме осталих, комерцијалних телевизија, нити свих канала са националном фреквенцијом. Суд је стао на становиште и да поменута одлука РАТЕЛ-а није у вези са установљавањем обавезе преноса као мере заштите медијског плурализма у смислу члана 106 Закона о електронским медијима. Да је то решење било усмерено у циљу заштите медијског плурализма, РАТЕЛ би имао обавезу да образложи разлоге за доношење те одлуке, што је предвиђено и ЕУ Директивом 2022/22/ЕЗ и амандманима 2009/136. То у конкретном случају није учињено. Отуда, како је тужени остваривао економску корист емитовањем предметних канала и у време када је одлука РАТЕЛ-а била на снази, а не ради се о ,,законској обавези" емитовања, нити је од постојала сагласност тужиоца за емитовање, суд је туженог обавезао на плаћање најнижег износа накнаде коју су, било емитери, било тужилац, остваривали од својих оператора за реемитовање предметних канала са националном фреквенцијом.[16] Та цена је била вишеструко нижа у односу на ону коју је тужилац дефинисао ценовником и понудом која је упућена туженом.

2.2. Другостепени поступак

Незадовољан првостепеном пресудом, тужилац је поднео жалбу Привредном апелационом суду, као другостепеном. Другостепени суд је, у својој одлуци,[17] уважио становиште првостепеног суда да су тужиоцу, емитери три од пет телевизијских канала са националном фреквенцијом, пренели искључиво право да другоме дозволи или забрани реемитовање своје емисије, бежично или путем жица у односу на уговором тачно одређени круг оператора електронских комуникационих мрежа за дистрибуцију медијских садржаја. Ово право темељи се на одредбама Закона о заштити ауторског и сродним правима (2009), важећег у спорном периоду, који је у члану 136. прописивао искључиво право произвођача емисије да другоме забрани или дозволи реемитовање своје емисије, бежично или путем жица, снимање своје емисије на носач звука или слике, односно звука и слике, умножавање тог снимка у било ком облику и на било који начин, као и стављање у промет снимака и њихово јавно саопштавање. Уговором који је тужилац закључио са емитерима на искључив начин уступљено му је једно од овлашћења и садржине права произвођача емисије, а

16 Пресуда Привредног суда у Београду, П 2276/2020 од 7.7.2022. године.

17 Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 7723/2022 од 20.7.2023. године.

то је искључиво право да другоме дозволи или забрани реемитовање своје емисије, бежично или путем жица. Уговорено ограничење, које искључује одређене опереторе, представља предметно ограничење, које је као такво дозвољено Законом о ауторском и сродним правима, али не утиче на садржину предметног права тужиоцу у односу на оне субјекте који су уговором обухваћени и у односу на које тужилац може вршити право.

Међутим, другостепени суд налази да тужени није у целом спорном периоду (од 10. октобра 2016. године до 28. фебруара 2019. године) вршио неовлашћено реемитовање програма три канала са националном фреквенцијом, односно да није у целом периоду обухваћеном тужбеним захтевом вршио повреду сродно правног овлашћења чији је стицалац тужилац. У периоду важења одлуке РАТЕЛ-а, односно почев од 10. октобра 2017. године до 25. јануара 2019. године, тужени реемитовањем спорних канала није повредио тужиочево право, нити му је таквом радњом проузроковао штету, јер се радило о законској обавези туженог установљеној чланом 100. став 10. Закона о електронским медијима, важећем у спорном периоду. Зато је тужени повредио тужиочево право само у спорном периоду када није била на снази одлука РАТЕЛ-а.

Другостепени суд, надаље, не прихвата закључак првостепеног суда да тужилац има доминантан положај на тржишту због чињенице да му је пренето право на дистрибуцију три од пет канала са националном фреквенцијом. Не прихвата се ни закључак да одмеравање различите висине накнаде појединим операторима представља нарушавање слободе медија, као ни оцена да свим учесницима тржишта тужилац мора пружати равноправне услове реемитовања канала са националном фреквенцијом. Оцена је другостепеног суда да су ови закључци засновани на погрешној примени материјалног права. Ово из разлога што је Комисија за заштиту конкуренције, у конкретном случају, изузела од забране рестриктивности споразуме закључене између тужиоца са емитерима канала са нацоналном фреквенцијом. Тако првостепени суд није надлежан да, супротно овим решењима надлежног органа, утврђује постојање повреде конкуренције на тржишту Републике Србије, јер утврђивање чињенице да су одређени привредни субјекти спроводили противправно рестриктивно понашање које ограничава конкуренцију на тржишту Републике Србије, представља искључиву надлежност Комисије за заштиту конкуренције, чији су положај и надлежност уређени Законом о заштити конкуренције. Према одредбама овог закона, Комисија је самостална и независна организација, која

врши јавна овлашћења у складу са законом, има статус правног лица и за свој рад одговара Народној скупштини Републике Србије. Комисија је надлежна да решава о правима и обавезама учесника на тржишту у складу са законом и одређује управне мере. Стога је закључак првостепеног суда да тужилац има доминантан положај на тржишту, супротан Закону о заштити конкуренције и решењима Комисије за заштиту конкуренције. Тако није прихватљив ни закључак да тужилац има монопол, односно доминантан положај на тржишту, нити да одмеравање различите висине накнаде који у кабловском систему плаћају оператори кабловског дистрибутивног система представља нарушавање слободе медија.

Такође, оцена је другостепеног суда да је неприхватљив и став првостепеног суда да сви учесници тржишта морају имати једнаке услове за реемитовање канала са националном фреквенцијом преко кабловске мреже. Уговорима које је тужилац закључио са емитерима канала са националном фреквенцијом искључени су највећи оператори. Зато услови под којима су ови оператори од произвођача емисија прибавили право на реемитовање спорних канала не могу бити релевантни за одлучивање о накнади коју тужилац, као дистрибутер, жели да наплати од туженог. Тужени спада у групу оператора који су уговором дефинисани као тзв. „трећи оператори“, у погледу којих тужилац има овлашћење да преноси право на реемитовање. Отуда тужилац има право да накнаду за уступање права на неекслузивно реемитовање тзв. „трећим операторима“ наплаћује према сопственом ценовнику, без обзира на то које су износе накнаде емитери наплаћивали највећим операторима, јер су они изостављени из уговора које је тужилац закључио са емитерима канала са националном фреквенцијом.

Тако је другостепени суд досудио тужиоцу накнаду према ценовнику, осим за период када је на снази била одлука РАТЕЛ-а, за који, по оцени другостепеног суда, тужилац није имао право да од туженог наплати накнаду по основу причињене штете.

2.3. Ревизијски поступак

Против другостепене пресуде ревизију су изјавили и тужилац и тужени. Врховни суд је, у својој одлуци,[18] првенствено истакао да нижестепени судови правилно закључују да је тужилац активно легитимисан да од туженог потражује накнаду штете на име

18 Пресуда Врховног суда, Прев 2092/2023 од 21.11.2024. године.

реемитовања спорна три канала. Активна легитимација тужиоца се заснива на закљученим уговорима са емитерима три од пет канала са националном фреквенцијом.

Такође, Врховни суд у потпуности прихвата разлоге другостепеног суда у делу у ком образлаже погрешно становиште првостепеног суда о доминантном положају тужиоца на тржишту, злоупотреби монопола и обавезности једнаких услова за реемитовања канала. Наиме, повредом конкуренције сматрају се активности на тржишту које за циљ или последицу имају или могу да имају значајно ограничавање, нарушавање или спречавање конкуренције. Утврђивање повреде конкуренције у искључивој је надлежности Комисије за заштиту конкуренције, која у складу са Законом о заштити конкуренције, испитује да ли је дошло до активности које се могу сматрати ограничавањем, нарушавањем или спречавањем конкуренције. Стога, правилно другостепени суд констатује да се не може прихватити оцена првостепеног суда о злоупотреби доминантног положаја тужиоца и постојања монопола. Чак и уколико у неком периоду споразуми тужиоца и емитера канала са националном фреквенцијом нису били изузети од рестриктивности, не значи *a priori* да су они ништави и забрањени, већ је на Комисији да утврди домашај таквог уговарања по учеснике на тржишту и изрекне одговарајућу правну последицу. Како нема доказа да је Комисија за заштиту конкуренције на било који начин предметне споразуме означила као забрањене за период када је истекло решење Комисије од изузимања споразума од забране рестриктивности, то онда нису од утицаја ревизијски наводи туженог изнети у том правцу.

Осим наведеног, Врховни суд сматра да тужилац није у обавези да под истим условима омогући свим операторима право на реемитовање спорна три канала са националном фреквенцијом. У конкретном случају тужилац је цене у понудама оформио према броју корисника оператора, где је висина цене обрнуто пропорционална броју корисника оператора (више корисника – нижа јединична цена). У таквој ситуацији, оператори са сличним бројем корисника плаћају и сличну накнаду на име права на реемисију спорна три канала, што је са становишта Закона о ауторском и сродним правима и Закона о електронским медијима, прихватљива пословна пракса на тржишту. Дакле, супротно становишту туженог, иста цена не значи и једнаке услове, будући да наведено зависи од економске моћи оператора, покривености тржишта и других параметара који могу утицати да та цена, иако номинално иста, за неког буде веће или мање финансијско оптерећење.

Надаље, ревизијски суд указује да другостепени суд погрешно закључује да тужени у време важења одлуке РАТЕЛ-а о обавезном емитовању канала са националном фревенцијом није имао обавезу плаћања накнаде тужиоцу. Наиме, предметна одлука РАТЕЛ-а заснована је на одредби члана 100 став 10 Закона о електронским медијима, која се односи искључиво на републички и покрајински јавни медијски сервис. Зато утврђивање обавезе преноса телевизијских програма од стране оператора електронских комуникационих мрежа за дистрибуцију и емитовање медијских садржаја у циљу остваривања јавног интереса и медијског плурализма, дефинисаног чланом 106 Закона о електронским медијима, не треба мешати са законском обавезом преношења програма јавног медијског сервиса, јер се ради о одвојеним институтима. Такође, позивање другостепеног суда на одредбу члана 106 Закона о електронским медијима, у прилог становишту о ограничавању права произвођача емисије на накнаду (имаоца права на програм), нема упориште у самој законској одредби. Поменутом одредбом се, пре свега, установљава обавеза операторима да преносе радијски или телевизијски програм који је утврђен листом РЕМ-а, али то не значи да оператори у том случају имају право да без накнаде реемитују програме који се налазе на листи утврђених телевизијских програма, будући да нема законске одредбе којом би право на накнаду произвођачу емисије било суспендовано у смислу Закона о електронским медијима. Није спорно да Закон о ауторском и сродним правима прописује ограничења ауторског и сродних права, у виду суспензије искључивих права и права на накнаду, али плаћање накнаде за реемитовање представља један од од основних прихода произвођача емисије чиме се штити његова производна делатност, па стога ограничења тог права морају бити прописана. Дакле, наметање обавезе оператору је усмерено и ка дужности регулатора да води рачуна о разумном степену тих обавеза, а плаћање накнаде имаоцу права на програм свакако се не може сматрати неразумном обавезом.

3. Надлежност суда у поступку заштите конкуренције

Из изложеног примера судске праксе неколико питања су, макар са теоријскоправног становишта заштите конкуренције, вредна детаљније анализе. Прво, свакако и централно питање јесте да ли је суд надлежан да утврђује повреду правила о заштити конкуренције мимо Комисије за заштиту конкуренције.

Видљиво је из конкретног случаја да другостепени суд стоји на становишту да питања постојања рестриктивних споразума, злоупотребе доминантног положаја и постојања недозвољених концентрација спадају у искључиву надлежност Комисије за заштиту конкуренције. У ситуацији када Комисија за заштиту конкуренције изузме од забране рестриктивности одређени споразум, парнични суд није надлежан да, супротно овим решењима овог органа, утврђује постојање повреде конкуренције на тржишту Републике Србије. Утврђивање чињенице да су одређени привредни субјекти спроводили противправно рестриктивно понашање које ограничава конкуренцију на тржишту Републике Србије, представља искључиву надлежност Комисије за заштиту конкуренције, чији су положај и надлежност уређени Законом о заштити конкуренције.

Врховни суд у свом правцу иде и корак даље, па истиче да чак и уколико споразум није био предмет изузимања од оцене рестриктивности не значи *a priori* да је ништав и забрањен, већ је на Комисији да утврди домашај таквог уговарања по учеснике на тржишту и изрекне одговарују правну последицу. Стога, у одсуству доказа да је Комисија за заштиту конкуренције на било који начин означила предметне споразуме као забрањене за период када је истекло решење Комисије од изузимања споразума од забране рестриктивности, суд није надлежан за оцену рестриктивности ни у овом случају.

Правна теорија, међути, упућује на другачији приступ. Она заговара трихотомију поступака и санкција: управноправни, грађанскоправни и кривичноправни аспект.[19] Иако већина правних система, попут нашег, тежиште заштите конкуренције ставља у управни поступак а главну улогу резервише за Комисију за заштиту конкуренције, никако се не сме довести у питање судска заштита. Она постоји у два правца: 1) кроз управни спор и 2) кроз грађанско-судски поступак.

Управно судска заштита усмерена је на судску проверу решења Комисије за заштиту конкуренције. Њена решења су коначна, жалба не одлаже извршење, па једино правно средство против њих представља тужба Управном суду. Ипак, мора се признати да се Управни суд ретко одлучује да спор реши у обиму пуне јурисдикције, па се његово деловање своди на формалну контролу законитости поступања у управном поступку.[20]

19 Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, 131.

20 Детаљније: Емилија Станковић, *Политика заштите конкуренције у Србији – изазови и препреке*, Мастер рад, Правни факултет Универзитет у Нишу, Ниш 2016, 16–19.

С друге стране, Закон о заштити конкуренције прописује да су рестриктивни споразуми погођени санкцијом ништавости, осим у случајевима предвиђеним тим законом. То подразумева право суда да утврђује питање ништавости у грађанско-судском поступку, било као главно питање по поднетој тужби или као претходно питање, у току спора у коме питање ништавости рестриктивних споразума представља претходно питање. Уколико се пред судом у парничном поступку тежи заштити субјективних права из потенцијално рестриктивног споразума, „суд о пуноважности таквог споразума треба да води рачуна по службеној дужности".[21] Тада би се питање рестриктивности споразума, тако и његове пуноважности, ценило као претходно питање.

У теорији се чак заговара становиште да у случају када се питање рестриктивности постави у парничном поступку, целисходно је прекинути поступак до решавања овог питања од стране Комисије. Ако би Комисија нашла да је споразум рестриктиван, суд би тиме био везан. „Међутим, ако Комисија нађе да по пријави нема елемената за покретање поступка по службеној дужности или поступак оконча немериторно, суд би наставио одлучивање на основу доказа који су му поднети у парници".[22] Свакако о питању везаности суда за одлуку Комисије за заштиту конкуренције вреди дискутовати, јер не постоји нити уставноправно, нити законско ограничење судске надлежности у овом случају. Ускраћивање судске заштите у овом случају могло би водити угрожавању уставног принципа поделе власти.[23] Тим пре што постојање злоупотреба монополског положаја, односно злоупотреба потпуног изостанка конкуренције регулисана је другим законом, Законом о облигационим односима. Нелојална конкуренција је предмет регулације Закона о трговини. Читав низ других прописа о заштити потрошача и корисника финансијских услуга усмерен је ка стварању равноправних услова за све актере тржишта. Но, оно што је у теорији неспорно јесте да онај ко претрпи штету проузроковану актима и радњама учесника на тржишту које се могу сматрати рестриктивним, има право на њену накнаду.

С тим у вези, изузумање надлежности суда у поступку остваривања права учесника на тржишној утакмици за накнаду штете услед повреде правила о заштити конкуренције у ситуацији када Комисија за заштиту конкуренције није ту повреду утврдила, води нарушавању

21 Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, 142.

22 *Ibidem*.

23 Устав Републике Србије, чл. 4.

правне сигурности и, у крајњем, уставноправног оквира Републике Србије.

На крају, поред управноправне и грађанско-правне, трихотомију заштите употпуњује и кривичноправни аспект заштите. Нарушавање конкуренције инкриминисано је Кривичним закоником.[24]

4. Право на наплату накнаде за реемитовање канала преко кабловске мреже

Занимљиво питање које се у конкретном случају поставило односи се на право емитера канала са националном фреквенцијом да дистрибутеру уступи ексклузивно или ограничено право на реемитовање сигнала телевизијских канала преко кабловске мреже, ако и да од крајњих корисника наплаћује накнаду. Судови су у предметној ситуацији били једногласни. Њихов одговор на ово питање је несумњиво потврдан.

Другостепени суд изузетно детаљно и квалитетно образлаже поводом овог питања. Посебну пажњу завређује његов став да је дистрибутеру у предметној ситуацији уступљено једно од овлашћења и садржине права произвођача емисије, а то је искључиво право да другоме дозволи или забрани реемитовање своје емисије бежишно или путем жица. Изричитом уговорном одредбом да се ради о искључивом уступању наведеног имовинског права, уговорне стране су исказале своју вољу да једино дистрибутер може бити носилац овог овлашћења из садржине права произвођача емисија, па једино он одређеним операторима електронских комуникационих мрежа за дистрибуцију медијских садржаја, може уступити право на реемитовање емисија, односно телевизијских програма бежично или путем жица. Без обзира што су овим споразумима искључени одређени оператери, на основу ових уговора тужилац има искључиво право да операторима на које се уговор односи, тзв. „трећим операторима“ дозволи реемитовање спорних канала, на основу кога они стичу неискључиво право како је самим споразумом и наведено. Другим речима, дистрибутер има ограничени ексклузивитет у субјективном смислу, односно у погледу изузимања уговором одређених лица из предмета споразума о ексклузивној дистрибуцији.

24 Кривични законик Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005... 94/2024, чл. 229.

Уз изнето, пажњу окупира и становиште суда о потреби разликовања емитовања путем предајника (тзв. терестријалног емитовања) и емитовања путем кабловске мреже. Путем терестријалног емитовања могућ је пријем сигнала без накнаде, док се, по оцени суда, приликом реемитовања путем кабловске мреже крајњи оператор може обавезати да дистрибутеру или емитеру канала са националном фреквенцијом плаћа одређену накнаду. Ово из разлога што се ради о квалитативно различитим врстама емитовања. Код кабловског емитовања кориснику се пружа низ могућности које путем терестријалног емитовања нису могуће (опције враћања програма, одабира жељеног канала, одабира жељене емисије итд.). Сличан приступ забележен је у спору *France Telecom v Commission*, пред Европским судом правде.[25] Суд је у том спору раздвојио тржиште пружања брзог и тржиште спорог интернета за домаћинства. Неке од софтверских апликација могу се примењивати искључиво на брзом интернету, попут учитавања великих видео-датотека или употреба интерактивних видео-игара. Зато се ради о различитим услугама, па повећање цене услуга брзог интернета не би се могло заменити брзим интернетом, док је обрнут приступ могућ.

5. Критеријуми за одмеравање накнаде

Изузетно важно, са аспекта заштите конкуренције, јесте питање утврђивања критеријума дистрибутера приликом одмеравања накнаде за реемитовање канала. У конкретном случају је важно поћи од тога да другостепени и ревизијски суд занемарују чињеницу да је дистрибутеру пренето право на реемитовање три од укупно пет канала са националном фреквенцијом. Канали са националном фреквенцијом, због своје покривености на читавој територији Републике Србије, значајно се разликују у односу на емитовање канала без тог својства. Првостепени суд је овде оправдано поставио питање, да ли би неко од крајњих корисника купио пакет услуга оператора кабловске мреже који у својој понуди не укључује три од пет канала са националном фреквенцијом. Нереално је очекивати да би то неко у пракси учинио. У таквој ситуацији се надовезује и питање да ли треба поћи од свеукупног односа емитера канала са националном фреквенцијом према крајњим корисницима. У таквом односу емитери су највеће операторе изузели од споразума са дистрибутером и тако оставили у својој

25 *France Telecom v Commission, Case T-340/03 General Court [2007], ECR II/107*, на коју упућују: Б. Беговић, В. Павић, Д. В. Поповић, 198–199.

надлежности право да захтевају накнаду за реемитовање канала преко кабловске мреже. Други реемитери су обавезни да накнаду договарају са дистрибутером на кога је то право пренето. Свеукупно посматрано, сви реемитери су било непосредно, било на посредан начин, преко дистрибутера, повезани са емитерима канала са националном фреквенцијом јер крајњи корисници свих кабловских оператора неспорно у својим пакетима услуга желе канале са националном фреквенцијом и не би пристали да закључе уговор о било ком пакету услуга кабловске мреже који из своје понуде изоставља ове канале.

Покушајмо ову ситуацију описати доступнијим примером из праксе. Електропривреда Србије (ЕПС) је главни дистрибутер електричне енергије у Републици Србији. Замислимо ситуацију да ЕПС задржи право да за одређени број домаћинстава непосредно наплаћује електричну енергију и то по цени од 1 динар по киловату, а да за сва остала домаћинства пренесе право на наплату накнаде редиструбутеру, друштву А. Притом, друштво А отпочне са наплатом накнаде за испоручену електричну енергију свим осталим домаћинствима по цени од 5 динара по киловату. Да ли би у овој ситуацији постојала дискриминација других домаћинстава која плаћају петоструко вишу цену, нарочито уколико би изостао јасан критеријум њиховог разликовања у односу на домаћинства чију накнаду непосредно наплаћује ЕПС? Исто тако, да ли се у овој ситуацији, приликом оцене евентуалног доминантног положаја на тржишту узима само положај друштва А, или се суштински цени групни доминантан положај ЕПС-а који стоји у одређеном пословном односу са друштвом А?

Дакле, одговори на ова питања би, пресликано на конкретан случај о реемитовању канала са националном фреквенцијом, довела до закључка да је потребно доминантан положај ценити свеукупно, у оквиру целокупног пословног односа три од пет емирета са националном фреквенцијом како са реемитерима са којима су у непосредном уговороном односу, тако и са реемитерима којима своје услуге пружају посредством пословног односа са дистрибутером. Управо због тога је првостепени суд, приликом одмеравања висине накнаде коју је тужени оператор дужан да плати дистрибутеру узео у обзир све операторе који су на непосредан или посредан начин повезани са реемитовањем предметних канала са националном фреквенцијом.

С друге стране, поставља се питање зашто другостепени и ревизијски суд нису сматрали релевантном цену коју су највећи оператори плаћали емитерима предметних канала непосредно, независно од уговорног односа са дистрибутером. Њихово је образложење да су

ти највећи оператори изузети из споразума емитера и дестрибутера, па су, „због специфичности и броја корисника ових оператора сами емитери за себе задржали право да одреде под којим условима ће ови оператори реемитовати њихове програме“.

Оно што је ипак у овој ситуацији ревизијски суд указао као значајно, а на шта нижестепени судови нису обратили пажњу јесте да дистрибутер није у обавези да под истим условима омогући свим операторима право на реемитовање спорна три канала са националном фреквенцијом. У конкретном случају дистрибутер је цене у понудама оформио према броју корисника оператора, где је висина цене обрнуто пропорционална броју корисника оператора (више корисника – нижа јединична цена). У таквој ситуацији, оператори са случним бројем корисника плаћају и сличну накнаду на име права на реемисију спорна три канала, што је са становишта Закона о ауторском и сродним правима и Закона о електронским медијима, прихватљива пословна пракса на датом тржишту. Међутим, и у овом случају се ревизијски суд задржао на оцени ценовника који је дистрибутер понудио својим реемитерима, без узимања у обзир цена које су емитери канала са националном фреквенцијом договорили непосредно са највећим операторима канала на кабловској мрежи. Отуда остаје питање да ли су они оператори који су непосредно договарали висину накнаде за реемитовање са емитерима канала са националном фреквенцијом остали фаворизовани у односу на операторе који су накнаду договарали са дистрибутером. Још очевидније се као спорно намеће питање услед којих разлога се као критеријум за одређивање накнаде узео ценовник који је имао дистрибутер и према операторима који са дистрибутером није имао закључен уговор, а да је цена коју су плаћали највећи оперетори непосредно емитерима остала безутицајна.

6. Обавезност емитовања канала са националном фреквенцијом

Спорно питање које се у области наплате накнаде за реемитовање канала са националном фреквенцијом свакако намеће односи се на тумачење обавезности поступања у складу са одлуком РАТЕЛ-а којом је наложено обавезно емитовање канала са националном фреквенцијом свим операторима кабловске мреже. Ова мера била је на снази почев од 10. октобра 2017. године до 25. јануара 2019. године.

У наведеном периоду на снази је био Закон о електронским медијима из 2013. године (са новелама из 2016. године).

Поводом овог питања првостепени и ревизијски суд, насупрот становишту другостепеног суда, износе становиште да одлука РАТЕЛ-а не представља установљење тзв. „законске обавезе“. Ово из разлога што РАТЕЛ у образложењу ове одлуке ни на који начин не образлаже у чему се огледа заштита јавног интереса и медијског плурализма путем успостављања ове мере, већ се искључиво позива на тада важећу одредбу члана 100. став 10. Закона о електронским медијима, која се односи искључиво на републички и покрајински јавни медијски сервис. Такође, ревизијски суд указује и да установљавање обавезе реемитовања не значи да оператори у том случају имају право да без накнаде реемитују програме који се налазе на листи утврђених телевизијских програма, будући да нема законске одредбе којом би право на накнаду произвођачу емисије било суспендовано у смислу Закона о електронским медијима. Код оваквог стања ствари првостепени суд је у својој одлуци изнео становиште и да у случају уколико реемитер докаже да је оштећен одлуком РАТЕЛ-а поводом установљене обавезе емитовања свих канала са националном фреквенцијом, може покренути судски поступак ради евентуалног регреса исплаћене накнаде коју би исплатио дистрибутеру за период важења те одлуке.

7. Критеријуми за наплату накнаде услед реемитовања канала

На крају, након елаборирања свих поменутих спорних питања, надовезује се можда и суштинско. Он се манифестује у спорности да ли изостављање јасних критеријума при одмеравању накнаде за реемитовање канала са националном фреквенцијом путем кабловске мреже може довести до угрожавања медијског плурализма.

У настојању да се дође до одговора на ово питање мора се поћи од полазне, али суштинске дилеме, да ли удруживање емитера три од пет канала са националном фреквенцијом и делимичан пренос њиховог права на дистрибутера, осим у погледу највећих оператора кабловске мреже, доводи до установљавања доминантног положаја на медијском простору. Сходно томе, од нарочите је важности питање да ли овакво деловање, свеукупног уговарања преноса права на реемитовање дистрибутеру и задржавање права на непосредно уговарање накнаде са највећим операторима кабловске мреже три

од пет емитера канала са националном фреквенцијом спада у ред рестриктивних споразума.

Могуће је да сам дистрибутер није имао доминантан положај уколико се самостално посматра његов однос са операторима у односу на које му је пренето право на уговарање неекслузивног реемитовања. Међутим, уколико се посматра целокупан пословни однос како емитера три од пет канала са националном фреквенцијом са дистрибутером, а затим и њихов непосредан однос са операторима у односу на које су емитери задржали екслузивитет, могло би се закључити да је свеукупни утицај емитера и дистрибутера на медијско тржиште и све операторе кабловске мреже, неспорно доминантан. Но, овакав групни утицај на медијско тржиште у Републици Србији судови нису узели у обзир, а можда је требало да то учине. Уз то, уколико би се испоставило да су ови емитери у извесном односу повезаности са дистрибутером, било формално кроз капитал или уговорни однос или фактички, кроз усмене картелске договоре (по систему: „уговоримо цену а не плаћамо ништа“), онда би ово питање постало још актуелније.

Отуда, установљавање јасних критеријума за одмеравање поменуте накнаде представља насушну потребу, непосредно повезану са заштитом медијског плурализма. Приликом одмеравања ове накнаде свакако се мора прихватити и економија обима, на коју указује ревизијски суд у конкретном случају. Међутим, поред тога, мора се узети у обзир и чињеница да ти критеријуми економије обима морају бити подједнаки за све операторе кабловске мреже, како оне који су са емитерима у непосредном уговорном односу тако и оне који су са емитерима повезани преко дистрибутера. Тек тада се могу створити равноправни услови и поменута економија обима би била установљена подједнако према свим учесницима медијског простора. Тек тада би се избегла могућност да оператори који су у непосредној вези са емитерима буду фаворизовани у односу на операторе који стоје у непосредном односу са дистрибутером.

Другим речима, ценовник који у себи садржи јасне критеријуме за одређивање накнаде, који обухватају и правила о економији обима, мора бити истоветан за све учеснике медијског простора у ситуацији када се ради о накнади за реемитовање канала са националном фреквенцијом путем кабловске мреже. Ово нарочито у случају када је уговорено плаћање накнаде за три од пет канала са националном фреквенцијом. Супротан приступ води нарушавању слободе медија и угрожавању медијског плурализма. Ово из разлога што би

одмеравање накнаде без јасних и равноправних критеријума довело до неравноправног положаја одређене кабловске операторе на начин што би они којима се накнада не наплаћује или наплаћује у нижем износу били привилеговани и конкурентнији на медијском тржишту у односу на оне операторе којима се евентуално наплаћује виши износ накнаде. То би, у крајњем, за последицу имало да се због економски неравноправних услова поједини кабловски оператори елиминишу са медијског тржишта.

8. Закључак

Питање надлжености суда у заштити конкуренције у медијима једно је од кључних правних изазова. Судови морају бити надлежни да, у парничним поступцима, цене ваљаност уговора и одлучују о накнади штете или другим захтевима проистеклим услед повреда правила конкуренције.

Изостављање јасних критеријума за одмеравање накнаде за реемитовање медијских садржаја носи ризик угрожавања медијског плурализма и равноправности учесника на том тржишту. Због тога и судови, водећи се основним принципима медијских слобода, морају бити истрајни у ставовима о потреби постојања објективних и транспарентних критеријума за утврђивање наканде за реемитовање канала са националном фреквенцијом преко кабловске мреже, чиме би се уткала потреба за равноправношћу свих учесника медијског простора.

Само таквим приступом могуће је обезбедити фер тржишне услове, спречити злоупотребу доминантног положаја и очувати медијски плурализам као уставну категорију и темељ демократског друштва.

PROTECTION OF COMPETITION IN MEDIA (Case Study from Judicial Practice)

Marko Radović, PhD*

The issue of court jurisdiction in the protection of competition in the media sector is one of the key legal challenges. Courts must be competent, in civil proceedings, to assess the validity of contracts and to decide on claims for damages or other requests arising from violations of competition rules.

The absence of clear criteria for determining fees for the retransmission of media content carries the risk of undermining media pluralism and the equality of market participants. Therefore, courts, guided by the fundamental principles of media freedom, must remain consistent in their position on the necessity of objective and transparent criteria for establishing retransmission fees for channels with national frequencies through cable networks, thereby embedding the requirement of equal treatment for all actors in the media landscape.

Only through such an approach can fair market conditions be ensured, abuse of dominant position prevented, and media pluralism preserved as a constitutional category and a cornerstone of a democratic society.

Key words: *protection of competiton, court jurisdiction, media.*

* Judge at Commercial Court in Belgrade, assistant professor at the Faculty of Law, „Union“ University and Research Associate at Institute of Comparative Law, *markoradovic985@yahoo.com*.

Литература

Бојан Ристић, Дејан Трифуновић, *Политика заштите конкуренције – принципи и примена*, Београд 2022

Борис Беговић, Владимир Павић, Душан В. Поповић, *Увод у право конкуренције*, четврто издање, Београд 2024

Драган Добрашиновић, Марина Матић Бошковић, Мирослав Прокопијевић, Андреј Плахутник, Чедомир Радојчић, Заштита конкуренције и сузбијање монопола, Удружење тужилаца Србије, Београд 2014

Емилија Станковић, Политика заштите конкуренције у Србији – изазови и препреке, Мастер рад, Правни факултет Универзитет у Нишу, Ниш 2016

УДК 347.724; 343.12-057.95

ТУЖБА ЗА ИСКЉУЧЕЊЕ ЧЛАНА ДРУШТВА С ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ: НЕКА СПОРНА МАТЕРИЈАЛНО-ПРАВНА И ПРОЦЕСНО-ПРАВНА ПИТАЊА

др Јована Величковић*

У раду се разматрају поједина спорна питања која су последица недовољне прецизности закона код уређења тужбе за искључење члана друштва. У односу на разлоге за искључење у практичној примени тужбе могу се јавити следеће дилеме: да ли разлог прописан оснивачким актом мора имати својство оправданог, те да ли разлози дефинисани оснивачким актом искључују могућност позивања друштва на законом дефинисане разлоге за искључење. Затим, да ли је баш свака штета проузрокована друштву и повреда обавезе (дужности) према друштву разлог за искључење, или су ови разлози (уколико се примењује законски основ за искључење) ипак уже постављени. Коначно, да ли спречавање или отежавање пословања друштва представља општу последицу, која увек мора постојати, уколико се друштво позива на законски основ за искључење. Код процесно-правних питања такође се јавља неколико дилема: субјективни и објективни идентитет одлуке скупштине о подношењу тужбе и саме тужбе, утицај престанка чланства у друштву на легитимацију странака и могућност сходне примене процесних правила опште деривативне тужбе на посебну деривативну тужбу из чл. 196 ЗПД. У вези са деривативном тужбом, у случају искључења члана због повреде посебних дужности забране конкуренције и чувања пословне тајне спорно је да ли постоје два паралелна законска режима, те која правила би требало применити.

Кључне речи: *члан, престанак чланства, тужба, искључење.*

* Адвокатица у Београду, *jov.velickovic@gmail.com.*

1. Увод

Искључење представља један од релативно често примењиваних начина престанка чланства у друштву с ограниченом одговорношћу[1] и један од карактеристичних института ове форме привредних друштава. Поред друштва с ограниченом одговорношћу, Закон о привредним друштвима (ЗПД) прописује да је престанак чланства искључењем дозвољено код друштава лица,[2] те примена овог института једино није могућа код акционарских друштава. ЗПД тренутно познаје двојност основа и поступка за искључење члана из друштва с ограниченом одговорношћу.[3] Први основ представља неизвршење обавезе уношења, односно уплате улога у друштво или обавезе додатне уплате, у ком случају се члан искључује из друштва одлуком скупштине друштва, без накнаде вредности удела.[4] Реч је поступку који се одвија искључиво унутар друштва, односно вансудски. Други основ представља искључење члана из разлога прописаних оснивачким актом или других оправданих разлога, у ком случају се члан искључује из друштва пресудом, уз обавезу друштва да искљученом члану, у складу са ЗПД, исплати вредност његовог удела.[5] Систем двојности основа и поступака за искључење члана друштва са ограниченом одговорношћу у српском праву је први пут уведен Трговачким закоником из 1937. године (који никада није почео са применом), а затим тек ЗПД из 2011. године.[6] У међувремену српско право је прихватало концепт јединствености поступка за искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу, те је Закон о предузећима из 1996. године прописивао само могућност искључења члана одлуком друштва, док је ЗПД 2004 прописивао

1 У овом случају реч примењиван треба разумети у контексту да су тужбе за искључење члана друштва релативно заступљене у пракси, за разлику од других тужби компанијског права, што не треба поистовећивати са позитивним исходом поступка по тужиоца.

2 Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 109/2021 и 19/2025 – ЗПД, чл. 117, 120, 126, 137.

3 Стеван Шогоров, „Разлози искључења члана из друштва с ограниченом одговорношћу одлуком суда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, 65.

4 *Ibid.*, 64; ЗПД, чл. 179 ст. 5, 195.

5 *Ibid.*; ЗПД, чл. 196.

6 С. Шогоров, 65.

само могућност искључења одлуком суда.[7] Постоје права у којима је прихваћено мешовито решење, као на пример, немачко и хрватско, у којима се искључење члана може у потпуности регулисати друштвеним уговором (оснивачким актом), како у погледу основа, изгледа тока поступка и последица искључења, што подразумева да вансудски основ искључења може бити и други разлог, а не само неизвршење обавезе уношења, односно уплате улога у друштво или обавезе додатне уплате, као у српском праву. У овим правима судско искључење члана је могуће само уколико искључење није регулисано оснивачким актом друштва.[8]

Када је реч о тужби за искључење члана постоје три групе питања која ЗПД уређује. Прва група се односи на материјално-правни основ, односно разлоге за искључење члана. Друга група питања се односи на процесно-правна питања, која у фокусу имају одлуку скупштине о покретању поступка (подношењу тужбе). Трећа група питања се односи на правне последице које наступају након правноснажности пресуде којом се члан искључује из друштва.

Предмет разматрања у овом раду су прве две групе питања, пре свега покушај да се појасне разлози за искључење члана, а затим ће бити покушано да се одговори на поједина спорна питања процесног карактера.

2. Правни основ и разлози за искључење члана друштва одлуком суда

ЗПД у чл. 196 ст. 1 прописује да друштво може тужбом коју подноси надлежном суду захтевати искључење члана друштва, из разлога одређених оснивачким актом или из других оправданих разлога, а нарочито ако члан друштва: 1) намерно или грубом непажњом проузрокује штету друштву, 2) не извршава посебне дужности према друштву прописане овим законом или оснивачким актом, 3) својим радњама или пропуштањем, противно оснивачком акту, закону или добрим пословним обичајима, спречава или у значајној мери отежава пословање друштва.

На основу садржине чл. 196 ст. 1 ЗПД најпре се примећује да је потребно разликовати правни основ од разлога за искључење члана

7 *Ibid.*

8 Dionis Jurić, „Isključenje člana iz društva s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 1/2023, 271–272.

друштва. Правни основ за искључење може бити оснивачки акт или закон. Разликовање правног основа, од разлога за искључење члана је потребно из разлога јер уколико је *правни основ* искључења оснивачи акт, *разлог* за искључење може бити само онај догађај који је као такав дефинисан и квалификован оснивачким актом. Са друге стране, уколико се тужилац као *правни основ* за искључење позива на закон, тада *разлози* за искључење потенцијално могу бити неограничени, јер су разлози наведени у закону дати само *exempli causa*, уз потребу да испуне општу квалификацију да се сматрају „оправданим".

Други закључак који се намеће након језичког тумачења предметног члана ЗПД јесте да закон разлоге за искључење дефинисане оснивачким актом перципира као разлоге првог реда, док разлоге који су наведени у закону перципира као разлоге другог реда. У пракси, оснивачки акт друштва веома ретко садржи разлоге за искључење члана, па се углавном не јавља следећа дилема, која је прилично сложена и односи се на питање: уколико оснивачки акт друштва садржи разлоге за искључење да ли је у том случају судско искључење члана могуће само из разлога који су наведени у оснивачком акту или друштву законом дефинисани разлози за искључење увек стоје на располагању, као допуна разлога који су наведени у оснивачком акту. Друго питање које се у вези са овом темом поставља јесте да ли разлози за искључење који се наводе у оснивачком акту по својој природи морају бити оправдани. Друго спорно питање је било предмет разматрања теорије и праксе, док прво није. О томе да ли разлог за искључење члана који се прописује оснивачким актом мора имати природу оправданог разлога, постоје различита схватања. Са једне стране део теорије сматра да разлози за искључење који су прописани оснивачким актом не морају имати својство „оправданог разлога".[9] Изнето схватање се темељи на чињеници да разлог за искључење не може бити садржан у оснивачком акту друштва без сагласности члана друштва, било приликом оснивања друштва или накнадних измена оснивачког акта и да самим тим представља израз аутономије воље.[10] Сходно овом тумачењу суд има овлашћење да испитује критеријум „оправданости" само уколико се тужба за искључење заснива на разлогу који није прописан оснивачким актом друштва, јер тада не постоји сагласност чланова о оправданости разлога за искључење. Други део теорије, чини се, подразумева да разлог за искључење прописан оснивачким актом мора имати карактер оправданог, те се

9 *С. Шогоров.*, 70.

10 ЗПД, чл. 11, 142.

ово питање посебно не разматра.[11] Са друге стране, у судској пракси се такође износи став, а у контексту разлога за искључење који је у датом случају био дефинисан оснивачким актом, да поступање члана које представља основ за искључење *„мора квалитативно да представља такво противправно понашање члана друштва које објективно онемогућава нормално пословање привредног друштва или функционисање органа друштва, односно да је директно супротстављање интересима друштва или других чланова у вези са друштвом, због чега се за отклањање таквих последица по друштво испоставља као оправдан разлог за искључење тог члана привредног друштва, као најтеже мере која се може предузети против било којег члана друштва*“.[12] Дилема да ли разлог за искључење прописан оснивачким актом мора имати карактер оправданости је уско везана са првим спорним питањем да ли постојање разлога за искључење у оснивачком акту искључује могућност да се тужба за искључење поднесе из разлога који су дефинисани законом. Изложене дилеме су последица редакције законске одредбе из чл. 196 ст. 1 ЗПД у којој постоје две доминантне речи. Прва је везник „или“, а друга реч „оправдан“. У односу на питање да ли разлог дефинисан оснивачким актом мора бити оправдан или не, одређење „других оправданих“ разлога (мислећи се на разлоге који нису наведени у оснивачком акту) указује да би и ови први разлози, прописани оснивачким актом, требало да буду оправдани. У супротном, одредба код навођења законских разлога за искључење не би садржала одређење „других оправданих разлога“, већ само „оправданих разлога“. На тај начин се долази до закључка да је спорније питање да ли се разлози за искључење прописани оснивачким актом и законом међусобно искључују. Употреба везника „или“ требало би да води закључку да су ови основи међусобно искључиви. Такво тумачење задовољило би потребу поштовања начела аутономије воље чланова друштва, којима треба признати право да сами дефинишу основ за искључење, а контрола те аутономије воље се постиже кроз услов да и разлози које чланови сами дефинишу морају имати карактер оправданости. У прилог наведеном тумачењу говори и трећи разлог који је дефинисан као законски разлог за искључење (својим радњама или пропуштањем, противно оснивачком акту, закону или добрим пословним обичајима, спречава или у значајној мери отежава пословање друштва), који

11 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, 3. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 401.

12 Решење Вишег трговинског суда Пж 10017/07 од 21.01.2009. године.

је прилично широко постављен. Стога, све и да чланови друштва пропусте да предвиде неку ситуацију, а дођу до тачке да поједини члан онемогућава пословање друштва, извесно је да би се друштво могло позвати на предметни законски разлог за искључење. У сваком случају неприхватање барем једне од две могућности – да разлози прописани оснивачким актом не морају да имају карактер оправданих или да постојање разлога дефинисаних оснивачким актом искључују могућност позивања на законске основе, могућност прописивања разлога за искључење оснивачким актом одузима сваки смисао. Имајући у виду да закон на јаснији начин упућује на закључак да би и разлози прописани оснивачким актом требало да буду оправдани, у том случају би требало прихватити став да регулисање овог питања оснивачким актом искључује могућност примене законских разлога за искључење који по стилу редакције чл. 196 ЗПД представљају алтернативу применљиву тек уколико оснивачки акт не регулише ову материју. Међутим, чини се да би најприхватљивије било средње решење, односно тумачење, иако оно не проистиче из језичког тумачења одредбе, а то је да чланови оснивачким актом могу да пропишу разлоге за искључење, без овлашћења суда да преиспитује да ли су разлози оправдани или нису, али да у сваком случају управо из разлога јер разлози за искључење не морају бити оправдани, а уз то могу бити прилично уско дефинисани, друштву би требало оставити могућност да се позове и на законом дефинисане, оправдане разлоге за искључење. Свакако и у овим околностима разлози дефинисани оснивачким актом би морали бити објективни и лишени дискреције, те евентуално неједнаког третмана чланова друштва. У том погледу у хрватској литератури се врло правно прецизно прави дистинкција између појма објективног и оправданог разлога за искључење.[13]

Када је реч о разлозима за искључење које закон даје примера ради, постоје три таква разлога:

1) проузроковање штете друштву намерно или грубом непажњом;
2) неизвршавање посебних дужности према друштву прописаних законом или оснивачким актом;
3) предузимање радње или пропуштања које противно оснивачком акту, закону или добрим пословним обичајима, спречава или у значајној мери отежава пословање друштва.

13 D. Jurić, 271.

У наставку ће бити речи о дилемама које се могу јавити у примени предметних законских разлога.

Имајући у виду доступну судску праксу, у којој се углавном фокус ставља на последице које узрокује понашање које је дало повод за искључење (по правилу реч је о последици да друштво отежано функционише), потребно је приметити да прва два законом дефинисана разлога за искључење не захтевају постојање било каквих проблема у функционисању или отежаном пословању друштва. Напротив, разлог за искључење треба да постоји само на основу чињенице да је члан проузроковао штету друштву, или да је повредио одређену дужност према друштву, иако у датим ситуацијама друштво може да функционише без било каквих проблема. У том контексту је посебно важно приметити да други законом дефинисани основ не захтева наступање било какве последице, за разлику од првог разлога, који ипак захтева постојање штете нанете друштву. Други разлог захтева само утврђење повреде посебне дужности према друштву.

Када је реч о штети која је проузрокована друштву отвара се дилема, да ли се постојање и висина штете утврђују у парници за искључење или је потребно водити одвојен поступак. Свакако да би одговор требало да буде да је о овим питањима дозвољено по први пут расправљати у поступку по тужби за искључење као о претходном питању, с тим да у том случају суд вероватно не би имао потребе да се бави висином штете, већ само степеном кривице туженог и чињеницом постојања штете. Овај закључак се заснива на два аргумента. Први јесте да се на први поглед стиче утисак да закон не захтева да штета мора бити одређених размера како би се квалификовала за статус законског основа за искључење члана. Посматрано на овај начин, разлог за искључење би могла бити и штета мањих размера, што је свакако упитно са аспекта оправданости, стога није потребно утврђивати њену висину. Други аргумент се односи на то да суд, без истакнутог одштетног захтева друштва, неспорно не може досудити накнаду штете, те у том случају нема потребе да се бави питањем висине штете. У пракси ова ситуација може бити проблематична, јер се постојање штете углавном утврђује кроз њену висину (вештачењем), те би било веома неуобичајено да суд самостално цени штетни карактер одређене радње, без испитивања у ком обиму је штета настала, јер се може догодити да одређена радња, без обзира што на први поглед делује да може проузроковати штету, ипак ту штету не проузрокује. Стога је вероватно да би суд, уколико о постојању штете по друштво, одлучује као о претходном питању, морао да се бави и

њеном висином. Међутим, иако је претходно речено да закон не захтева да штета буде одређених размера како би представљала разлог за искључење, треба приметити да закон, пре навођења појединачних разлога, све разлоге за искључење заједно квалификује као оправдане. Управо овај део одредбе треба да представља основ за тврдњу да и проузроковање штете друштву и повреда посебних дужности, као разлози за искључење члана, треба да имају карактер оправданости, што би даље отклонило могућност да члан друштва буде искључен услед наступања незнатне штете или друге незнатне последице. Ипак, проблем код овог тумачења настаје код чињенице да је услов за искључење околност да је штета проузрокована крајњом непажњом или намером. Уколико имамо у виду дефиницију крајње намере и непажње из опште теорије облигационог права,[14] те ситуације подразумевају одређени субјективни однос члана према друштву. Стога уколико одређени члан друштва веома свесно предузима радње за које зна или барем прихвата да ће нанети штету друштву, онда се може рећи да би било оправдано таквог члана искључити, без обзира на висину штете која је настала. Овај закључак се односи како на штету која је проузрокована намером, тако и штету која је проузрокована непажњом, имајући у виду опште прихваћен став теорије облигационог права да је веома тешко утврдити где престаје намера, а почиње крајња непажња из ког разлога се у облигационом праву последице оба степена кривице увек изједначавају.[15] У вези са овим разлогом за искључење, потребно је приметити и да је закон суду дао прилично захтеван задатак, а то је да се бави утврђивањем степена кривице. Судови углавном не утврђују степен кривице штетника, имајући у виду да по српском праву и обична непажња представља основ одговорности за штету.[16] На крају, у вези са овим законским разлогом, као спорно се може поставити и питање да ли друштво истовремено са тужбом за искључење може поднети и захтев за накнаду штете. Ова дилема се може јавити због редакције члана ЗПД који прописује да друштво од искљученог члана може потраживати накнаду штете. Ова одредба садржана је у оквиру члана који регулише правне последице искључења, а то је моменат када постоји правноснажна одлука којом се члан искључује. Не би требало условљавати право на подношење

14 Марија Караникић Мирић, *Облигационо право*, Службени гласник, Београд 2024, 543.

15 Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд 1995 496.

16 *Ibid.*

тужбе за накнаду штете претходним постојањем правноснажне пресуде којим се члан искључује из друштва, јер захтев за накнаду штете се може поднети и без подношења тужбе за искључење, стога нема основа да се друштву ускрати право да у оквиру истог поступка расправи оба захтева.

Када је реч о другом законском разлогу за искључење редакција законске одредбе отвара дилему да ли законодавац појам дужности везује само за посебне дужности из општег дела ЗПД[17] или појам треба посматрати у ширем контексту. Разлог дилеме је чињеница да се оснивачким актом круг лица која имају посебне дужности према друштву може проширити и на чланове друштва који немају те обавезе по самом закону (чланови са контролним и значајним капитал учешћем).[18] Стога ова одредба се може тумачити на два начина. Први, да је појам дужности употребљен у ширем контексту, те да се односи на све обавезе чланова које имају по закону или оснивачком акту. Други, да се овај разлог за искључење односи само на посебне дужности из општег дела ЗПД, те да није од значаја да ли је члан на њих обавезан по закону или оснивачким актом. Друго тумачење је прихватљивије јер ЗПД на овом месту не употребљава термин обавеза, већ дужност. Додатно, изричито се употребљава термин посебна дужност, што је у компанијском праву веома јасно дефинисан концепт.

Када је реч о трећем законском разлогу за искључење, а имајући у виду да је реч о веома широко постављеном правном стандарду, тешко је дати општу процену о којим разлозима или потенцијалним проблемима у тумачењу може бити речи. На овом месту се могу само уочити елементи које суд треба да утврди, уколико се тужилац позива на предметни законски разлог. У циљу искључења члана по наведеном основу суд би морао да утврди постојање радње или пропуштања (без улажења у питање степена кривице, односно субјективног односа члана према радњи или пропуштању). Уколико суд утврди постојање радње или пропуштања, треба да утврди следећи услов, а то је да таква радња или пропуштање по свом карактеру имају својство противправности, јер је неопходно да буду противни оснивачком акту, закону или добрим пословним обичајима. На овом месту се правила компанијског права разликују од општих правила облигационог права, које не захтева противправност за заснивање чак ни вануговорне одговорности за штету.[19] Уколико суд утврди постојање радње или

17 ЗПД, чл. 61–80.

18 ЗПД, чл. 61. ст. 2.

19 М. Караникић Мирић, 510.

пропуштања, те елемент противправности, у крајњем исходу мора да утврди трећи елемент, који је свакако најважнији, а то је да ли таква радња или пропуштање спречава или у значајној мери отежава пословање друштва. Дакле, потребно је да су радња или пропуштање по својој природи такви да су истовремено противправни и да утичу на пословање друштва на тај начин што спречавају *или* значајно отежавају пословање (последица је постављена алтернативно). Термин „значајно отежава" је правни стандард који ће у великој мери зависити од приступа судске праксе. По том питању судска пракса је заузела исправан став да у сваком конкретном случају суд је дужан „*да цени којим својим конкретним понашањем тужени спречава или отежава пословање друштва као и да ли понашање на које се позива тужилац као разлог за искључење из друштва доводи до отежаног пословања друштва или спречава пословање друштва*",[20] те се у пресуди не може само паушално навести да одређено понашање отежава или спречава пословање друштва, без навођења садржине и узрочно-последичне везе понашања члана и последице по друштво.

На крају, у сваком конкретном случају се поставља питање да ли постоји основ за искључење или не, јер закон у овој материји у великој мери користи правне стандарде. Посебно је проблематично то што закон захтева да и разлози који су дефинисани оснивачким актом имају карактер оправданости, јер је надлежност суда да цени ово питање веома упитна. Наиме, уколико су чланови сами дефинисали да је одређено понашање или непоступање за њих неприхватљиво, веома је спорно дати надлежност суду да одлучи другачије. Посебно, јер у овом сегменту одлука суда би заправо имала дискрециони карактер, јер се не би заснивала само на утврђивању чињеница и подвођењу правне норме под утврђено чињенично стање. У овом случају, суд би одлучивао да ли настала спорна ситуација између чланова међусобно или члана и самог друштва довољно озбиљна да захтева искључење из друштва. Поставља се питање, уколико су чланови сами дефинисали када сматрају да се неко од њих има искључити из друштва, по ком правном основу или принципу би суд могао да ускрати пуноважност таквог споразума. У односу на конкретне чињенице које би могле бити основ за искључење у пракси се могу идентификовати три групе разлога: 1) разлози везани за лична својства члана, 2) разлози везани за личне односе између чланова, 3) разлози везани за однос између члана и самог друштва.[21] У циљу разматрања да ли све три групе

20 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 10557/10 од 27.1.2011. године.

21 Jakša Barbić, *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007, 1142–1143.

разлога могу бити основ за искључење претходно је неопходно дефинисати у чијем интересу предметна тужба постоји, да ли само у интересу друштва, или додатно и у интересу чланова. У литератури се на појединим местима може наићи, ако не на изричито, онда на посредно исказан став, да тужба може представљати и вид заштите чланова друштва.[22] Међутим, дефинисање законских основа за искључење не говоре у прилог овом тумачењу, већ да тужба треба да штити на првом месту интересе друштва. Овај закључак доводи до наредног, а то је да прве две групе разлога за искључење, а који би се односили на лична својства члана, или на међусобни однос чланова, би могли представљати разлог за искључење само уколико би утицали на пословање друштва.[23] У прилог наведеном говори и судска пракса, на пример, у једном случају већински члан друштва је искључен, јер због његових личних својстава ниједна пословна банка у Србији није желела да отвори рачун друштва, те је на тај начин друштву фактички онемогућено пословање.[24] Затим, у другој одлуци се изричито наводи да поремећени односи између чланова сами по себи не могу представљати основ за искључење,[25] већ је неопходно да је реч о разлозима који утичу на пословање друштва који конкретном случају нису утврђени. Са друге стране, теорија сматра да управо поремећени односи између чланова представљају основ за искључење једног од њих.[26] Управо овај пример показује да је заиста тежак задатак оценити које понашање би требало да представља разлог за искључење члана друштва.

Да ли или не постоји разлог за искључење члана је питање на које се не може дати јединствен или општи одговор, већ се свака конкретна ситуација мора посматрати засебно и у контексту утицаја на пословање и функционисање друштва као самосталног субјекта права. Управо због наведеног је институт искључења члана одлуком суда један од најсложенијих института компанијског права.

3. Процесно-правне дилеме које се односе на деривативну тужбу за искључење члана друштва

Изменама ЗПД из 2018. године објективни домен примене деривативне тужбе је проширен и на искључење члана друштва с

22 D. Jurić, 270.

23 *Ibid*., 273.

24 Пресуда Привредног суда у Београду П. 1985/23 од 18.3.2025. године.

25 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 10557/10 од 27.1.2011. године.

26 J. Barbić, 1143.

ограниченом одговорношћу судском одлуком. Ова измена закона може позитивно утицати на перцепцију деривативне тужбе у пословној пракси, јер су тужбе ради искључења члана друштва с ограниченом одговорношћу заступљеније у односу на тужбе због којих се иначе деривативна тужба може поднети. Међутим, чини се да предметно проширење објективног домена примене деривативне тужбе може произвести и одређене потешкоће, уместо позитивних ефеката у пракси. Наиме, и пре измена ЗПД из 2018. године предмет деривативне тужбе је могло бити искључење члана из друштва, у случају повреде посебних дужности чувања пословне тајне и забране конкуренције.[27] Након увођења посебних правила за деривативну тужбу ради искључења члана дошло се до исхода да ЗПД тренутно садржи различито уређење деривативне тужбе у општем делу закона и посебном делу закона у делу који се односи на тужбу за искључење члана, свакако само када је реч о искључењу због повреде поменуте две посебне дужности. Имајући у виду да повреда посебних дужности, што подразумева и посебну дужност чувања пословне тајне и забране конкуренције, представља законски основ за искључење члана, уколико неко од чланова има намеру да поднесе деривативну тужбу ради искључења другог члана по наведеном основу, поставља се питање да ли се тужба подноси по општим правилима за деривативну тужбу, или посебним правилима које се односе само на деривативну тужбу за искључење. Отуда, дефинисање правног основа деривативне тужбе која се односи на искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу може утицати и на оцену дозвољености деривативне тужбе, у контексту испуњености законом прописаних услова за подношење тужбе.

Разлике између уређења деривативне тужбе по општим правилима и посебним из чл. 196 ЗПД се састоје у два сегмента. Први и најзначајнији се односи на претходни захтев. Према општим правилима није дефинисано ком органу друштва се захтев подноси, док је по посебним правилима прописано да се захтев подноси скупштини друштва. Наведено у основи и не представља разлику, јер одсуство прецизирања закона у општем делу ком органу друштва се подноси претходни захтев, једино исправно тумачење које би се могло прихватити јесте да је реч о органу који би иначе имао овлашћење да поднесе тужбу,[28] о чему у случају искључења члана увек одлучује

27 ЗПД, чл. 74, 76.

28 Јована Величковић, *Деривативна тужба*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 367.

скупштина друштва. Суштинска разлика се односи на други сегмент уређења претходног захтева, а то је рок за одлучивање о претходном захтеву. Према општим правилима, да би члан друштва испунио процесну претпоставку за подношење тужбе, друштво би требало у року од 30 дана од дана подношења захтева да изричито одбије захтев или пропусти да одлучи о претходном захтеву.[29] Са друге стране, када је реч о претходном захтеву који је уређен у чл. 196 ЗПД, најпре је потребно да протекне рок од два месеца у оквиру којег друштво има могућност да се изјасни да ли ће друштво поднети тужбу, па се тек након тог момента уколико друштво пропусти да се изјасни, изричито одбије захтев или усвоји захтев, али не поднесе тужбу у року од 30 дана од дана усвајања захтева, члан у даљем року од 30 дана, који се рачуна у зависности од околности која му даје активну легитимацију за подношење деривативне тужбе, стиче активну легитимацију за подношење тужбе. Дакле, примећује се да су рокови за поступање по претходном захтеву у посебном делу ЗПД дужи. Такође, оно што је важно приметити јесте да у општем делу закона не постоји преклузивни рок у којем се деривативна тужба мора поднети, након што друштво одбије, прихвати или пропусти да одлучи о претходном захтеву, већ након што се испуни услов из чл. 79 ЗПД члан има право да поднесе тужбу до истека општег рока из чл. 77 ЗПД. Поред наведеног, у посебном делу закона не постоје процесно-правне одредбе из чл. 79 ст. 2 и чл. 80 ЗПД. Све наведено, представљају значајне разлике те је важно утврдити на који начин се може решити уочена недоследност закона, а која се може решити само избором примене једног од два поменута правна уређења деривативне тужбе У образложењу Закона о изменама и допунама ЗПД из 2018. године је наведено да ,,се интервенише у чл. 196 Закона којим се уређује питање искључења члана одлуком суда, са циљем прецизирања одредаба наведеног члана и његовог усаглашавања са другим законским одредбама, нарочито у погледу рокова прописаних чл. 77 и 79 Закона“.[30] Наведено може представљати доказ да је у очима законодавца реч о две различите тужбе, али и даље се на тај начин не долази до одговора која тужба се подноси у конкретном случају. Једино могуће тумачење које би се могло прихватити јесте да у случају, уколико се искључење члана друштва захтева због повреде посебних дужности, члан који поседује 5% капитала друштва

29 ЗПД, чл. 79, ст. 1, тач. 2.

30 Текст Предлога Закона о изменама и допунама Закона о привредним друштвима доступан на адреси: *http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1319–18%20lat.pdf.*

мора испунити посебне услове из чл. 196. У прилог наведеном говори и следећа аргументација. Посебне дужности се примењују код свих форми привредних друштава. Уколико бисмо се задржали само на примени општих одредаба, без улажења у садржину посебног дела ЗПД, тада би се могло доћи до става да је искључење могуће и код акционарских друштава, што је опште познато да није дозвољено. Стога, општа правила ЗПД се могу тумачити само на начин да је њихова примена могућа у складу са посебним правилима за сваку форму друштава појединачно.

На крају, може се приметити да је законодавац само делимично успео да усагласи општу и посебну деривативну тужбу. Усаглашеност је постигнута у делу општег субјективног и објективног рока за подношење тужбе, док се по питању претходног захтева доста одступило. Разлике које се односе на потребу претходног сазивања скупштине друштва су разумљиве, међутим није јасно из којих разлога је уведен додатни преклузивни рок за подношење саме тужбе, након што друштво не поступи по претходном захтеву, било да се не исти не изјасни, односно не сазове скупштину у дефинисаном року, или захтев одбије, односно не поднесе тужбу у року од 30 дана. Чини се да је законописац сматра да је постигао усаглашење само тиме што се у оба уређења помиње рок до 30 дана, иако у потпуно различитим контекстима. Код опште деривативне тужбе протеком рока од 30 дана члан стиче право да поднесе тужбу, док код посебне деривативне тужбе протеком истог рока, који се може рачунати према три различита момента губи право на подношење тужбе.

4. Процесно-правне дилеме које се односе на одлуку скупштине

Поступак искључења члана друштва судским путем у основи почиње и пре подношења тужбе суду. Наиме, да би суд могао да поступа по тужби за искључење члана потребно је да друштво сходно чл. 196 ст. ЗПД донесе „одлуку о подношењу тужбе“. У том погледу може се рећи да судски поступак искључења члана почиње већ у моменту сазивања седнице скупштине, затим се наставља кроз доношење одлуке о подношењу тужбе и тек у трећем кораку долази до покретања самог парничног поступка. Судска пракса је сасвим оправдано, одлуку скупштине друштва о подношењу тужбе за искључење квалификовала као процесну претпоставку за вођење

поступка по тужби за искључење. У том смислу уколико одлука скупштине не постоји тужба за искључење се одбацује.

О одлуци скупштине друштва као „услову" за подношење тужбе недавно је објављен детаљан научни рад,[31] те ће у наставку бити речи само о допунским детаљима, имајући у виду да се аутор овог рада у целости слаже са изнетим закључцима.

Наведено је да је у судској пракси заузет став да одлука скупштине друштва о подношењу тужбе за искључење представља процесну претпоставку, јер се тужба одбацује уколико одлука скупштине не постоји. Са теоријског аспекта, али и практичног, значајно је утврдити о којој категорији процесне претпоставке је реч. Теорија грађанско процесног права процесне претпоставке дели на оне које се тичу суда, странака, предмета спора и тужбе.[32] У процесне претпоставке које се тичу странака спадају постојање странака, страначка и парнична способност, уредно заступање и постојање права на вођење спора (процесна легитимација).[33] У процесне претпоставке које се тичу предмета спора спадају изостанак литиспенденције и већ пресуђене ствари, односно закљученог поравнања, као и постојање утуживости субјективног права и правног интереса за подношење тужбе.[34] Закон о парничном поступку (ЗПП) прописује само једну процесну претпоставку која се односи на тужбу, а то је уредност тужбе.[35] Поред наведених, постоје и друге теоријске поделе претходно поменутих процесних претпоставки, те уколико се упореде уочава се да се теоретичари не слажу једино по питању класификације правног интереса, јер једни ову процесну претпоставку везују за странке, други за предмет спора, а трећи за тужбу.[36]

Полазећи од наведене (основне поделе) процесних претпоставки у судској пракси је заузет став да је реч о процесној претпоставки

---

31 Владимир Марјански, „Одлука скупштине о подношењу тужбе (покретању спора) за искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу", *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 4/2023, 440–1464.

32 Поред наведених постоје и друге поделе вид. Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2015, 52–55; Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2010, 295–297

33 А. Јакшић, 295–296; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 54.

34 Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 54

35 *Ibid*.; А. Јакшић, 296

36 Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Tužba, VI knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2009, 17; Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 54; А. Јакшић, 296.

која се односи на странке, односно уредном заступању. Наиме, суд наводи следеће „*У недостатку изричите законске одредбе, одлуку скупштине о подношењу тужбе (коју подноси заступник друштва у име друштва) треба третирати као законом прописано овлашћење заступника да покрене парницу, у смислу члана 293 и члана 80 Закона о парничном поступку, па би изостанак такве одлуке скупштине, донете пре подношења тужбе, водио одбацивању тужбе у смислу члана 80 став 5 Закона о парничном поступку*“.[37] Став судова је исправан, јер ЗПД изричито прописује надлежност скупштине друштва за доношење одлуке о подношењу тужбе за искључење,[38] те се у сваком конкретном случају мора испитати да ли постоји одобрење надлежног органа за подношење тужбе. У прилог наведеном говори и чл. 79 ЗПП који прописује да ако је за подношење или повлачење тужбе, признање, односно за одрицање од тужбеног захтева, закључење поравнања, изјављивање, повлачење или одрицање од правног лека, посебним прописима предвиђено да заступник мора да има посебно овлашћење, он може те радње да предузима само ако има овлашћење.

Поред наведеног, у контексту постојања адекватне одлуке скупштине, у судској пракси је постојао спор и око потребне садржине одлуке скупштине о покретању судског поступка, те судови нису били сагласни око питања у којој мери разлог за доношење одлуке и самим тим искључење члана из друштва са ограниченом одговорношћу мора бити образложен. Са једне стране постојао је став да одлука скупштине не мора да садржи детаљно образложење разлога за доношење одлуке и искључење члана из друштва, односно чак ни да сам разлог за искључење не мора бити наведен, јер ће ова питања свакако бити предмет судског поступка.[39] Са друге стране постајала

37 Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 26.11.2014. и 27.11.2014. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној дана 3.12.2014. године – Судска пракса привредних судова – Билтен бр. 4/2014.

38 ЗПД, чл. 200.

39 „Предуслов за подношење тужбе за искључење члана друштва представља одлука, коју доноси скупштина, већином гласова присутних чланова, осим уколико је оснивачким актом одређена већа већина. Овом одлуком скупштине се, за разлику од одлуке скупштине из члана 195 Закона о привредним друштвима не одлучује о статусу члана друштва, већ о подношењу тужбе за искључење члана друштва пред надлежним судом. Иако би расправљање на скупштини, које претходи одлуци, подразумевало и расправљање о разлозима за такво поступање (узроци искључења), у самој

су мишљења да „одлука о искључењу мора да садржи конкретан разлог искључења који је као такав предвиђен законом, уговором или општим актом, односно статутом,“ што указује да детаљно образложење разлога ипак није било неопходно.[40] Међутим, оно што је у пракси остало нејасно јесте да ли у случају када постоји одлука скупштине о покретању судског поступка ради искључења члана, али у њој није наведен разлог за искључење или није довољно образложен, тужбу треба одбацити, јер се судови нису директно бавили овим питањем. Чини се да би одговор на постављено питање био негативан, јер је већински став судова био да у околностима када разлози за искључење нису наведени или довољно образложени у одлуци скупштине тужилац током поступка мора да докаже постојање и основаност разлога за искључење.[41] Овај приступ има оправдање уколико се прихвати тумачење да је основна сврха постојања одлуке скупштине изражавање воље већине чланова друштва да се одређени члан искључи из друштва, а да ли је та воља у складу са законом и актима друштва, то би суд свакако утврђивао током поступка, све и да је разлог за искључење наведен и детаљно образложен у одлуци. Међутим, делује да развој судске праксе ипак иде у смеру да у одлуци скупштине не мора бити наведен разлог за искључење, имајући у виду да је овај став наведен у одговорима на питања са XXXII Саветовања

одлуци о подношењу тужбе за искључење, такви разлози не морају бити изричито наведени. У том смислу одлука скупштине представља процесну претпоставку за вођење парничног поступка по тужби коју подноси заступник друштва у име друштва, а о основаности разлога за искључење, који су били повод доношења одлуке о подношењу тужбе за искључење, ће се расправљати и одлучивати у парничном поступку.“ Вид. Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној дана 03.11.2015., 04.11.2015. и 26.11.2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно–рачунске спорове одржаној дана 30.11.2015. године, *Судска пракса привредних судова – Билтен* бр. 4/2015.

40 Пресуда Привредног апелационог суда Пж – 3533/2014 од 23.4.2015. године.

41 Тако је у пресуди Привредног апелационог суда Пж – 3533/2014 од 23.4.2015. године, у којој је суд изнео став да одлука скупштине мора садржати разлоге за искључење наведено да: „Тужилац је код тужбе којом је тражио искључење туженог као члана друштва морао да наведе тачно одређене радње за које сматра да као такве представљају намерну или грубу непажњу којом се проузрокује штета друштву, односно да наведе дужности које је тужени имао према друштву, а које није извршавао и радње или пропуштања које су спречиле или знатно отежале пословање друштва. Међутим, такве разлоге тужилац ни у својој одлуци коју је донео на седници скупштине 14.02.2013. године ни у тужби није изнео. Стога није доказао да постоје услови за искључење туженог као члана друштва.“

привредних судова Републике Србије, дакле скоро десет година након што је овај став иницијално изнет и након што су донете одлуке у којима се изражава другачији став. У овом случају, питање је могло да иде и у правцу расправе да ли се одлука скупштине може сматрати пуноважном, уколико у њој није наведен или довољно образложен разлог за искључење. Имајући у виду да се пуноважност одлуке скупштине може оспорити само у поступку за побијање, изводи се закључак да суд приликом претходног испитивања тужбе не би смео самостално да улази у оцену пуноважности одлуке скупштине. По овом питању теорија сматра да треба правити разлику између разлога за искључење, као правног основа и животног догађаја који треба да се подведе под неки од прописаних разлога.[42]

Поред наведених проблема, доношење одлуке скупштине друштва о покретању судског поступка ради искључења члана друштва било је праћено и уобичајеним проблемима који се односе на поступак сазивања и одржавања седнице скупштине друштва и самим тим могућност утицаја туженог на поступак доношења одлуке од стране суда. По овом питању у пракси је у једном периоду било спорно, да ли у случају двочланог друштва је могућа примена тужбе, те уопште да ли је могуће да овим правним путем мањински чланови искључе већинског члана. Имајући у виду одредбе о искључењу права гласа у пракси је исправно заузет позитиван став, с обзиром на одредбе ЗПД о искључењу права гласа.[43]

Затим, једно од питања које се поставља јесте да ли друштво има обавезу да поднесе тужбу за искључење против свих чланова друштва код којих постоје разлози, те уколико је то случај, да ли је могуће донети једну одлуку која се односи на све чланове.[44] Идеја о потенцијално обавези друштва да донесе одлуку о покретању поступка у односу на све чланове код којих постоји разлог за искључење постоји због одредбе члана 195 ст. 2 ЗПД која прописује да се одлука може донети само у односу на све чланове друштва који нису извршили своју обавезу. Ипак разлози за искључење члана одлуком друштва и одлуком суда су прилично другачији. Наиме, веома је једноставно утврдити да ли је члан испунио обавезу уношења основног капитала или додатне уплате. У случају када би друштво могло да бира ког

42 В. Марјански, 1459–1461.

43 Одговор на питање привредних судова који је утврђен на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 26.11. и 27.11.2014. године, *Билтен ПАС* 4/14, 65–66, питање 6.

44 В. Марјански, 1457.

члана би искључило због неиспуњења ових обавеза, то би водили неједнаком третману чланова, што је супротно основним постулатима компанијског права, као и изигравању одредбе да друштво не може ослободити чланове ових обавеза.[45] Са друге стране, разлози за искључење судском одлуком су субјективне природе и везују се за понашање сваког појединачног члана. Свакако је могуће да више чланова предузме радње које су по природи исте или сличне, те одлука друштва да искључи само неког од њих би такође могла да води неравноправном третману чланова друштва. Ипак због специфичности искључења судском одлуком, нема оправдања за став да би друштво морало да одлуком обухвати све чланове друштва, већ би различито поступање друштва пре могло да представља материјално-правни приговор да не постоје оправдани разлози за искључење, што би се доказивало поступањем друштва према неком другом члану у истој или сличној ситуацији. Када је реч о томе да ли је могуће донети збирну или појединачну одлуку о покретању поступка, у основи ово није правно, већ техничко питање. Да ли у случају подношења тужбе против више од једног члана се доноси један документ или више њих, оно што је неспорно да правила о гласању, тачније правила о искључењу права гласа се примењују у односу на сваког члана појединачно.[46] Дакле, потпуно је немогуће тврдити да у околностима када друштво једном одлуком искључује више чланова, чланови који се искључују не могу да гласају, не само о свом, већ и искључењу осталих чланова.

5. Процесно-правне дилеме које се односе на ток поступка

Када је реч о самој тужби и каснијем поступку по тужби за искључење постоји неколико питања на која је потребно указати.

Тужилац код тужбе за искључење може бити друштво или члан са 5% удела који је испунио услове за подношење деривативне тужбе. Са друге стране, тужени може бити искључиво члан друштва. У том погледу у теорији се износи став да својство туженог у поступку по тужби за искључење може имати само лице које је у својству члана регистровано код Агенције за привредне регистре.[47] Изнети став је у потпуности оправдан имајући у виду да у овом случај регистрација

45 *Ibid.*

46 В. Марјански, 1458.

47 В. Марјански, 1456.

има конститутивно дејство. Међутим, у пракси се могу наћи случајеви у којима је тужба за искључење поднета против правних следбеника регистрованог члана, дакле лица које није у том својству регистровано као члан друштва и које чак ни не постоји више као правно лице, те је тужба поднета против правних следбеника. У ток контексту суд Врховни (касациони) суд наводи „*У ситуацији кад је тужени чије се искључење тражи правни следбеник уписаног члана друштва, а у парници је обухваћен и други постојећи правни следбеник друштва, стоји пасивна легитимација друготуженог у односу на постављени захтев, иако није уписан у регистар привредних субјеката са својством члана*“[48]

Затим, када је реч о садржини тужбе, следеће питање које се поставља јесте однос субјективног и објективног идентитета одлуке скупштине о подношењу тужбе и саме тужбе. Наиме, у пракси се може догодити да, уколико је, на пример, реч о деривативној тужби, да је тужба за искључење поднета од стране члана друштва који испуњава законом прописани капитал цензус, али на основу претходног захтева који је поднео други члан друштва. На исти начин, могуће је да тужбом буде обухваћено лице које није као потенцијални тужени означено у одлуци скупштине (субјективни идентитет). У погледу објективног идентитета поставља се питање да ли тужбом може да се обухвати животни догађај који даје основ за искључење, а који није био наведен у одлуци скупштине. У овом сегменту се уочава значај одлуке скупштине о подношењу тужбе, као процесне претпоставке за вођење спора, те који је потребан обим њене садржине. У том смислу, однос идентитета одлуке скупштине о подношењу тужбе и садржине тужбе се своди на питање постојања потребног овлашћења за вођење поступка. Наиме, уколико постоји разлика између садржине одлуке скупштине о подношењу тужбе за искључење и саме тужбе, основано се може поставити питање да ли је у односу на такву тужбу друштво изразило правно-релевантну вољу за искључење члана судским путем. Међутим, дефинисање међусобног односа садржине одлуке скупштине и садржине саме тужбе, не би могло да буде предмет закона, већ судске праксе. У том смислу препорука је да се захтева апсолутни идентитет субјективних елемената одлуке скупштине и тужбе за искључење. У односу на тужилачку страну, с обзиром на то да је тужилац увек друштво, у основи и није могуће да се у том својству појави други субјект (ова могућност постоји само у случају када се искључење захтева деривативном тужбом, те се као тужилац

48 Пресуда Врховног касационог суда Прев 870/2022 од 26.1.2023. године.

уместо члана који је поднео претходни захтев, у својству тужиоца легитимише други члан који испуњава капитал цензус). По истом принципу у тужби би на месту туженог могао да се нађе само члан друштва који је наведен у одлуци скупштине.

Са друге стране, потребно је да постоји релативни идентитет између садржине одлуке скупштине о поводу за искључење члана и саме тужбе. Наиме, није спорно да животни догађај који је дао повода за подношење тужбе за искључење може бити детаљније описан у самој тужби, посматрано у односу на одлуку скупштине. Оно што је спорно јесте, да ли је друштву дозвољено да у судском поступку истиче потпуно нов животни догађај као основ за искључење. Одговор на постављено питање је тешко унапред дати, јер је неопходно утврдити везу између већ презентованог и тог новог животног догађаја. Може се догодити да ток поступка наведе друштво на закључак да тужба има мале шансе за успех, те да се почну истицати нови аргументи. На тај начин, могуће се злоупотребе, јер је теоријски ипак могуће да у односу на тај други животни догађај већина чланова сматра да не постоји основ за искључење. Стога би у сваком конкретном случају требало утврђивати да ли постоји правно-релевантна изражена воља друштва за подношење тужбе за искључење и по другом основу. С обзиром на то да је у овом случају реч о процесној претпоставци која се односи на постојање овлашћења за вођење спора, једно од решења за насталу ситуацију би могло бити да се од друштва захтева достављање нове одлуке скупштине којом би се обухватио и нови животни догађај као разлог за искључење, а сходном применом чл. 80 ЗПП. У сваком случају, увођење новог животног догађаја у поступак по тужби за искључење, а посматрано у односу на садржину одлуке о подношењу тужбе не би могло да води одбачају тужбе, јер се не истиче нови правно-заштитни захтев, већ је реч о томе да ли нове околности могу бити предмет спора, те чак и уколико се оцени да то није дозвољено, суд би морао мериторно да одлучи о разлозима који су заједнички за садржину одлуке скупштине и тужбе за искључење.

Следећа процесна ситуација која је морала бити предмет интересовања законодавца, али није, односи се на утицај престанка чланства у друштву на процесни положај туженог. За ову ситуацији у теорији се дају две могућности, да се у датим околностима тужба одбаци, јер друштво не би имало даљи правни интерес за вођење поступка, или да се поступак ипак мериторно оконча одбијањем тужбеног захтева због недостатка пасивне (стварне) легитимације.[49]

49 В. Марјански, 1448.

Требало би прихватити другу могућност из следећих разлога. Правни интерес за подношење тужбе „представља стање повреде или угрожености правне позиције..., које..., оправдава ангажовање суда поводом иницијативе странке у поступку, али и пружање те заштите“.[50] Поред позитивних одређења појма правног интереса, правни интерес се може и негативно одредити, те правни интерес као правнозаштитна потреба не постоји онда када тужилац већ располаже правним инструментом којим би могао остварити онај правнозаштитни резултат који тражи тужбом, затим када је правна заштита законом или вољом странака искључена или када постоји адекватнији пут правне заштите.[51] ЗПП постојање правног интереса, као услов дозвољености тужбе, захтева само код декларaторне тужбе.[52] У том погледу у теорији, али и судској пракси се истиче да се правни интерес за подношење кондемнаторне тужбе претпоставља и самим тим не мора да се доказује, док код конститутивне тужбе није спорaн.[53] Имајући у виду да тужба за искључење члана по правној природи представља конститутивну тужбу, правни интерес, као процесна претпоставка за вођење поступка не би могао да се испитује, с обзиром на изнето схватање теорије и судске праксе да се код ових врста тужби правни интерес не посматра као самостално питање (односно процесна претпоставка). Кад је реч о пасивној легитимацији у поступку по тужби за искључење околности су мало другачије. Наиме, теорија грађанског процесног права у процесне претпоставке које се тичу странака убраја само право на вођење спора, али не и способност да се буде тужени. У том смислу чак и када је законом изричито прописано да само лице одређеног својства може бити тужени, у случају када тужилац као туженог код конкретне врсте тужбе означи лице које нема то својство, судови у пракси не одбацују тужбу, већ доносе мериторну одлуку којом се тужба одбија. Имајући у виду да теорија готово једногласно заступа став да тужбу треба одбацити и у случају када недостаје пасивна процесна легитимација, није јасно из ког разлога судови у овом случају доносе мериторну одлуку.[54] Дакле, уколико се одмах по подношењу тужбе или у раној фази поступка утврди да тужени који је у том својству означен у тужби по самом закону не може имати положај

50 M. Dika (2009), 44.

51 *Ibid.*, 45

52 А. Јакшић, 253–254.

53 *Ibid.*

54 Ј. Величковић, 450.

туженог у поступку, нема основа за наставак поступка и доношење мериторне одлуке. На исти начин би требало поступити уколико се током поступка утврди да тужени више није члан друштва. Међутим, наведени пример из праксе у којем је суд прихватио одлучивање о тужби за искључење против правних претходника регистрованог члана, који више не постоји као правно лице, указује да предложено решење није идеално, иако делује правно-логично. Наиме, уколико би у датој ситуацији суд само на основу чињенице да тужени није члан друштва одбацио тужбу, а без улажења у утврђивање чињеница из којих разлога је као тужени означено лице које није члан, то би могло представљати ускраћивање правне заштите тужиоца. Са друге стране, уколико би суд већ зашао у поступак мериторног утврђивања чињеница, у том случају је целисходније да се поступак и оконча мериторном одлуком. У крајњем исходу, доношење мериторне одлуке требало би да подразумева да је тужиоцу указан виши степен правне заштите, те увек када би постојала дилема да ли тужбу треба одбацити или наставити поступак, одлука би требало да буде да се поступак настави. Идентична ситуација се може догодити на страни тужиоца код деривативне тужбе за искључење.

Предметна ситуација је регулисана општом деривативном тужбом, док није посебним правилима из чл. 196 ЗПД. Још једна тема процесног права је регулисана општом деривативном тужбом, док није посебним правилима из чл. 196 ЗПД, односи се на учешће умешача у поступку по деривативној тужби (о чему ће у наставку бити речи). У оба случаја дилема се своди на то да ли има места сходној примени правила која се односе на општу деривативну тужбу или не.

Полазећи од образложења измена ЗПД из 2018. године којима је деривативна тужба уведена у чл. 196 ЗПД, у којима су две категорије деривативне тужбе перципиране као одвојени процесни механизми чије је уређење потребно усагласити може се констатовати да сходна примена није могућа, те би ова питања морала да се регулишу општим правилима процесног права.

У циљу одговора на питање да ли престанак својства члана на тужилачкој страни, у случају деривативне тужбе за искључење треба да води одбацивању тужбе, теорија нуди две могућности, прва је сходна примена правила из чл. 79 ст. 2, а друга је сходна примена правила која се односе на тужбу за побијање одлуке скупштине друштва, а која су по садржини потпуно различита, јер прва подразумевају да тужилац задржава право на вођење спора, док друга подразумевају

да тужилац губи активну легитимацију.[55] Без изричите законске регулативе је заиста тешко дати одговор на постављено питање, али чини се да би требало прихватити став да у овом случају тужилац ипак задржава активну легитимацију. Наиме, у овом случају треба имати у виду да тужилац, за разлику од тужбе за побијање, код деривативне тужбе за искључење не води спор о свом, већ праву друштва. Отуда губитак својства у самом друштву може указивати да члан друштва нема интерес да даље води поступак, али друштво може имати такав интерес. Свакако могућа је и другачија ситуација, да је управо тужилац члан друштва који је извор несугласица и да престанак чланства подразумева да друштво може наставити даље да нормално функционише. Како је реч о великом броју претпоставки и ситуација које могу настати у пракси, требало би прихватити став да тужилац задржава активну легитимацију, уз могућност да нови члан који је ступио на његово место преузме поступак, или чак само друштво. Правни основ за задржавање активне легитимације може представљати чл. 204 ЗПП, који регулише питање материјално правне сукцесије током парничног поступка.[56] Свакако у овом случају није реч о отуђењу материјалног права које је предмет спора, већ отуђењу права које даје овлашћење за подношење тужбе (активна процесна легитимација). Како је статус титулара материјалног права, правно посматрано, значајнији од статуса лица овлашћеног да предузме одређену радњу, између осталог и да поднесе тужбу, применом општег правног принципа „ко може више, може и мање“ требало би прихватити став да у описаној ситуацији бивши члан задржава право на вођење спора, уз могућност да нови члан уз сагласност иницијалног тужиоца ступи у поступак. У крајњем исходу садржина чл. 204 ЗПП и чл. 79 ст. 2 ЗПД су по последицама идентична – бивши члан задржава активну легитимацију, али може дозволити да на његово место ступи сукцесор.

Када је реч о ступању члана друштва у својству умешача у поступак ради искључења другог члана, околности су мало једноставније у

55 В. Марјански, 1448.

56 Одредба гласи: Ако странка отуђи ствар или право о коме тече парница, то не спречава да се парница међу истим странкама доврши. Лице које је од туженог прибавило ствар или право о коме тече парница, може да ступи у парницу уместо туженог, само ако на то пристану обе странке. Лице које је од тужиоца прибавило ствар или право о коме тече парница, може да ступи у парницу уместо тужиоца, на основу писмене сагласности коју тужилац достави суду.

контексту могућности примене општих правила парничног поступка. Умешач се у теорији дефинише као лице које није странка у поступку, а које се у своје име и на основу свог права укључује у поступак између других субјеката придружујући се оној од њих у односу на коју има правни интерес да она у поступку успе.[57] У том погледу ЗПП прописује да лице које има правни интерес да у парници која тече међу другим лицима једна од странака успе, може да се придружи овој странци.[58] Да би одређено лице ступило у парницу потребно је да се испуне процесно правне и једна материјално правна претпоставка, а то је правни интерес, који представља кључни услов да би суд дозволио одређеном лицу да учествује у парничном поступку у својству умешача.[59] Правни интерес трећег лица за потребе одлучивања о захтеву за мешање у парнични поступак утврђује се на основу одређеног *материјално правног односа између лица које претендује да буде умешач и странке којој се умешач придружује у поступку*.[60] Дакле, суд када одлучује да ли постоји правни интерес потенцијалног умешача треба да цени да ли пресуда донета у поступку може утицати на правни однос између умешача и странке на чијој страни се меша (при чему може бити речи о настанку, измени или престанку правног односа). Веома битна карактеристика утицаја исхода поступка на правни положај умешача јесте да позитиван исход поступка подразумева и позитиван утицај на материјални положај умешача у односу према странци којој се придружио и обрнуто. Уколико пресуда донета у поступку не би имала такав утицај на настанак, промену или престанак одређеног материјално правног односа између умешача и странке на чијој страни би умешач учествовао у поступку, правни интерес за мешање трећег лица у парнични поступак не би постојао.

У односу на тужбу за искључење потреба за мешање других чланова друштва у поступак се може јавити како када је реч о директној тужби друштва, тако и када је реч о деривативној тужби за искључење. У односу на директну тужбу која је поднета од стране самог друштва, без претходног захтева члана, не постоји друга могућност осим да се захтев за мешење цени према општим правилима парничног

57 Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2008, 267.

58 Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 – др. закон, чл. 215.

59 M. Dika (2008), 268–270.

60 *Ibid.*

поступка. Са друге стране, уколико је директна тужба поднета након подношења претходног захтева члана са 5% удела, или је реч о деривативној тужби за искључење, тада се поставља питање да ли има места сходној примени чл. 80 ЗПД који регулише институт умешача код опште деривативне тужбе. Наиме, ЗПД у чл. 80 прописује да ако је друштво поднело директну тужбу због повреде посебних дужности према друштву, члан друштва који је од друштва захтевао подношење те тужбе, може од суда пред којим се води поступак захтевати да му дозволи да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца, а затим и да ако је члан друштва поднео деривативну тужбу због повреде посебних дужности, други члан друштва који испуњава услов капитал цензуса за подношење деривативне тужбе може од суда пред којим се поступак води захтевати да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца. Полазећи од наведених одредаба ЗПД, може се констатовати да је у великој мери одступљено од општег правила које се односи на материјално правне претпоставке за стицање статуса умешача. Наиме, у оба случаја између лица (члана друштва) које претендује да стекне својство умешача и тужиоца не постоји материјално правни однос на који може утицати пресуда донета у поступку по директној, односно деривативној тужби. У првом случају положај умешача може имати члан друштва који је поднео претходни захтев друштву, а који се придружује друштву у поступку против туженог. У другом случају положај умешача може имати било који члан друштва, који се придружује члану друштва који има статус тужиоца у поступку по деривативној тужби. Сва наведена лица међусобно стоје у извесном правном односу, који се заснива на чланству у друштву, међутим тај правни однос није у вези са предметом спора, односно са захтевом које друштво има према туженом. Како је наведено сходно општим правилима ЗПП материјално-правна претпоставка за стицање својства умешача јесте постојање правног интереса, а у виду пре свега позитивног дејства исхода поступка на правни однос умешача и странке којој се придружио. Поставља се питање коју врсту права или обавезе члан друштва који претендује да буде умешач може имати према друштву или према другом члану који има својство тужиоца (или обрнуто), а на основу чињенице да је суд донео пресуду којом се усваја или одбија захтева у поступку по деривативној или директној тужби. Отуда је очигледно да се правни интерес за ступање у поступак не односи се на правни однос који постоји између умешача и странке којој се придружио. Чланови друштва који претендују да буду умешачи имају заправо економски, али не правни интерес да тужилац успе у поступку. Економски интерес умешача постоји у општем смислу да

умешач има интерес да се тужбени захтев друштва усвоји, јер се то може одразити и на његов економски положај који зависи од обима имовине друштва. У том погледу, суд када одлучује о захтеву за мешање у парнични поступак на основу чл. 80 ЗПД не би требало да испитује постојање правног интереса члана друштва који истиче захтев, већ само да ли је реч о члану друштва који је поднео претходни захтев друштву, односно да ли је реч о члану друштва који поседује законом прописан капитал цензус. Другачије схватање појма интереса за стицање својства умешача у смислу чл. 80 ЗПД, чини се да не би одговарало сврси ове законске одредбе. Управо напред дефинисани интерес за ступање у својству умешача у поступку о општој деривативној тужби указује да сходна примена није у потпуности адекватна код тужбе за искључење члана. За разлику од опште деривативне тужбе, којом се увек и без изузетка штити интерес друштва, а само посредно интерес чланова, код тужбе за искључење, а у зависности од разлога који су дали повод за искључење може се догодити да члан друштва има и непосредан правни интерес да друштво успе у спору, пре свега у случају када су односи између чланова у тој мери поремећени да могу довести до блокаде одлучивања и можда чак и ликвидације друштва. У том смислу у сваком конкретном случају треба ценити којим разлозима члан друштва оправдава захтев за мешање у парницу. Наведено подразумева да се захтев за мешање не може одобрити само на основу чињенице да је реч о члану друштва или члану који је поднео претходни захтев. Са друге стране постојање правног интереса не би требало уско тумачити, као када је реч о општем парничном поступку, већ шире. У околностима када се разлози за искључење односе на понашање које је довело до проблема у функционисању друштва, тада тужба за искључење доприноси и заштити чланских права других чланова (иако свакако представља правно средство за заштиту правног интереса самог друштва). У овом случају судови би, барем до изричите законске регулативе, требало да правни интерес захтева за мешање посматрају у контексту духа компанијског права и да ли захтев за мешење може допринети спречавању могућих злоупотреба, конфликта између чланова, те адекватнијој заштити правних интереса самог друштва.

На крају, још једна процесна ситуација која може наступити у току поступка по тужби за искључење јесте да тужени поднесе тужбу за поништај одлуке скупштине друштва о покретању поступка ради искључења члана.[61] Ова околност би представљала основ за прекид

61 Решење Привредног апелационог суда Пж 4032/15 од 23.7.2015. године.

поступка по тужби за искључење, због изнетог схватања судова да је постојање одлуке скупштине процесна претпоставка за подношење тужбе ради искључења члана, јер уколико би се одлука скупштине о подношењу тужбе поништила, тада више не би постојала процесна претпоставка за вођење спора. Свакако наведено може бити предмет злоупотреба, у смислу да се тужба за поништај одлуке поднесе само у циљу одуговлачења поступка за искључење, што уколико се препозна, може бити решено одређивањем привремене мере у једном од два покренута поступка.

6. Закључак

На основу изложене кратке и свакако сегментарне анализе тужбе за искључење члана друштва с ограниченом одговорношћу може се изнети неколико основних закључака.

Тужба за искључење члана друштва је веома сложен институт јер захтева прецизно материјално-правно дефинисање, као и посебна правила поступка, међутим оба сегмента су изостала у ЗПД. Када је реч о уређењу разлога за искључење ЗПД дозвољава да ти разлози буду дефинисани оснивачким актом, те уколико то није случај друштво може да се позове на други оправдан разлог (такви разлози су у чл. 196 ЗПД дати примера ради и нису лимитативни). У основи предметни концепт двојност правних основа којима се уређују разлози за искључење се може оценити као добро решење, али сама редакција одредбе није адекватна, те се приликом њеног тумачења могу јавити извесне дилеме. Најважније дилеме које се могу јавити су да ли разлози за искључење које чланови дефинишу оснивачким актом морају да имају својство „оправданог разлога“, те да ли постојање разлога прописаних оснивачким актом искључује могућност позивања на законске разлога. Имајући у виду да по природи ствари разлози за искључење члана морају бити дефинисани правним стандардима, законодавац је имао могућност, али и обавезу да буде прецизнији барем када је реч о ова два питања. Редакција чл. 196 ЗПД је прилично нејасна, те су могућа различита тумачења, али делује да би се могло рећи да сходно важећем закону и разлози дефинисани оснивачким актом морају имати својство оправданог, али уколико чланови ово питање регулишу оснивачким актом, тиме се искључује могућност позивања на законом дефинисане разлоге. Уколико би се прихватило тумачење да разлози дефинисани оснивачким актом морају да буду оправдани, те да у сваком случају друштву стоје на располагању и разлози дефинисани

законом, тада се губи сваки смисао могућности да се ова материја регулише уговором чланова. Међутим, у контексту изнетих дилема исправнији приступ би био да разлози дефинисани оснивачким актом не морају да имају карактер оправданог, али да морају бити лишени дискреције, док би друштву стајала на располагању и могућност да се позове на разлоге дефинисане законом, који увек испуњавају критеријум оправданости. Следећа важна тема се односи на законом дефинисане разлоге за искључење. У судској пракси се углавном разлози за искључење условљавају последицом у виду немогућности функционисања друштва. Међутим, одредба чл. 196 ЗПД не захтева увек да наступи таква последица да би се члан искључио из друштва. Наведено се односи на два разлога за искључење – проузроковање штете друштву и повреда посебних дужности. Закон за ова два разлога не захтева да су утицала на пословање друштва. Овај закључак се односи и на сваки други разлог на који се друштво позове, а који сматра оправданим, јер листа разлога која је дата у закону није лимитативна. Ипак, уколико се друштво позове на одређено понашање члана, које није довело до последица, тада је упитно да ли разлози могу имати својство оправданог разлога, које својство мора постојати и код поменута два разлога за искључење. По овом питању је законодавац такође морао бити прецизнији, те је утицај на пословање друштва требао бити дефинисан као општи услов за све законом дефинисане разлоге за искључење, имајући у виду сврху постојања искључења као начина престанка чланства у друштву. Наведено су основна питања начелног карактера која се постављају, док је у сваком конкретном случају спорно да ли постоје разлози за искључење онако како су дефинисани законом или оснивачким актом, те се на то питање може одговорити само на основу чињеница сваког конкретног случаја.

Када је реч о процесно-правним питањима закон је скоро у потпуности пропустио да уреди овај сегмент тужбе за искључење. Одлука скупштине друштва о подношењу тужбе је у судској пракси, потпуно исправно, квалификована као процесна претпоставка за подношење тужбе. Управо због наведеног, закон је морао уредити минимум битних елемената које иста мора да садржи. У одлукама судова је било различитих тумачења, али би се рекло да претеже став да одлука скупштине не мора да садржи одређење животног догађаја који је повод за искључење. Овај став није у потпуности исправан, јер како је у теорији указано, треба правити разлику између разлога за искључење који је дефинисан законом и животног догађаја који се подводи под разлог за искључење. Одлука би требало да садржи навођење животног догађаја који је повод за тужбу, али од чланова не треба захтевати

да изврше правну квалификацију под који разлог за искључење тај животни догађај потпада. Затим, није регулисано на који начин престанак чланства у друштву утиче на поступак по тужби. Ово питање се најпре односи на туженог, али се може односити и на тужиоца, уколико се тужба за искључење поднесе у форми деривативне тужбе. У оба случају нема основа за одбацивање тужбе, већ би поступак требало наставити, уз одређена правила која су изложена у раду. Даље било је неопходно уредити посебна правила за ступање у поступак у својству умешача, по угледу на иста правила која се примењују код опште деривативне тужбе. Имајући у виду животне околности које узрокују потребу подношења тужбе за искључење могуће је да се тужба злоупотреби, те да се у договору између појединих чланова обезбеде процесне претпоставке за њено подношење како би се иста злоупотребила, на пример неадекватним вођењем поступка који би резултирао одбијањем захтева. У датим околностима, оправдано је другим члановима дати могућност да учествују у поступку у својству умешеча, која могућност је сходно општим правилима парничног поступка прилично отежана. У овом случају тужба за искључење осим што неспорно треба да допринесе заштити интереса самог друштва, на посредан начин доприноси и заштити чланских права других чланова која су ускраћена тиме да због поступања једног или више чланова друштво не може да функционише, те би на тај начин требало у свакој конкретној ситуацији посматрати њихов интерес за мешање у поступак, тачније појам правног интереса као кључног услова за стицање својства умешача би требало посматрати шире у односу на општи парнични поступак. Коначно, када је реч о деривативној тужби за искључење, законодавац је очигледно пропустио да примети да у односу на повреду посебне дужности чувања пословне тајне и забране конкуренције постоји основ за примену, како опште деривативне тужбе из чл. 79, тако и посебне деривативне тужбе из чл. 196. Неспорно, предност би требало дати посебној тужби, али је однос ове две категорије деривативних тужби морао бити адекватније урешен, јер се тужбе значајно разликују по питању регулисања претходног захтева, као процесне претпоставке за подношење тужбе. Управо нерегулисан однос ове две тужбе ствара дилему да ли постоји сходна примена процесних правила из чл. 79, ст. 2 и 80 ЗПД и на посебну деривативну тужбу из чл. 196 ЗПД. У раду су дати разлози због којих се сматра да ипак нема простора за сходну примену.

Сви ови закључци би могли бити од помоћи законодавцу уколико се поново одлучи да коригује уређење овог института компанијског права.

LAWSUIT FOR EXCLUSION OF A MEMBER OF A LIMITED LIABILITY COMPANY: CERTAIN SUBSTANTIVE AND PROCEDURAL LEGAL ISSUES

Jovana Veličković, PhD*

This paper discusses certain contentious issues arising from the lack of legislative accuracy in regulating the lawsuit for exclusion of a company shareholder. Regarding the grounds for exclusion, the main dilemmas are: whether ground stipulated in the founding act must meet the criteria of being justified, and whether the reasons defined in the founding act exclude the possibility for the company to invoke statutory grounds for exclusion. Furthermore, the question arises whether every harm caused to the company and every breach of duties toward the company constitute grounds for exclusion, or whether these grounds (when only the statutory basis is applied) are in fact more narrowly defined. Finally, does the prevention or hindrance of the company's operations represent a general consequence that must always be present if the company is invoking statutory ground for exclusion? On the procedural side, several dilemmas also emerge: the subjective and objective identity between the assembly's decision to file the lawsuit and the lawsuit itself, the impact of termination of membership on the standing of the parties, and the possibility of analogous application of procedural rules governing general derivative lawsuits to the special derivative lawsuit under Article 196 of the Companies Act. In relation to the derivative lawsuit, in cases of exclusion due to breach of specific duties such as the non-compete obligation and the duty to maintain trade secrets, it is disputed whether two parallel legal regimes exist, and which rules should be applied.

Key words: *shareholder, termination of membership, lawsuit, exclusion.*

* Attorney at law in Belgrade, *jov.velickovic@gmail.com.*

Литература

Јована Величковић, *Деривативна тужба*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020

Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, 3. издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022

Александар Јакшић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду 2010

Марија Караникић Мирић, *Облигационо право*, Службени гласник, Београд 2024

Владимир Марјански, „Одлука скупштине о подношењу тужбе (покретању спора) за искључење ч лана друштва с ограниченом одговорношћу“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 4/2023

Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд 2015

Слободан Перовић (ур.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администрација, Београд 1995

Стеван Шогоров, „Разлози искључења члана из друштва с ограниченом одговорношћу одлуком суда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012

Jakša Barbić, *Pravo društava, knjiga druga, Društva kapitala*, Organizator Zagreb 2007

Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Tužba, VI knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2009

Mihajlo Dika, *Građansko parnično pravo, Stranke, njihovi zastupnici i treći u parničnom postupku, IV knjiga*, Narodne novine, Zagreb 2008

Dionis Jurić, „Isključenje člana iz društva s ograničenom odgovornošću“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2023

УДК 347.72.036; 005.742-057.162:005.254

ДУЖНОСТИ *DE FACTO* ДИРЕКТОРА И „ДИРЕКТОРА ИЗ СЕНКЕ“ ПРЕМА ДРУШТВУ

др Јована Михаиловић*

Закон који у нашој земљи уређује привредна друштва прописује која су лица субјекти посебних дужности према друштву. Између осталих лица, то су и директори друштва. Имајући у виду одредбе поменутог закона, директорима се сматрају само именовани (de jure) директори. У том смислу, у овом раду аутор разматра потребу проширења круга лица која, у складу са законом, имају дужности према друштву тако да истим буду обухваћена и лица која нису изабрана по закону, али делају као директори (de facto директори) као и лица која могу остварити контролу над пословима друштва који су у надлежности директора друштва, и то путем давања инструкција директорима друштва (тзв. „директори из сенке“). Наведену идеју било би могуће спровести уколико би појам директора био дефинисан на шири начин, тј. уколико би, поред de jure директора, обухватио и de facto директоре, затим ако би појам „директора из сенке“ био у закону садржан и уколико би било прописано да ова лица имају дужности према друштву у оквиру радњи које су предузете од стране директора друштва, а у складу с инструкцијама и упутствима „директора из сенке“. Основна идеја којом је вођен овај рад јесте да, иако формално нису директори, односно иако формално постоји одређени недостатак у њиховом избору, у оквиру предузетих радњи, односно утицаја на предузимање радњи од стране по закону именованих директора, de facto директори и „директори из сенке“, треба да имају дужности и одговорност формалних директора.

Кључне речи: *дужности према друштву, именовани (de jure) директори, de facto директори, „директори из сенке“.*

* Саветник за прописе у Народној банци Србије, *jov.mihailovic@gmail.com.*

1. Лица која имају посебне дужностима према друштву

Директори привредних друштава и остали чланови пословне заједнице свесни су да је последњих година велика пажња посвећена управо стандарду пажње који се очекује од директора компанија.[1] Ипак, забринутост због могуће одговорности не би требала да буде монополизована од стране изабраних директора. Лица блиско повезана с компанијом, такође, треба да буду свесна неколико правних норми због којих одговорност може пасти и на њих.[2]

У том смислу закон који у Републици Србији уређује привредна друштва, предвиђа да су субјекти посебних дужности према друштву, не само директори већ и: ортаци и комплементари, чланови друштва са ограниченом одговорношћу који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или контролни члан тог друштва, акционари који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или контролни акционар тог друштва, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи и ликвидациони управник. Прописано је и да се оснивачким актом односно статутом могу и друга лица одредити као лица која имају посебне дужности према друштву.[3] Наведена лица субјекти су следећих дужности: пажње,[4] пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, избегавања сукоба интереса и чувања пословне тајне.[5] Поред тога, сва наведена лица осим ликвидационог управника субјекти су и дужности поштовања забране конкуренције.[6] Уколико лице које има дужности према друштву

1 Robyn Carroll, „Shadow Directors and Other Third Party Liability for Corporate Activity", *The Centre for Corporate Law and Securities Regulation*, Faculty of Law, The University of Melbourne, Melbourne, 1997, 162, доступно на адреси: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=924312* (15.9.2025).

2 *Ibid*.

3 Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019, 109/2021 и 19/2025, чл. 61.

4 Основни задатак дужности пажње јесте да дефинише степен пажње који је потребно испољити приликом обављања својих дужности у друштву, било да се послови обављају лично, било да се делегирају другим лицима, у ком случају постоји обавеза надзора тих лица од стране преносиоца овлашћења. Bernard S. Black, „The Core Fiduciary Duties of Outside Directors", *Asia Business Law Review* 3–16, Stanford Law School Working Paper No. 219, 2001, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=270749*, 6.6.2025, 14.

5 ЗОПД, чл. 63, 65, 69 и 72.

6 ЗОПД, чл. 75.

повредом тих дужности проузрокује штету друштву, друштво против тог лица може поднети тужбу за накнаду штете.[7] Тужбу за накнаду штете може поднети и један члан друштва или више њих у своје име, а за рачун друштва под законом прописаним условима (деривативна тужба).[8] Додатно, и члан друштва може у своје име и за свој рачун, против лица са посебним дужностима према друштву, поднети тужбу за накнаду штете коју му то лице проузроковало повредом посебних дужности према друштву (индивидуална тужба).[9] Лица која имају законом установљене дужности према друштву дужна су да своје послове извршавају савесно, са пажњом доброг привредника и у разумном уверењу да делају у најбољем интересу друштва (фидуцијарна дужност).[10] Лице са посебним дужностима према друштву које докаже да је поступало на наведени начин није одговорно за штету која из таквог поступања настане за друштво.[11]

2. Врсте директора и дужности директора према друштву

Пракса избора директора као заступника интереса одређених акционара или осталих интереса у оквиру компаније путем именовања јесте законом препознат начин избора директора.[12] Закон који у нашој земљи уређује привредна друштва не садржи дефиницију директора, али одредбе овог закона третирају само једну категорију директора

7 ЗОПД, чл. 64, 67, 71, 74 и 76.

8 ЗОПД, чл. 79.

9 ЗОПД, чл. 78.

10 ЗОПД, чл. 63, ст. 1.

11 ЗОПД, чл. 63, ст. 5. Немогућност конкретизције стандарда уговорног права „добар привредник“ или „добар стручњак“, кад је реч о одговорности лица која имају дужности према привредном друштву, натерало је законодавце компанијског права и пословни свет да траже правило прилагођено овим потребама. Тако се дошло до правила пословног одлучивања *business judgment rule.* Врховни суд америчке државе Делавер (*Delawere*) углавном се држи праксе да постоји претпоставка таквог поступања ових лица кад је реч о њиховој одговорности, што значи да тужиоци морају да пруже супротан доказ, што је „тежак терет“ (наш законодавац поставља обрнуто правило). Нав. према: Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 135.

12 Michele Kyra Havenga, *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities*, University of South Africa, Pretoria 1995, 307.

– именоване директоре (*de jure* директоре).[13] Именовани *директори привредног друштва* (*de jure* директори) јесу лица која су изабрана на место директора у складу с правилима која уређују тај избор; те уколико су се прихватила те функције; затим ако нису разрешена функције односно ако нису поднела оставку.[14]

Избор директора путем именовања сам по себи, није споран. Није спорно ни да је могуће да именовани директор поступа у складу с инструкцијама оних лица која су га изабрала[15] те је, с тим у вези, могуће и да поступа супротно интересу компаније, а у складу с интересом лица од стране којих је постављено. Схватања према којима именовани директори треба да делају у складу с инструкцијма датим од стране

13 Тако се, када се ради о друштву с ограниченом одговорношћу у закону који уређује привредна друштва наводи да директора именује и разрешава скупштина, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно. Када је у питању акционарско друштво, директоре именује и разрешава скупштина. ЗОПД, чл. 218, 220, 384 и 395. Дакле, наше право познаје само именоване (*de jure*) директоре. С друге стране, у неким правним системима дефиниција појма директора, поред *de jure* директора обухвата и *de facto* директоре и „директоре из сенке". Тако је у енглеском праву директор дефинисан као свако лице које дела као директор (обавља послове из делокруга послова директора), без обзира којим се именом назива. Изнета дефиниција, обухвата и *de jure* директоре и *de facto* директоре. Поред тога, у енглеском праву дефинисан је и појам „директора из сенке". *Companies Act* 2006 – CA 2006, одељак 250 и 251.

14 Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher L. Ryan, *Mayson, French & Rayan on Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2004, 463.

15 У вези с односом директора и лица која су га именовала, поједини аутори наводе да се директор може наћи у безизлазној ситуацији када постоји сукоб интереса друштва према коме има дужности и интереса лица од стране којих је именовано, те наводе као пример случај *Scottish Cooperative Wholesale Society Ltd v Meyer* (1959). Наиме, друштво *Scottish CWS* имало је 4.000 од укупно 7.900 издатих акција компаније *Scottish Textile and Manufacturing Co. Ltd* те је, у складу са статутом компаније, изабрало три од пет директора. Остала два директора били су мањински акционари компаније. *Scottish CWS* донело је одлуку да компанија послује у пословној линији која је конкурентна оној у којој послује *Scottish CWS* и тако са намером кренуло ка уништењу компаније (с циљем да мањински акционари буду потпуно истиснути из компаније, прим. аутора). Изабрани директори нису урадили ништа да то спрече. Иако су ова лица била дужна да интерес друштва ставе испред интереса оних који су их изабрали, то нису учинили. У овом случају није било покушаја да се издејствује и лична одговорност именованих директора. Захтев мањинских акционара да буду ослобођени од вођења послова друшта на начин који је штетан за саму компанију је успео те је *Scottish CWS* било обавезано да купи акције мањинских акционара. Нав. према: *Ibid*., 532.

лица која која су их именовала све док су те инструкције у складу с најбољим интересом компаније позивају се на начин на који је компанија у стварности организована, односно на чињеницу да би поступање супротно наведеном, довело именоване директоре у безизлазну ситуацију.[16] Ипак, треба имати у виду да је лице које је именовањем изабрано на место директора компаније *de jure* директор[17] који је субјекат посебних дужности према друштву. У том смислу, ово лице и уколико поступа у складу с упутствима и инструкцијама оних лица која су га изабрала, мора поступати у најбољем интересу компаније – у супротном биће одговорно за накнаду штете[18] коју је проузроковало друштву повредом дужности према друштву.[19] Дакле, директори су дужни поступати у интересу друштва, а не у интересу лица од стране којих су изабрани. У складу с наведеним је и одлука донета у случају *Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Ltd (1991).* Наиме, *Kuwait Asia Bank EC* именовала је своја два запослена за два од пет директора комапније *AIC Securities Ltd (AICS).* Суд је у одлуци у овом случају, између осталог, навео да су директори именовани од стране наведене банке били у обавези да занемаре интересе и жеље лица од стране ког су постављени (банке), те да инструкције дате од стране

16 Став тадашњег судије Врховног суда Новог Јужног Велса, *Re Broadcasting Station 2GB Pty Ltd* [1964–5] *NSWR* 1648, Jacobs J. Нав. према: *Ibid.*, 532 и 533.

17 Именовани директор би могао бити описан као лице од кога се, независно од начина на који је изабран, очекује да дела према одређеном споразуму у складу с којим се очекује лојалност одређеним лицима. Нав. према: M. K. Havenga, 307 фн. 31.

18 Управа по дефиницији ради (треба да ради) у име и за рачун друштва. Међутим, интереси власника (акционара) и интереси управе привредног друштва могу се разликовати. Овај феномен компанијског права назива се првим агенцијским проблемом. Нав. према: Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме,* Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2013, 84. Управо је наметање личне одговорности директора примарно решење првог агенцијског проблема. Оно служи одвраћању директора од неадекватне употребе својих овлашћења и обезбеђењу компензације компанији за штету коју су јој нанели директори, вид. детаљније: Zipora Cohen, „Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View", *Journal of Corporation Law*, Vol. 26, No. 2, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=264852* (13.9.2025). За више о агенцијским проблемима у привредним друштвима, вид. Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део)", *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009 и Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање", *Корпоративно управљање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008.

19 ЗОПД, чл. 64.

банке нису изговор за кршење дужности које имају према *AICS*.[20] Чини се да је неопходно обезбедити да директор поседује слободу да своје послове извршава савесно, са пажњом доброг привредника и у разумном уверењу да дела у најбољем интересу друштва. Наведено је могуће обезбедити, између осталог, и уколико би лица у складу с чијим упутствима и инструкцијама *de jure* директори делају били субјекти посебних дужности према друштву, те у том смислу и могући обвезници накнаде штете проузроковане друштву услед поступања у складу с њиховим упутствима и инструкцијама.

2.1. Појам и положај *de facto директора*

Не треба заборавити да је могуће да лице предузима радње из делокруга надлежности de jure директора иако не испуњава напред поменуте услове, тј. иако се не може сматрати именованим (*de jure*) директором. *Лице које дела као директор привредног друштва, а није de jure директор назива се de facto* директором.[21] *De facto* директорима сматрала би се и лица која су изабрана на функцију директора, али постоји одређени недостатак у вези с њиховим избором или у вези с њиховим квалификацијама.[22] Ова лица иако делају као директори, то, с правног аспекта, нису. Ипак, радње које су ова лица преузела пре него што је недостатак у вези са њиховим избором откривен, имају правно дејство.[23] Будући тако, у случају да је таквим радњама нанета штета, сасвим је оправдано да постоји право друштва и/или чланова друштва да потражују накнаду штете која им је проузрокована повредом дужности према друштву од стране *de facto* директора. Приликом анализирања положаја *de facto* директора

20 S. W. Mayson, D. French, C. L. Rayan, 532.

21 *Ibid*.

22 У судској и пословној пракси сматра се да се у позицији тзв. фактичког директора, односно „директора из сенке“ налази лице које директно или преко неког другог лица, врши један континуиран утицај на управљање одређеним друштвом, било да то чини под окриљем или уместо његових законских заступника. Нав. према: М. Васиљевић (2013), 202. Иако би се и „директори из сенке“ могли сматрати фактичким директорима (јер се њихова „воља“ спроводи), у овом раду направљена је јасна разлика између појма *de facto* директора и „директора из сенке“. Прихваћен је, дакле, став оних аутора који истичу да треба правити разлику између ова два појма. Вид. нпр: Mark Woodcock, McDowell Purcell „Are banks becoming shadow directors?“, октобар 2010, доступно на адреси: *http://www.accountingnet.ie/recession_resources/Are_Banks_Becoming_Shadow_Directors.php* (10.9.2025).

23 M. K. Havenga, 308.

треба поћи од чињенице да они нису „стварни директори", те се, у погледу права, не могу уподобити положају „правих директора".[24] Тако фактички директори нису овлашћени да принудним путем траже накнаду за директорски рад у износу на који би имали право као *de jure* директори (било да именовани директори, у складу с уговором имају право на накнаду; било да немају, у ком случају ће морати да доказују да је постојао договор да накнада за рад буде исплаћивана и сл.), али суд може наложити компанији да им исплати неку врсту накнаде за извршени рад.[25] У контексту наведеног поставља се питање да ли се *de facto* директори могу у погледу обавеза уподобити положају „правих директора". Чини се да је, имајући у виду да је интерес компаније и лица потенцијално оштећених радњама фактичких директора исти – спречавање избегавања одговорности на основу чињенице да је неко директор само *de facto*,[26] одговор на наведено питање позитиван. С тим у вези, за време док активно воде послове друштва, фактички директори треба да имају исте дужности као и валидно именовани директори.[27]

2.2. Појам и положај „*директора из сенке*"

„Директорима из сенке" називају се лица која имају довољно моћи да утичу на делање *de jure* директора. Тако је у енглеском праву „директор из сенке" дефинисан као лице у складу с чијим налозима и инструкцијама директори поступају (при чему се давање професионалних савета од стране лица чија је то делатност, не сматра давањем налога и инструкција у смислу наведене дефиниције, те се професионални саветници не сматрају „директорима из сенке").[28] Могуће је да матично друштво буде „директор из сенке" свог подређеног друштва. Ипак, уколико је тако, то не значи да су и директори матичног друштва „директори из сенке" у односу на подређено друштво.[29] У вези с наведеним, потребно је ближе се позабавити питањем који услови треба да буду испуњени да би се

24 Наташа Петровић Томић, „Осигурање од одговорности директора и чланова управе компанија", *Анали Правног факултета у Београду* 2/2008, 191.

25 *Ibid*., *фн*. 38. *Нав. према:* Robert R. Pennington, *Directors' Personal Liability*, Collins Professional Books, London 1987, 25.

26 *Ibid*.

27 *Ibid*.

28 CA 2006, одељак 251.

29 S. W. Mayson, D. French, C. L. Rayan, 463.

једно лице могло сматрати „директором из сенке“. Чини се да је, да би се једно лице сматрало директором из сенке неопходно да директори компаније поступају у складу с упутствима и инструкцијама датим од стране тог лица на регуларној основи, током дужег временског периода.[30] Дакле, „директором из сенке“ може се сматрати само лице у складу с чијом инструкцијама директори компаније поступају. Уколико само неки директори компаније поступају у складу с инструкцијама датим од стране трећег лица, то лице се не може сматрати „директором из сенке“.[31] Тако је у случају *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell* из 2001. године, суд закључио да није неопходно доказати да то лице даје инструкције у погледу свих радњи директора, али је потребно доказати да то лице има стварни утицај на пословање компаније; затим, одлуку о томе да ли одређена комуникација треба да буде третирана као инструкција односно упутство, доноси суд; поред тога, савет (осим професионалних савета од стране лица чија је то делатност) може бити третиран као инструкција односно упутство; такође, није неопходно доказати да су директори прихватили подређен положај односно да су се одрекли својих овлашћења и на крају, иако се користи термин „директор из сенке“, заправо је могуће да лице буде „директор из сенке“ на отворен начин (није неопходно да „вреба из сенке“).[32] Суд је указао и да постоји одређен ризик повезан с коришћењем епитета попут „марионета „директора из сенке“„ или „плесач уз мелодију „директора из сенке“ за одбор директора, будући да наведени епитети указују на већи ниво контроле од оног који дефиниција „директора из сенке“ прописана одељком 251, CA 2006. захтева.[33]

Такође, банка односно кредитна институција које је привредном друштву одобрила кредит, може се наћи у улози „директора из сенке“. Наведено је могуће уколико се привредно друштво (корисник кредита), уговором обавезало на поштовање тзв. рестриктивних клаузула које дају повериоцима моћ мешања у корпоративно управљање у друштву и представљају „јака“ ограничења постављена привредном друштву од стране повериоца која му омогућавају да контролише начин на

30 *Ibid*., 464.

31 *Ibid*., 463 и 464.

32 *Ibid*., 464.

33 Colin R. Moore, „Obligations in the Shade: The Application of Fiduciary Directors' Duties to Shadow Directors“, Kent Law School, University of Kent, 2014, 5, доступно на адреси: *https://ssrn.com/abstract=2489472* (1.9.2025).

који дужник води свој посао.[34] Управо из наведеног разлога поједини аутори наводе да ове клаузуле могу имати толико јак утицај на одлучивање и управљање у привредном друштву да могу омогућити банци и осталим кредитним институцијама мешање у управљање дужником које води статусу „директора из сенке".[35] Ипак, широко је раширено уверење да поверилац (зајмодавац) треба да искорачи веома много из уобичајног оквира односа зајмодавац – зајмопримац да би се налазио под ризиком да буде сматран „директором из сенке".[36] У вези с наведеним, судска пракса је на становишту да је лице које је означено као потенцијални „директор из сенке", а које је истовремено и поверилац привредног друштва, овлашћено да заштити интересе које има као поверилац друштва при чему није нужно да постане „директор из сенке".[37]

2.3. (Не)постојање дужности *de facto* директора и „директора из сенке" према друштву

Чини се да закон који уређује привредна друштва у нашој земљи не прописује основ за подношење тужбе за накнаду штете против *de facto* директора будући да ова лица нису лица која имају дужности према друштву, а појам директора обухвата само именоване директоре. Даље, ни лица у складу с чијим упутствима и налозима поступају именовани директори нису, у нашем праву, субјекти дужности према друштву (осим ако су лица која дају упутства чланови (акционари) друштва са значајним учешћем у основном капиталу или су упутства односно инструкције дате од стране контролног члана (акционара) тог друштва, или од стране члана надзорног одбора, заступника или прокуристе). Ипак, ова лица јесу субјекти одговорности према

34 Светислав Таброши, „Природа одговорности менаџмента према кредиторима", Корпоративно управљање, други део (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009, 404. Вид. Јована Михаиловић, „Утицај рестриктивних клаузула на корпоративно управљање", одбрањен необјављен мастер рад на Правном факултету Универзитета у Београду, 2015.

35 Зоран Васиљевић, „Одговорност из уговора о кредиту", *Правни живот* 11/12, 658.

36 Eilis Ferran, „The place for creditor protection on the agenda for modernization of company law in the European Union", *ECGI – Law Working Paper No. 51/2005*, 17, доступно на адреси: *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=841884* (8.8.2025).

37 *Ultraframe Ltd v Fielding* [2005] EWHC 1638 (Ch). Нав. према: *Ibid*., фн. 78.

друштву, али у делокругу радњи за које су они надлежни, а не радњи које су у надлежности директора друштва. У том смислу, без постојања појма „директора из сенке“ тешко да би и ова лица (а нарочито не остала трећа лица) могла, у нашем праву, бити позвана да друштву (односно и/или члановима друштва) накнаде штету насталу делањем *de jure* директора по њиховим упутствима односно инструкцијама којима су дужности према друштву прекршене.

3. Потреба проширења круга лица са дужностима према друштву на *de facto* директоре и „директоре из сенке“

Основна идеја којом је вођен овај рад јесте да, иако формално нису директори, у оквиру предузетих радњи односно утицаја на предузимање радњи од стране *de jure* директора, *de facto* директори и „директори из сенке“, треба да имају дужности и одговорности формалних директора. Сасвим је оправдано да у случају да *de facto директори или „директори из сенке“* својим лошим управљањем пословима друштва нанесу штету друштву, ова лица буду у обавези да је надокнаде. С тим у вези, чини се да је потребно проширити круг лица која, у складу са законом који уређује привредна друштва у Републици Србији, имају дужности према друштву тако да истим буду обухваћена и лица која нису изабрана по закону, али делају као директори друштва (*de facto* директори) и лица која могу остварити контролу над пословима друштва који су у надлежности директора путем давања инструкција директорима.

У литератури су мишљења у вези с постојањем фидуцијарне дужности *de facto* директора,[38] укључујући и оне који делају без

38 *Havenga* наводи да је могуће разликовати две категорије *de facto* директора. Прво, лица која делају као директори иако нису изабрана на место директора на начин прописан законом. У ову категорију *de facto* директора убрајају се и лица која контролишу именоване директоре. На нивоу друштва, ова лица се не сматрају директорима – немају право на накнаду, потом, уколико закон именованим директорима даје право сазивања ванредне седнице друштва, ова лица то право немају. Друга врста *de facto* директора су лица која су изабрана на место директора, али постоји неки недостатак у њиховом избору. У вези с првом категоријом директора, аутор *S. J. Naude* сматра да та лица не поседују фидуцијарне дужности према друштву, те наводи да би уговор о мандату између прве категорије *de facto* директора и компаније, било могуће протумачити тако да ова лица према компанији имају дужности уобичајне за ту врсту уговора. Havenga, 307 и 308 фн. 41. Нав. према S. J. Naude

да су на било који начин изабрани, подељена.[39] Ипак, чини се да је најпримереније поступити у складу с принципом „нема моћи без одговорности".[40] *Управо имајући у виду* „моћ" директора односно *надлежности директора компаније, од велике је важности да de facto директори* и „директори из сенке" буде субјекти посебних дужности према друштву као виду противтеже овлашћењима којима располажу (иако им овлашћења којима располажу нису поверена на начин на који су поверена *de jure* директорима). Изнето је битно нарочито због чињенице да су дужности истовремено потенцијалне одговорности,[41] те да би на тај начин ова лица могла бити обвезници накнаде штете која би друштву била нанета њиховим поступањем које је супротно садржини дужности које имају према друштву.

У вези са *de jure* и *de facto* директорима као субјектима фидуцијарних дужности, аутори истичу да су ова лица у енглеском праву без сумње субјекти фидуцијарних дужности према друштву (имајући у виду дефиницију појма директор). С друге стране, позиција „директора из сенке" у погледу (не)поседовања ових дужности није сасвим јасна и иста је била предмет судског разматрања у великом броју случајева, али је судска пракса по наведеном питању веома различита.[42] Свакако да посебне дужности према друштву треба да имају лица чије одлуке могу да утичу на положај трећих лица. Ипак, наведено правило није одувек примењивано. Наиме, све до скора „директори из сенке" могли су да доносе одлуке о питањима која се тичу пословања компаније, а да не буду субјекти посебних одговорности према привредном друштву. Ипак, одлука у случају *Vivendi SA против Richards and Bloch (2013)*[43] померила је границе будући да је овом одлуком установљено да су и „директори из сенке"

Die Regsposisie Van Die Maatskappydirekteur, Durban 1970, 69. Други аутори наводе да се наведени став не чини убедљивим, те су става да постоје ситуације у којима није лако распознати да је то лице у својству агента компаније. Један пример био би случај када „манипулатор" даје упутства у складу с којима се слепо поступа. Havenga, 308 фн. 41. Нав. према McLennan, *Directors' Fiduciary Duties and Misapplication of Company Funds*, 1982, 403.

39 M. K. Havenga, 307.

40 Вид. University of Pretoria, „Part III Framework for a Duty to Creditors", 2007, 165, доступно на адреси: *http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/25731/03part3.pdf?sequence=4&isAllowed=y* (30.7.2025).

41 C. R. Moore, 2.

42 *Ibid*.

43 *Vivendi SA and Centenary Holdings Ltd v Murray Richards and Stephen Bloch* [2013] EWHC 3006 (Ch).

субјекти посебних одговорности према друштву, бар до одређене границе. Наиме, тужбу против *Stephen Bloch*-а који је био *de jure* директор компаније *Centenary Holdings III Limited* и *Murray Richards* – а који је са компанијом *Centenary Holdings III Limited* закључио уговор о пружању консултантских услуга и који је према наводима тужбе био „директор из сенке" поменуте компаније која је била чланице *Vivendi SA* групе друштава од 2000. године, поднела је *Vivendi SA*.[44] У периоду између марта 2004. и фебруара 2005. године *Centenary Holdings III Limited* извршила је девет плаћања трећим лицима у укупном износу већем од 10.000.000 фунти. У наведени укупни исплаћени износ урачунат је и износ од 600.000 фунти исплаћених г. *Richards*-у по основу поменутог уговора и износ од 5.3000.000 фунти који му је исплаћен по основу дивиденди. У одлуци суда се наводи да је г. *Bloch* као *de jure* директор прекршио дужности према друштву тиме што је довео компанију у ситуацију да изврши наведена плаћања, али и да је г. *Richards* одговоран за кршење сличних дужности и то у својству „директора из сенке", те због због помагања г. *Bloch*-у у кршењу дужности према друштву.[45]

Ипак, у случају *Ultraframe (UK) Ltd* против *Fielding and others* (2005),[46] суд је закључио да је „директор из сенке" лице по чијим инструкцијама већина чланова одбора директора дела, те да сама чињеница да је то лице „директор из сенке" у складу са законском дефиницијом, није довољна да би то лице било субјекат истих фидуцијарних дужности које имају *de jure* и *de facto* директори. У конкретном случају донета је одлука да релевантно лице није било „директор из сенке" нити једне компаније, јер за одбор директора није било уобичајно да дела у складу с његовим инструкцијама или упутствима у релевантном временском периоду: суд је сматрао да је релевантно лице постало *de facto* директор у тренутку од када је имало исто право гласа као *de jure* директори у погледу доношења важних пословних одлука.[47]

44 Toby Brown, „Article preview Vivendi SA v Richards [2013] EWHC 3006 (Ch)", *Jurnal Issues*, Vol 11, Issue 4, London 2014, доступно на адреси: *https://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=821* (15. 7. 2025).

45 AO HALL Advocates, „Shadow directors – power and influence bring responsibility", 2014, *Guernsey,* доступно на адреси: *http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cf359cdc-31f8–410a-a789-e1620e1f5f91* (20.8.2025).

46 *Ultraframe (UK) Ltd v Fielding & Ors* [2005] EWHC 1638 (Ch).

47 Одлуку је донео Високи суд Енглеске и Велса (енгл. *High Court of England and Wales*) 2005. године. Вид. детаљније на адреси: *http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2005/1638.html* (15. 9. 2025).

4. Начини на које је у нашем праву могуће проширити круг лица која имају дужности према друштву

Будући да моћ и утицај треба да имају адекватну противтежу у одговорности, круг лица која, у складу са законом који уређује привредна друштва у Републици Србији, имају дужности према друштву треба да обухвати и лица која нису изабрана по закону, али која делају као директори (*de facto* директори) и лица која могу остварити контролу над пословима друштва путем давања инструкција *de jure* директорима („директори из сенке“). Наведену идеју било би могуће спровести уколико би закон који у нашој земљи уређује привредна друштва, садржао појам директора којим би, поред именованих директора, били обухваћени и *de facto* директори. Такође, зарад спровођења изнете идеје, у закону који уређује привредна друштва би требала да буде садржана дефиниција „директора из сенке“, те да буде прописано да ова лица имају дужности према друштву у оквиру радњи које су предузете од стране директора друштва, а у складу с инструкцијама и упутствима „директора из сенке“.

Тако се у енглеском праву директором сматра свако лице које дела као директор – којим год именом да се назива.[48] Појам директора дефинисан на изнети начин, укључује не само именоване директоре, већ и *de facto* директоре. Такође, у енглеском праву је, како је напред у овом раду напоменуто, дефинисан и појам „директора из сенке“. „Директор из сенке“ је лице у складу с чијим налозима и инструкцијама директори поступају, при чему се давање професионалних савета од стране лица чија је то делатност, не сматра давањем налога и инструкција у смислу наведене дефиниције, те се професионални саветници не сматрају „директорима из сенке.[49] Такође је прописано да опште дужности према друштву[50] имају

48 CA 2006, одељак 250, „*In the Companies Acts „director“ includes any person occupying the position of director, by whatever name called.*“

49 CA 2006, одељак 251, „*In the Companies Acts „shadow director“, in relation to a company, means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act.*“

50 У складу са CA 2006, опште дужности према друштву су: дужност делања у оквиру својих надлежности, дужност делања у најбољем интересу друштва, затим дужност доношења одлука на основу независног суда, дужност пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало потребна знања и вештине, дужност избегавања сукоба интереса, дужност неприхватања повластица од стране трећих лица и дужност пријављивања сукоба интреса. CA 2006, одељак 171–177.

директори друштва. Наведено значи да су именовани (*de jure*) и *de facto* директори лица која имају дужности према друштву. Ове дужности засноване су на одређеним правилима обичајног права као и на, са њима изједначеним принципима који се примењују на директоре друштва, те опште дужности имају правну снагу ових правила односно принципа.[51] У вези с наведеним, опште дужности према друштву треба да буду тумачене и примењиване на исти начин као и правила обичајног права и с њима изједначени принципи, а приликом њихове примене и тумачења, треба узети у обзир и наведена правила и принципе.[52] Дакле, у енглеском праву опште дужности примењују на „директоре из сенке" када, и у мери у којој се правила обичајног права те са њима изједначени принципи примењују на „директоре из сенке".[53]

Изнету идеју могуће је делом спровести и тако што би одговорност трећих лица била проширена и на лица која су намерно користећи свој утицај у друштву навела директоре да предузму радњу на штету друштва или његових акционара, као и на лица која су имала користи од штетне радње ако су је с намером предузела.[54] Слично решење прихвата хрватски Закон о трговачким друштвима:[55]

„Тко са наканом користећи свој утјецај у друштву наведе члана управе односно извршног директора или члана надзорног, односно управног одбора, прокуристу или пуномоћника да подузму нешто на штету друштва или његових дионичара, одговара друштву за штету која би му тиме била причињена. Та особа одговара за штету и дионичарима, ако им је она настала, неовисно о штети која је почињена друштву."

---

51 CA 2006, одељак 170 (3), „*The general duties are based on certain common law rules and equitable principles as they apply in relation to directors and have effect in place of those rules and principles as regards the duties owed to a company by a director*."

52 CA 2006, одељак 170 (4), „*The general duties shall be interpreted and applied in the same way as common law rules or equitable principles, and regard shall be had to the corresponding common law rules and equitable principles in interpreting and applying the general duties*."

53 CA 2006, одељак 170 (5), „*The general duties apply to shadow directors where, and to the extent that, the corresponding common law rules or equitable principles so apply*."

54 М. Васиљевић (2013), 202.

55 Zakon o trgovačkim društvima, *Narodne novine*, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, 34/22, 114/22, 18/23 i 130/23, чл. 273, ст. 1.

Упутно је скренути пажњу и да се у домаћем Кривичном законику,[56] у делу у коме је одређено значење израза у том законику, наводи да се одговорним лицем у правном лицу сматра, између осталих, и лице коме је фактички поверено обављање одређених послова управљања, надзора или других послова из делатности правног лица.

5. Закључак

Како је напред наведено, може се десити да лице које није формално изабрано да обавља функцију директора, фактички обавља ту функцију или да директори који су формално изабрани поступају према инструкцијама одређеног лица, „директора из сенке". Због тога, иако формално нису директори, у домену предузетих радњи односно утицаја на предузимање радњи од стране именованих директора, *de facto* директори и „директори из сенке", треба да имају дужности и одговорности формалних директора. У том смислу, појам директора привредног друштва у нашем праву сувише је уско постављен будући да је ограничен само на именоване директоре те би, најпре, овај појам требало проширити тако да истим буду обухваћена и лица која нису изабрана по закону, али која делају као директори (*de facto* директори). Затим, пожељно би било да сам појам „директора из сенке" буде у закону садржан, те да буде прописано да ова лица имају дужности према друштву у оквиру радњи које су предузете од стране директора друштва, а у складу с инструкцијама и упутствима „директора из сенке".

56 Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – исправка, 107/2005 – исправка, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019, чл. 112, ст. 5.

DE FACTO AND SHADOW DIRECTORS DUTIES TOWARDS THE COMPANY

Jovana Mihailović, PhD*

In accordance with existing Serbian company law, the directors of the company are, inter alia, the subjects of special duties towards the company. Considering relevant provisions, only appointed (de jure) directors are considered as directors. In this regard, the paper analyses the necessity to expand the range of individuals with the duties towards the company and include also persons who are not elected by law, but act as directors (de facto directors), as well as persons whose directions or instructions the company's formally appointed directors are accustomed to follow (i.e. shadow directors).

In order to introduce the mentioned concept, the term director should be defined and it should include not only de jure directors, but also de facto directors. Furthermore, the term shadow director should be incorporated in the law. Also, it would be necessary to prescribe that those persons have the duties to the company if the relevant actions of de jure directors are taken in accordance with the instructions or directions of the shadow director. The main idea of the article is that, although they are not formally directors, or even though there is a formal defect in their selection, within the framework of actions taken, or influence on actions taken by legally appointed directors – de facto directors and shadow directors should have the duties and responsibilities of formal directors.

Key words: *duties towards the company, de jure directors, de facto directors, shadow directors.*

* Adviser for regulation in the National bank of Serbia, *jov.mihailovic@gmail.com*.

Литература

AO HALL Advocates, „Shadow directors – power and influence bring responsibility“, 2014, *Guernsey,* доступно на адреси: *http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cf359cdc-31f8–410a-a789-e1620e1f5f91* (20.8.2025)

Bernard S. Black, „The Core Fiduciary Duties of Outside Directors“, *Asia Business Law Review* 3–16, Stanford Law School Working Paper No. 219, 2001

Colin R. Moore, „Obligations in the Shade: The Application of Fiduciary Directors' Duties to Shadow Directors“, Kent Law School, University of Kent, 2014

Јована Михаиловић, „Утицај рестриктивних клаузула на корпоративно управљање“, одбрањен необјављен мастер рад на Правном факултету Универзитета у Београду, 2015

Mark Woodcock, McDowell Purcell „Are banks becoming shadow directors?“, октобар 2010, доступно на адреси: *http://www.accountingnet.ie/recession_resources/Are_Banks_Becoming_Shadow_Directors.php* (10.9.2025)

Michele Kyra Havenga, *Fiduciary duties of company directors with specific regard to corporate opportunities*, University of South Africa, Pretoria 1995

Мирко Васиљевић, „Корпоративно управљање и агенцијски проблеми (I део)“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2009

Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011

Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме,* Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд 2013

Наташа Петровић Томић, „Осигурање од одговорности директора и чланова управе компанија“, Анали Правног факултета у Београду 2/2008

Robert R. Pennington, *Directors' Personal Liability*, Collins Professional Books, London 1987

Robyn Carroll, „Shadow Directors and Other Third Party Liability for Corporate Activity“, *The Centre for Corporate Law and Securities Regulation*, Faculty of Law, The University of Melbourne, Melbourne, 1997

Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher L. Ryan, *Mayson, French & Rayan on Company Law*, Oxford University Press, Oxford 2004

Светислав Табороши, „Природа одговорности менаџмента према кредиторима“, Корпоративно управљање, други део (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009

Toby Brown, „Article preview Vivendi SA v Richards [2013] EWHC 3006 (Ch)“, *Jurnal Issues*, Vol 11, Issue 4, London 2014, доступно на адреси: *https://www.chasecambria.com/site/journal/article.php?id=821* (15. 7. 2025)

University of Pretoria, „Part III Framework for a Duty to Creditors“, 2007, 165, доступно на адреси:

http://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/25731/03part3.pdf?sequence=4&isAllowed=y (30.7.2025)

Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, *Корпоративно управљање – зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008

Zipora Cohen, „Directors' Negligence Liability to Creditors: A Comparative and Critical View“, *Journal of Corporation Law*, Vol. 26, No. 2

Зоран Васиљевић, „Одговорност из уговора о кредиту“, *Правни живот* 11/12

УДК 347.736/.739(497.11); 904:347.218.3

ТРЕТМАН КУЛТУРНИХ ДОБАРА И ЊИХОВА ПРОДАЈА У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Дарко Цуканић*

У овом раду аутор указује на сукоб два закона: Закона о културном наслеђу и Закона о стечају. Законом о културном наслеђу је прописано да Република Србија има право прече куповине културног добра у приватној својини, као и да је забрањена продаја културних добара у поступку стечаја без претходно спроведеног права прече куповине, чиме се обезбеђује да Република Србија сачува та добра. Супротно томе, Закон о стечају прописује да се отварањем стечајног поступка гасе раније стечена права прече куповине. У пракси стечајне судије настоје да „помире" наведене законе, тако што признају право прече куповине прописано Законом о културном наслеђу, али истовремено овај правни институт подводе и уподобљавају одредбама Закона о стечају које регулишу уновчење имовине стечајног дужника, јер се једино применом тог закона може спровести продаја у стечајном поступку. Коначно, аутор предлаже да се овај проблем реши изменама Закона о стечају или заузимањем коначног става Привредног апелационог суда о овом правном питању.

Кључне речи: *културно добро, стечај, уновчење имовине, право прече куповине.*

* Судија Привредног суда у Београду, *okrad1069@gmail.com*.

1. Појам културног добра

Појам културног добра дат је у одредбама члана 3 тачка 5 Закона о културном наслеђу („Службени гласник РС“, број 129/2021). Овај закон ступио је на снагу 5.1.2022. године, а примењује се истеком годину дана од дана његовог ступања на снагу, осим одредаба чл. 114–129 које ће се примењивати даном приступања Републике Србије Европској унији.

Културна добра су ствари и творевине материјалне и духовне културе од општег интереса, вреднована и утврђена у складу са законом, и чине саставни део материјалног културног наслеђа. Тачком 14 је прописано да установе заштите и очувања културног наслеђа су установе које обављају делатност заштите и очувања културног наслеђа у складу с одредбама овог закона и одредбама посебних закона којима се уређују појединачне области заштите културног наслеђа. У тачки 16 је дефинисано да централне установе заштите у Републици Србији су Републички завод за заштиту споменика културе, Народни музеј Србије, Државни архив Србије, Народна библиотека Србије и Југословенска кинотека.

Члан 55 став . овог закона прописује да се културна добра уписују у регистар културних добара према врстама у складу са овим законом и посебним законима којима се уређују појединачне области заштите културних добара.

Одредбом члана 72 Закона о културном наслеђу прописано је да делатност заштите културног наслеђа од општег је интереса за Републику Србију.

Одредба члана 99 став 1 Закона о културном наслеђу прописује да власник, односно држалац културног добра, у смислу овог закона је ималац који је носилац права на културном добру (власник, односно ималац другог стварног права или страна у облигационом односу) или свако друго правно или физичко лице које на било који начин и по било којем основу има државину над њим, односно које користи или управља културним добром.

Члан 100 Закона о културном наслеђу дефинише права власника и држалаца, тако што власник, односно држалац има право: 1) да користи културно добро на начин који је у складу са законом и мерама утврђеним на основу закона; 2) да спроводи мере заштите с пажњом доброг домаћина; 3) на правичну накнаду у случају забране коришћења или ограничења коришћења културног добра; 4) на

накнаду штете коју трпи услед мере којом је обезбеђена доступност културног добра јавности.

Осим права, власници и држаоци културних добара имају и обавезе и одговорности које су дефинисане као одређене дужности и уздржавања од одређеног чињења, сагласно члановима 101 и 102 овог закона, који их ближе одређују.

2. Право прече куповине и колизија закона

Право прече куповине је регулисано Законом о промету непокретности („Сл. гласник РС“, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015) и Законом о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља и „Сл. гласник РС“, бр. 18/2020).

Право прече куповине овлашћује једно лице (ималац права прече куповине, прекупац) да захтева од сопственика, када се одлучи да ствар прода, да му је понуди пре свих осталих купаца, а ако сопственик не поступи овако, него прода ствар трећем лицу, право прече куповине овлашћује прекупца да захтева да му се ствар уступи по цени и под условима под којима је закључен уговор о продаји. Према томе, кад сопственик одлучи да прода ствар, дужан је да је понуди ради куповине најпре лицу које има право прече куповине, па тек ако овај одбије понуду или не одговори у одређеном року, сопственик може ствар слободно продати било ком трећем лицу.

Право прече куповине може се установити законом и уговором.

Основна карактеристика права прече куповине је могућност супротстављања овог права трећим лицима.

У оквиру главе X Закона о културном наслеђу – Промет, комерцијално коришћење и експропријација културних добара, налази се и Право прече куповине које је регулисано одредбама члана 103.

Ставом првим овог члана закона, прописано је да Република Србија има право прече куповине културног добра у приватној својини, док је у другом ставу прописано да је забрањена продаја односно промет уметничких дела, односно културних добара у поступку стечаја без претходно спроведеног права прече куповине из става 1 овог члана, на који начин се обезбеђује да Република Србија сачува та добра. Ставом шест је прописано да у случају продаје културног добра лице које продаје, односно лице које организује продају је дужно

да о намери, месту, времену продаје и цени предметног добра обавести установу заштите културног наслеђа. Седмим ставом је прописано да је установа заштите у обавези да се у року не дужем од 30 дана од добијања обавештења изјасни о намери коришћења права прече куповине. Ставом осам је предвиђено да у случају да се установа заштите одрекне права прече куповине културног добра или не одговори на понуду у року из става 7. овог члана, власник предметног добра може то добро продати другом лицу под условима који не могу бити повољнији од услова који су били понуђени установи заштите. У ставу девет је прописано да остваривање права прече куповине непокретног културног добра обавља се на начин и по поступку утврђеном законом којим се регулише промет непокретности.

Овако дефинисан појам културног добра и остваривање права прече куповине у Закону о културном наслеђу захтева посебан осврт на поједине ситуације у случају када се над правним лицем које је власник или држалац културног добра отвори поступак стечаја.

Законом о стечају се уређују услови и начин покретања и спровођења стечаја над правним лицима. Стечајни поступак који се спроводи банкротством има за циљ најповољније колективно и сразмерно намирење поверилаца из вредности целокупне имовине стечајног дужника, односно дужника као правног лица, остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.

Једна од последица отварања стечајног поступка по стечајног дужника је и та да се отварањем стечајног поступка гасе раније стечена права прече куповине у погледу имовине стечајног дужника, сагласно одредби члана 75 став 1 Закона о стечају. Из наведеног следи да Закон о стечају који је „*lex specialis*“ на другачији начин регулише право прече куповине од Закона о културном наслеђу. За разлику од Закона о културном наслеђу, који предвиђа законско право прече куповине у корист Републике Србије уколико се над правним лицем у чијој се својини налази културно добро отвори стечај, Закон о стечају изричито прописује престанак права прече куповине као правну последицу отварања стечајног поступка, при чему не прави разлику између законског и уговорног права прече куповине.

3. Превазилажење колизије закона у досадашњој пракси судова

С обзиром на колизију два позитивноправна закона, поставља се питање како поступати приликом уновчења стечајне масе коју, између осталог, чини културно добро. Уколико се прихвати становиште да право прече куповине престаје отварањем стечајног поступка, културно добро које је део стечајне масе би се уступило купцу који је понудио највећу цену без икаквих даљих условљавања, након процедуре продаје спроведене у складу са стечајним законом и Националним стандардима за управљање стечајном масом. Насупрот томе, ако би се у поступку стечаја приликом продаје имовине стечајног дужника коју чини културно добро, као изузетак, применио Закон о културном наслеђу, то би значило да би отварањем стечаја Република Србија имала право прече куповине културног добра које чини стечајну масу. Примена једног или другог решења доводи неминовно и до разлике у поступку продаје имовине стечајног дужника.

Стриктном применом Закона о културном наслеђу када је у питању културно добро у стечајној маси стечајног дужника, наилази се на проблем који се манифестује и у томе што се остваривање права прече куповине непокретног културног добра обавља на начин и по поступку утврђеном законом којим се регулише промет непокретности, а он се битно разликује од поступка продаје прописаног Законом о стечају и Националним стандардима за управљање стечајном масом. У поступку стечаја, уновчење и деоба стечајне масе, намирење и закључење стечајног поступка регулише Глава IX Закона о стечају. Након доношења решења стечајног судије о банкротству и уновчењу имовине, стечајни управник започиње и спроводи продају имовине и у том правцу му стоје на располагању различити начини уновчења и методи продаје, у складу са овим законом и националним стандардима за управљање стечајном масом. Тај поступак има своје специфичности и његова примена је обавезна у стечају, тако да примена Закона о промету непокретности у овој фази поступка није могућа.

Поред тога, рок за изјашњење имаоца права прече куповине о учињеној понуди је различит, и он по Закону о културном наслеђу износи 30 дана од добијања обавештења, док Закон о промету непокретности прописује рок од 15 дана од дана пријема понуде, тако да и у погледу ова два закона постоји колизија у дужини рока за изјашњење о намери коришћења права прече куповине.

У циљу превазилажења ових проблема, а ради даљег спровођења поступка стечаја, у предметима над стечајним дужницима у чијој стечајној маси су се налазила културна добра, стечајне судије су до сада поступале тако што су комбиновале оба закона, имајући при том у виду одредбе Закона о културном наслеђу у погледу права прече куповине Републике Србије, а одредбе Закона о стечају у погледу самог поступка продаје. Дакле, кроз поступак уновчења односно продаје имовине стечајног дужника предвиђен Законом о стечају, стечајне судије су остављале могућност имаоцу права прече куповине, односно надлежним установама заштите да ово право остварују на следећи начин:

У Обавештењу о намери, плану продаје, начину уновчења, методу продаје и роковима продаје из члана 133 став 1 Закона о стечају, навело би се да је предмет продаје културно добро и да ће оно након спроведене продаје изабраном методом, бити понуђено ради куповине најпре лицу које има право прече куповине по оствареној цени, па тек ако оно одбије понуду или не одговори у одређеном року, најбољи понуђач ће бити проглашен купцем.

Потом би се и у Огласу о продаји из члана 132 став 7 Закона о стечају, навело идентично обавештење, на који начин би сви потенцијални купци били благовремено упознати са установљеним правом прече куповине на предмету продаје или њеном делу, које је културно добро.

Према томе, из наведеног несумњиво произлази да су стечајне судије у пракси настојале да „помире“ наведене законе у делу у ком постоји колизија, тако што би признавале право прече куповине прописано Законом о културном наслеђу, дајући могућност Републици Србији да се користи правом прече куповине установљено Законом о културном наслеђу, имајући посебно у виду чињеницу да је делатност заштите културног наслеђа од општег интереса за Републику Србију, али истовремено би овај правни институт подводиле и уподобљавале под одредбе Закона о стечају које регулишу уновчење имовине стечајног дужника, јер се једино применом тог закона могла обавити процедура продаје у стечајном поступку.

Примена наведеног приступа у решавању ових предмета доводи да тога да би Република Србија, односно одговарајућа установа заштите по врсти културног наслеђа, могла да буде проглашена купцем културног добра уколико у одређеном року након обавештења стечајног управника о постигнутој цени у законито спроведеном

поступку продаје упути истоветну понуду (понуду под истим условима као најбољи понуђач). На тај начин се остварује исти циљ који је прокламован Законом о културном наслеђу, а то је да се културна добра сачувају њиховом куповином од стране Републике Србије.

4. Примери из судске праксе

У судској пракси је било случајева продаје имовине стечајног дужника која је потпадала под појам културног добра.

У стечајном поступку пред Привредним судом у Београду у стечајној маси стечајног дужника су се између осталог налазила 148 дела ликовне уметности које је Музеј града Београда прогласио за културно добро и на које је претендовао Град Београд као ималац права прече куповине. Међутим, Град Београд је и сам учествовао у поступку продаје стечајног дужника јавним надметањем и дао је наповољнију понуду, и на тај начин је превентивно избегао различито тумачење законске одредбе о праву прече куповине. Након окончања јавног надметања и постигнуте цене у спроведеном поступку продаје у складу са Законом о стечају, стечајни судија је прогласио Град Београд купцем. На тај начин, Град Београд је понудом незнатно вишег износа од највеће постигнуте цене постао титулар права својине над тим културним добром.

У једном другом поступку стечаја пред Привредним судом у Београду, Одлуком о утврђивању имовине стечајног дужника за споменик културе, иста је утврђена за споменик културе и утврђене су мере заштите споменика културе. У складу са чланом 103 став 6 Закона о културном наслеђу, стечајни управник је писаним путем обавестио Завод за заштиту споменика културе града Београда и Дирекцију за имовину Републике Србије о понуђеној цени предметног добра (предмета продаје на јавном надметању) са позивом да се у року не дужем од 30 дана од добијања тог обавештења изјасне о намери коришћења права прече куповине. У обавештењу је изричито наведено да у случају да Република Србија као ималац права прече куповине искористи то право и прихвати постигнуту цену на јавном надметању, купопродајни уговор ће, у том случају, бити закључен са Републиком Србијом, а депозити враћени учесницима јавног надметања. Купопродајни уговор мора се закључити у складу са роковима предвиђеним огласом о продаји за све учеснике. У случају да се Завод за заштиту споменика културе одрекне права прече куповине културног добра или не

одговори на понуду у року не дужем од 30 дана од добијања писаног обавештења, уговор о купопродаји ће у наредном року од три дана бити закључен са најповољнијим понуђачем. Република Србија, односно њена установа заштите није користила право прече куповине и културно добро је продато најбољем понуђачу.

У овом случају стечајни судија је применио Закон о културном наслеђу као изузетак од правила да се отварањем стечајног поступка гаси раније стечено право прече куповине у погледу имовине стечајног дужника.

Такође, у стечајном поступку Привредног суда у Београду стечајну масу стечајног дужника између осталог чинила је непокретност која је проглашена културним добром и на којој је забрањена градња објеката. У поступку продаје ове имовине, и у Обавештењу и у Огласу о продаји стечајни управник је навео да се продаје културно добро са правом прече куповине, с тим што је Обавештење достављено и Заводу за заштиту споменика културе. И у овом случају Република Србија, односно њена установа заштите није користила право прече куповине и културно добро је продато најбољем понуђачу.

У поступку стечаја над стечајним дужником пред Привредним судом у Крагујевцу, извршена је продаја стечајног дужника као правног лица, у чијој се процењеној имовини налазило и културно добро. Стечајни судија је у Огласу о продаји навео да се продаје и имовина која је културно добро и да на тој имовини постоји право прече куповине. Након извршене продаје о постигнутој цени обавестио је Републички Завод за заштиту споменика културе, Министарство културе и Народни музеј да се може користити правом прече куповине у одређеном року, што такође указује да је стечајни суд и у овој ситуацији прихватио право прече куповине из Закона о културном наслеђу.

Овде је интересантна ситуација, с обзиром на то да се ради о продаји стечајног дужника као правног лица. Дакле, продавао се капитал стечајног дужника, будући да код продаје стечајног дужника као правног лица купац стечајног дужника није купац појединачних делова имовине стечајног дужника, већ његовог капитала и не стиче право својине на појединим деловима имовине стечајног дужника (за разлику од продаје другим начином уновчења), већ стиче удео, односно акције над самим стечајним дужником а имовина окоја је била предмет процене и продаје остаје у власништу стечајног дужника. На купца се преносе власничка права над предузећем уз истовремено брисање свих терета како на уделима, тако и на имовини предузећа

које је ушло у процену стечајног дужника као правног лица. Купац се уписује у Регистру привредних субјеката АПР као члан, оснивач, односно акционар предузећа над којим је обустављен поступак стечаја. Куповином правног лица у стечају купује се његова актива (покретне и непокретне ствари и права). Остваривањем права прече куповине на имовини која је културно добро, ималац тог права би постао власник капитала и стекао би удео или акције над стечајним дужником у одређеној сразмери, али и даље не би постао ималац права својине на културном добру.

5. Остале напомене

Закон о промету непокретности, чија је примена предвиђена Законом о културном наслеђу када је у питању остваривање права прече куповине непокретног културног добра, пре намераване продаје предвиђа обавезну претходну понуду имаоцу права прече куповине која мора да садржи податке о непокретности, цени и осталим условима продаје, и мора бити у писменом облику. Међутим, да би се претходна понуда уопште упутила, потребно је одредити цену, а цена се у поступку продаје у стечајном поступку формира у складу са правилима Закона о стечају и Националним стандардима за управљање стечајном масом. То даље значи да би се у поступку стечаја поступак продаје најпре морао одвијати у складу са Законом о стечају и свакако би претходио понуди имаоцу права прече куповине, јер се коначна цена може определити тек након успешно спроведеног поступка продаје јавним надметањем, јавним прикупљањем понуда и евентуално непосредном погодбом. Тек по прихвату најбоље достављене понуде а пре фазе закључења уговора, односно пре доношења решења стечајног судије о констатацији продаје, стекли би се услови за понуду имаоцу права прече куповине, и тада би се застало са закључењем уговора односно доношењем решења о констатацији продаје све док не протекне рок прописан за изјашњење имаоца права прече куповине о понуди.

Даље, што се тиче продаје културних добара у стечајном поступку, свакако не би требало изгубити из вида и да је правилно утврђивање вредности културног добра од изузетне важности приликом његове процене.

Закон о стечају у члану 132 став 5 предвиђа да уз сагласност одбора поверилаца стечајни управник може ангажовати домаћа или страна лица стручна за вршење продаје јавним надметањем ако је

предмет продаје уметничко дело, односно други специфичан предмет продаје за који постоји специјализовано тржиште. Међутим, културно добро се не може по аутоматизму изједначити само са уметничким делом и са специфичним предметом продаје за који постоји специјализовано тржиште, јер је појам културног добра много шири и обухвата сва она непокретна и покретна културна добра која чине материјално наслеђе. У том смислу, предлог је да би процену такве имовине стечајног дужника, имајући у виду да се ради о специфичној имовини од општег интереса за Републику Србију, за коју су потребна посебна знања, требало да врши овлашћено стручно лице из области којој припада културно добро.

У судској пракси је такође било примера када су уметничке слике биле у саставу стечајне масе и тада је њихову процену вршио кустос музеја, као стручно лице.

У случају повреде права прече куповине Закон о промету непокретности предвиђа могућност подношења тужбе са захтевом да се уговор о продаји непокретности огласи без дејства према њему и да се непокретност њему прода и преда под истим условима. У том случају се дакле не може тражити поништај уговора, већ само да се уговор о продаји који је иначе пуноважан, огласи да не производи правна дејства у односу на имаоца права прече куповине.

Насупрот томе, законитост спроведене продаје у стечајном поступку цени се кроз жалбени поступак у ком се решава о жалби против решења из члана 133 став 12 Закона о стечају – решење стечајног судије о констатацији продаје које је правни основ за пренос права својине и свих других права стечених продајом. Уговор о купопродаји ни не мора бити закључен у форми која би у редовним околностима била потребна, јер он и није основ за стицање права својине већ је то решење стечајног судије. На то решење би право жалбе требало омогућити и имаоцу права прече куповине.

6. Закључак

С обзиром на то да је делатност заштите културног наслеђа од општег интереса за Републику Србију, једно од могућих решења у циљу превазилажења колизије закона, једне подношење иницијативе за измену Закона о стечају у делу одредбе члана 75. тако што би се евентуално у наставку првог става додало „осим у случају законског права прече куповине“ или „осим у случају законског права прече

куповине културног добра у приватној својини“. На тај начин би се отварањем стечајног поступка раније стечено „уговорно“ право прече куповине у погледу имовине стечајног дужника гасило, за разлику од „законског права“ прече куповине које би и даље егзистирало. Правни основ за извесно „фаворизовање“ државе у односу на друге имаоце уговорног права прече куповине, и оправдање за овакав вид посебне заштите културних добара налази се у Законом о културном наслеђу предвиђеном општем интересу за Републику Србију, о чему судови воде рачуна. Изменом наведене одредбе Закона о стечају или пак заузимањем коначног става Привредног апелационог суда о овом правном питању, престаће правна несигурност која тренутно постоји. С друге стране, оправдање за другачији став (против права прече куповине у поступку стечаја) могло би се наћи у чињеници да је један вид заштите свакако обезбеђен тако што би сваки каснији титулар права својине културног добра које је стекао у поступку стечаја на оригинаран начин, био у обавези да се придржава обавеза и одговорности прописаних Законом о културном наслеђу, па је без значаја чињеница да ли се оно налази у својини државе или правног лица, а посебно што се и до тренутка отварања поступка стечаја културно добро налазило у приватној својини.

Очигледно је да ће колизија два поменута закона у погледу права прече куповине културног добра у поступку стечаја и даље представљати недоумицу у примени права и да ће ово правно питање бити спорно све до заузимања правног става Привредног апелационог суда или до измена закона у овом делу. Све до коначног заузимања става другостепеног суда и решења овог питања, проблем права прече куповине културних добара у стечајном поступку превазилазио би се комбинацијом оба закона на начин како су стечајне судије поступале и до сада.

THE TREATMENT AND SALE OF CULTURAL HERITAGE ASSETS IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Darko Cukanić*

In this paper, the author highlights the conflict between two laws: the Law on Cultural Heritage and the Bankruptcy Law. The Law on Cultural Heritage stipulates that the Republic of Serbia holds the right of first refusal for the purchase of cultural property in private ownership, and also prohibits the sale of cultural property in bankruptcy proceedings without first exercising this right, thereby ensuring that the Republic of Serbia can preserve such property. In contrast, the Bankruptcy Law provides that, upon the initiation of bankruptcy proceedings, previously acquired rights of first refusal are terminated. In practice, bankruptcy judges attempt to „reconcile" the two laws by acknowledging the right of first refusal as prescribed by the Law on Cultural Heritage, while simultaneously adapting and aligning this legal concept with the provisions of the Bankruptcy Law governing the sale of the debtor's assets, as the sale can only be carried out under the framework of the Bankruptcy Law. Finally, the author proposes that this issue be resolved either through amendments to the Bankruptcy Law or by the Commercial Appellate Court adopting a final position on this legal matter.

Key words: *cultural heritage, bankruptcy, sale of assets, right of first refusal.*

* Judge at Commercial Court in Belgrade, *okrad1069@gmail.com*.

УДК 005.21:334.72.021(52)

ПРАКСА КОРПОРАТИВНОГ УПРАВЉАЊА У ЈАПАНУ: ПРИНЦИПИ, ИЗАЗОВИ И РЕФОРМЕ

Лидија М. Зечевић*

Овај рад истражује најбоље праксе корпоративног управљања у Јапану, са посебним освртом на савремене реформе и актуелне изазове са којима се овај систем суочава. У првом делу рада приказан је историјски развој корпоративног управљања у Јапану, уз нагласак на улогу Токијске берзе крајем 20. века, као и на активан рад кабинета премијера Шинза Абеа (Shinzo Abe) на пољу економске политике, и анализу кључних одредби Кодекса корпоративног управљања из 2015. године.

Рад даље разматра савремене изазове у области корпоративног управљања, попут питања одрживости, транспарентности и дијалога између акционара и носилаца интереса. Посебан акценат стављен је на Принципе и извештаје које је усвојила Токијска берза, уз детаљно објашњење сваког принципа и његове примене у пракси.

Додатно, анализиран је рад Института за корпоративно управљање, са посебним освртом на институционални значај и стратешки допринос развоју корпоративног управљања у Јапану. У закључку, рад истиче значај проучавања корпоративног управљања као области и нуди препоруке за могуће правне и институционалне реформе у Србији, инспирисане јапанским моделом.

Кључне речи: *корпоративно управљање, Јапан, Кодекс корпоративног управљања, Токијска берза.*

---

* Ауторка је студенткиња треће године докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду; email: *lidijapzecevic@gmail.com*.

Рад је настао као резултат истраживачког боравка у Јапану, захваљући Сакура стипендији, додељене од стране Japan Tobacco International групе и Амбасаде Јапана у Београду.

1. Увод

Тему овог истраживања представља актуелна реформа корпоративног управљања у Јапану и њене практичне последице на пословање јапанских компанија, као и поуке које се могу извести из досадашње праксе корпоративног управљања на које би српско право могло у будућности да се угледа.

Корпоративно управљање у Србији се суочава са низом проблема и потешкоћа, који заједно представљају велики изазов за функционисање српских компанија и остваривање профита. Низак ниво транспарентности пословања, недовољна заштита акционара, агенцијски проблеми, низак степен корпоративне културе и професионалне етике и недостатак иновација представљају само неке од изазова на које је неопходно адекватно одговорити. Иако је у протеклим деценијама покушаја реформе и те како било, одговора на изнесене потешкоће и даље нема.

Са друге стране, према подацима Међународног Монетарног Фонда за 2025. годину, Јапан представља по величини четврту економију.[1] Истовремено, Јапан се убраја и у земље са најмањом стопом корупције.[2] За овакву импресивну статистику одговоран је пре свега висок степен професионалне свести, уз висок стандард пословне етике и корпоративне културе. У прилог томе говори и чињеница да су чак и политичке странке у својим предизборним кампањама говориле о важности корпоративног управљања за даљи развој привреде и економске политике, и истицале значај и неопходност реформе корпоративног управљања.[3]

Узимајући у обзир чињеницу да се јапанска правна теорија проблемима корпоративног управљања бавила много раније од српске правне теорије,[4] ово истраживања би могло представљати значајан теоријски допринос српској правној мисли, а такође би могло пружити

1 Доступно на: *https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPD@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD* (8.4.2025).

2 Доступно на: *https://www.usnews.com/news/best-countries/rankings/least-corrupt* (8.4.2025).

3 John Buchanan, Simon Deakin, „Has Japan's corporate governance reform reached a turning point? Some cautionary notes", *Asia Pacific Business Review* 30(3)/2024, 434.

4 Toru Yoshikawa, Lai Si Tsui-Auch, Jean McGuire, „Corporate governance reform as institutional innovation: The case of Japan", *Organization Science* 18(6)/2007, 978.

и смернице за унапређење постојећег правног оквира и прилика на овим просторима. Управо због тога, потребно је детаљно анализирати јапанску реформу корпоративног управљања, релевантне правне акте и званичне извештаје реномираних јапанских институција, као и праксу јапанских компанија као узор за унапређење домаћег правног оквира. Поред тога, рад пружа увид у праксу Института за корпоративно управљање у Јапану (енгл. *Institute of Corporate Governance Japan*), будући да су рад овог Института, као и континуиране едукације и тренинзи, од веома великог значаја за развој корпоративног управљања јапанских компанија.

2. Корпоративно управљање у Јапану

Јапански модел корпоративног управљања представља својеврсни „хибридни модел", односно комбинацију једнодомног (америчког) и дводомног модела и њихових карактеристика,[5] иако неки аутори сматрају да у последње време све више нагиње ка америчком моделу.[6] Токијска берза (енгл. *Tokyo Stock Exchange*) представља једну од највећих берзи на свету,[7] а задатак Токијске берзе јесте да обезбеди највише стандарде корпоративног управљања.[8]

Почетак промене у корпоративном управљању догодио се 1997. године током Азијске финансијске кризе,[9] када је компанија „Sony" променила унутрашњу структуру, одвојивши директоре са надзорном функцијом од директора са извршном функцијом, да би касније многе

5 Дуња Дубајић, „Корпоративно управљање у Јапану – системи одбора и независност чланова уз осврт на функцију надзорног одбора у српским компанијама", *Страни правни живот* 62(1)/2018, 121–122.

6 Hideaki Sakawa, Naoki Watanabel, „Institutional Ownership and Firm Performance under Stakeholder-Oriented Corporate Governance", *Sustainability* 12(3):1021/2020, 3.

7 Nobuya Matsunami, Kaoro Tatsumi, „Corporate Governance Laws and Regulations Japan 2024–2025", *https://iclg.com/practice-areas/corporate-governance-laws-and-regulations/japan* (08.04.2025).

8 Ryoko Ueda, „How is corporate governance in Japan changing? Developments in listed companies and roles of institutional investors", OECD Corporate Governance Working Papers No. 17, 2015, *https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/08/how-is-corporate-governance-in-japan-changing_g17a26b2/5jrw7j3s37hh-en.pdf* (08.04.2025), 25.

9 Theo Renou, René Carraz, Thierry Burger-Helmchen, „Japan's Corporate Governance Transformation: Convergence or Reconfiguration?", *Administrative Sciences* 13:141/2023, 2.

компаније следиле овај пример.[10] Услед повећаних очекивања од јапанских компанија када је у питању остваривање профита, све више пажње је посвећивано пракси корпоративног управљања.[11]

Међутим, најзначајније промене у сфери економске политике Јапана везују се за мандат премијера Шинза Абеа (*Shinzo Abe*) у периоду од 2012. године до 2020. године. Током 2012. године спроведено је низ фискалних, монетарних и структуралних мера са циљем економском опоравка Јапана, а реформа корпоративног управљања је била једна од најважнијих области за стратегију економског развоја Јапана.[12] Ове реформе су популарно назване „абеномика", а реформа корпоративног управљања „треће стреле абеномике".[13] Први задатак „треће стреле абеномике" је био јачање положаја акционара у компанијама, будући да су до тад запослени били у бољем положају.[14] Даље, други задатак је подразумевао да се размотре потенцијални трошкови јачања положаја акционара, као и да се утврди да ли су користи јачања положаја акционара веће од тих трошкова.[15] На крају, трећи задатак је био да се истакне како реформа корпоративног управљања може да допринесе расту компанија и продуктивности, а самим тим и повећању плата запослених.[16] Поред тога, посебна пажња је посвећена и питању институционалних инвеститора, будући да је јапански Кодекс управљања имовином (енгл. *Stewardship Code*) усвојен 2014. године, по узору на Велику Британију.[17]

Неки аутори, када је у питању развој корпоративног управљања, акценат стављају на однос између компанија и акционара, улогу директора и инвеститора, као и саму сврху компаније.[18] Када је реч

10 J. Buchanan, S. Deakin, 434.

11 Asli M. Colpan, Toru Yoshikawa, Takashi Hikino, Hiroaki Miyoshi, „Japanese Corporate Governance: Structural Change and Financial Performance", *Asian Business & Management* 6(S1)/2007, S94.

12 Hideaki Miyajima, Takuji Saito, „Corporate Governance Reforms under Abenomics The Economic Consequences of Two Codes", *The Political Economy of the Abe Government and Abenomics Reforms* (eds. Takeo Hoshi, Phillip Y. Lipscy), Cambridge University Press 2021, 357.

13 *Ibid.*

14 *Ibid.*, 365.

15 *Ibid.*, 366.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

18 Takaya Seki, Thomas Clarke, „The Evolution of Corporate Governance in Japan: The Continuing Relevance of Berle and Means", *Seattle University Law Review*

о правима мањинских акционара, истиче се да су она на неким начин била занемарена, а да добијају на значају тек током последње деценије 20. века.[19] Стручњаци истичу да „јаснија дефиниција независности је од виталног значаја за подстицање динамичних и објективних дискусија у одборима о питањима управљања која се тичу заштите права мањинских акционара и корпоративне вредности".[20]

Будући да акционари одговарају до висине њиховог улога, разумљиво је зашто не сносе одговорност када је у питању корпоративно управљање.[21] Приметан је и пораст активизма акционара, а такође компаније су спремније на дијалог са акционарима.[22] Такође, приметна је већа ангажованост инвеститора на пољу корпоративног управљања, будући да инвеститори сматрају да су управо директори одговорни за проблеме управљања.[23]

Неки аутори истичу да, иако би се корпоративно управљање у Јапану могло угледати на корпоративно управљање у западном делу света по питању транспарентности пословања и одговорности директора, а да би се од корпоративног управљања у Јапану могло научити много када су у питању фидуцијарне дужности директора.[24] Међутим, на овом месту је неопходно истаћи да је исто тако изузетно битно уважити континуирани рад *Japan Exchange Group*,[25] како на пољу

37/2014, 718–719.

19 Masahiko Komatsu, „Corporate governance reform points to opportunities ahead in Japan equities", *https://en.nikkoam.com/articles/2023/corporate-governance-reform-points* (08.04.2025).

20 Kei Okamura, Neuberger Berman, „Japan's Coming Wave of Reform", *https://corpgov.law.harvard.edu/2022/01/11/japans-coming-wave-of-reform/* (08.04.2025).

21 Nobuya Matsunami, Kaoro Tatsumi, „Corporate Governance Laws and Regulations Japan 2024–2025", *https://iclg.com/practice-areas/corporate-governance-laws-and-regulations/japan* (08.04.2025).

22 Mitsuhiro Kamiya, Akira Kumaki, Tatsuya Hasegawa, „Institutional Investors, Activists and Legal Reforms Begin Altering Japanese Corporate Governance", *https://www.skadden.com/insights/publications/2022/01/2022-insights/corporate/institutional-investors-activists-and-legal-reforms* (08.04.2025).

23 Naoya Nishimura, Moeko Porter, „Have Corporate Reforms in Japan Unlocked Shareholder Value?", *https://www.msci.com/www/blog-posts/have-corporate-reforms-in-japan/04475271078* (08.04.2025).

24 Takaya Seki, Thomas Clarke, „The Evolution of Corporate Governance in Japan: The Continuing Relevance of Berle and Means" *Seattle University Law Review* 37/2014, 746–747.

25 Јапанска компанија за финансијске услуге која управља Токијском берзом (на којој се тргује акцијама и финансијским инструментима), као и берзом у

едукација, тако и на пољу доношења прописа, као и значај јапанског Института за корпоративно управљање, будући да овај Институт умногоме доприноси побољшању корпоративног управљања.

Поред самог Кодекса корпоративног управљања, неопходно је осврнути се и на Белу књигу о корпоративном управљању (енгл. *White Paper on Corporate Governance*).[26] Такође, *Japan Exchange Group* је усвојила и Принципе за спречавање корпоративних скандала (енгл. *Principles for Preventing Corporate Scandals*),[27] као и Принципе за реаговање на корпоративне скандале (енгл. *Principles for Responding to Corporate Scandals*).[28] Битно је имати у виду да су сви наведени документи доношени у складу или по угледу на OECD Принципе корпоративног управљања.[29]

Такође, важно је напоменути да је Јапан једна од ретких земаља која је усмерила фокус ка детаљнијој анализи односа корпоративног управљања и заштите података о личности,[30] будући да је Министарство унутрашњих послова и веза заједно са Министарством привреде, трговине и индустрије издало посебан Водич за корпоративно управљање приватношћу у ери дигиталне трансформације.[31] Подаци показују да скоро 55% TOPIX 500 компанија (најликвиднијe компаније на тржишту, котиране на Токијској берзи) сматра да директори поседују неопходна знања из области дигиталних технологија.[32]

Осаки (на којој се тргује финансијским дериватима).

26 „White Paper on Corporate Governance“, Tokyo Stock Exchange, Inc., 2023, *https://www.jpx.co.jp/english/equities/listing/cg/tvdivq0000008jbo-att/uori-i5000000 3gfb.pdf* (8.4.2025).

27 Principles for Preventing Corporate Scandals, *https://www.jpx.co.jp/english/regulation/listing/preventive-principles/index.html* (10.04.2025).

28 Principles for Responding to Corporate Scandals, *https://www.jpx.co.jp/english/regulation/listing/principle/index.html* (10.04.2025).

29 OECD Principi korporativnog upravljanja predstavljaju najznačajniji dokument u sferi korporativnog upravljanja na globalnom planu. Najnovija verzija OECD Principa korporativnog upravljanja dostupna je na *https://www.oecd.org/en/publications/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2023_ed750b30-en.html* (13.4.2025).

30 Детаљније о значају заштите података о личности за корпоративно управљање види у Лидија Зечевић, „Заштита података о личности у оквирима корпоративног управљања“, *Ревија за европско право* 27/2025.

31 The Guidebook for Corporate Privacy Governance in the Digital Transformation (DX) Era“, Ver 1.3, Ministry of Internal Affairs and Communications, Ministry of Economy, Trade and Industry, *https://www.meti.go.jp/policy/it_policy/privacy/guidebook_ver1.3_english.pdf* (08.04.2025).

32 „White Paper on Corporate Governance“, 102.

2.1. Кодекс корпоративног управљања у Јапану

Садашња реформа корпоративног управљања у Јапану почела је чак 2004. године када је Токијска берза по први пут донела Принципе Корпоративног управљања за котиране компаније (компаније чијим се акцијама тргује на берзи), који су ревидирани већ 2009. године. Међутим, акценат се ставља на Кодекс корпоративног управљања (у даљем тексту: Кодекс), који је донет 2015. године,[33] за време мандата премијера Шинза Абеа, и чије су реформе предвиђене на сваке три године (до сада, Кодекс је ревидиран 2018. и 2021. године).[34]

На самом почетку, као пет главних принципа, Кодекс истиче заштиту права акционара и њихов једнак третман, обавезну сарадњу са носиоцима интереса за пословање друштва (тзв. стејкхолдерима), транспарентност, одговорност одбора директора и дијалог са акционарима, а потом сваки принцип детаљно разрађује. Поред ових уобичајених препорука, оно што је индикативно у Кодексу јесте заправо пажња која је посвећена одређеним сегментима.

На пример, када је реч о подстицању дијалога са акционарима и заштите њихових права, Кодекс препоручује да је неопходно, уколико се примети да је знатан број гласова био против усвајања неког предлога, а тај предлог свакако буде усвојен, додатно анализирати узрок таквог гласања, као и разлоге због чега се акционари противе.[35]

Поред тога, када се говори о одрживости пословања, подразумева се да компаније воде рачуна о социјалним и еколошким питањима, али и поштују људска права, пружају фер и одговарајући третман запосленима (укључујући обавезу да воде рачуна о здрављу и радном окружењу запослених), а такође и усмеравају пажњу и на климатске промене[36].

Када су у питању људски ресурси, препоручује се промовисање праксе уважавања различитости путем запошљавања и унапређивања жена и страних држављана. Поред тога, препоручује се да компаније посвете пажњу развоју стратегије и политике људских ресурса како би подигле своју корпоративну вредност и унапредиле унутрашње

33 J. Buchanan, S. Deakin, 436–437.

34 Japan's Corporate Governance Code, Tokyo Stock Exchange, Inc., 2021, *https://www.jpx.co.jp/english/equities/listing/cg/tvdivq0000008jdy-att/20210611.pdf* (10.4.2025).

35 *Ibid*., 5.

36 *Ibid*., 10.

окружење, а тиме обезбедиле разноликост.[37] У вези са политиком људских ресурса, посебна пажња је посвећена корпоративним пензијским фондовима.[38]

Даље, Кодекс предвиђена посебну заштиту узбуњивача. Узбуњивачи у компанијама су запослена лица која поседују информације о одређеним неприкладним активностима других лица, које нису у складу са политиком компаније, представљају занемаривање или кршење прописа, а понекад се сматрају и илегалним. Задатак компанија јесте да обезбеде одговарајући оквир за узбуњивање, односно да омогуће запосленима да пријаве свако сазнање о неприкладним активностима независним лицима (на пример, спољним директорима), без страха од неповољног третмана, гарантујући им поверљивост информација.[39]

Такође, Кодекс посебно препознаје одговорност коју ревизори поседују према акционарима и инвеститорима, те предвиђа обавезу компанија да одреде стандарде селекције спољних ревизора, као и да обезбеде њихову независност у испуњавању обавеза.[40]

Поређења ради, наведене препоруке јапанског Кодекса корпоративног управљања или не постоје у Кодексу корпоративног управљања Привредне коморе Србије,[41] или нису ни у приближној мери толико детаљно уређене. Узимајући у обзир чињеницу да је Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије донет 2012. године и до сада ниједанпут није ревидиран, јасно је зашто су одређени сегменти занемарени. Међутим, требало би посветити више пажње одређеним областима по угледу на јапански Кодекс корпоративног управљања.

2.2. Изазови корпоративног управљања

У јуну 2024. године Агенција за финансијске услуге Јапана (енгл. *Financial Services Agency*) сазвала је састанак Савета експерата, у циљу утврђивања даљих корака за унапређење корпоративног управљања у Јапану и идентификоване су кључне области које захтевају побољшање – улога независних директора, дијалог са инвеститорима, изазови тржишног окружења, подстицање менаџмента на промишљено остваривање профита и раста, питања одрживости, као

37 *Ibid*., 11.

38 *Ibid*., 12.

39 *Ibid*., 11–12.

40 *Ibid*., 15–16.

41 Кодекс корпоративног управљања, *Сл. гласник РС*, бр. 99/2012.

и примена активности одговорног управљања у оквиру институционалног инвестирања.[42]

Дакле, изазови са којима се суочава корпоративно управљање у Јапану не разликују се много у односу на изазове у другим правним системима. Поред тога, актуелни тренд истицања важности ESG принципа (енгл. *Environmental, Social and Governance*) као и питања радног права није заобишао ни јапанске компаније.[43] Истиче се да је корпоративна култура у Јапану и даље снажно повезана са групним идентитетом.[44]

Први проблем који се јавља тиче се одрживости корпоративног развоја и подизања корпоративне вредности. Фокус је усмерен на адекватнијој алокацији ресурса у циљу стварања профита, јачању позиције независних директора, али и питања одрживости пословања.[45] Иако су повећане исплате акционарима у периоду од 2012. године до 2017. године (током првог дела „абеномике“[46]), пораст приноса на капитал (енгл. *Return On Equity*) је последица побољшања ефикасности, а не ефикаснијег коришћења имовине или повећаног задуживања.[47] Поред тога, као један од задатака корпоративног управљање тиче се климатских промена – јапанска влада намерава да достигне тзв. угљеничну неутралност (енгл. „*carbon neutrality*“), а последично расте интересовање јапанских компанија за овај проблем.[48]

Други проблем тиче се питања дијалога између акционара и инвеститора, при чему се акценат ставља на стварању културе која промовише дијалог у циљу повећања доступности информација и транспарентности пословања.[49] Такође, једна од значајних ставки која се замера јапанском корпоративном управљању јесте питање транспарентности.[50]

---

42 Доступно на: *https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/follow-up/statements_7.pdf* (5.4.2025).

43 Gen Goto, „Japanese corporate governance: Quo Vadis?“, 2023, *https://www.ecgi.global/publications/blog/japanese-corporate-governance-quo-vadis* (8.4.2025).

44 T. Renou, R. Carraz, T. Burger-Helmchen, 14.

45 „Corporate Governance Reform in Japan“, 2.

46 H. Miyajima, T. Saito, 384

47 *Ibid*., 382

48 Kei Okamura, Neuberger Berman, „Japan's Coming Wave of Reform“, *https://corpgov.law.harvard.edu/2022/01/11/japans-coming-wave-of-reform/* (8.4.2025).

49 „Corporate Governance Reform in Japan“, 3.

50 Yoji Koyama, „An Issue of Corporate Governance in Japan: For Whom Companies Exist?“, *Romanian Economic and Business Review* 5(4)/2010, 111.

Кодекс посебним принципом регулише појаву унакрсног акционарства (енгл. *cross-shareholding*). Унакрсно акционарство представља ситуацију када једно јавно акционарско друштво поседује значајан број акција другог јавног акционарског друштва, обично у циљу јачања пословних веза путем међусобног инвестирања. Кодекс предвиђа да је неопходно редовно утврђивање да ли је такав вид акционарства исплатив, узимајући у обзир бенефите и ризике.[51] Међутим, у теорији се истиче да унакрсно акционарство доводи до мање профитабилности компанија, као и до нижег процента страног власништва, а „абеномика" се посебно бавила овом темом.[52]

Као један од задатака будуће реформе корпоративног управљања који се јавља у погледу проблематика одрживости пословања јесте питање чланова одбора директора.[53] Када се погледа статистика, примећује се да јапанске компаније имају значајно мањи број жена у одборима директора у односу на европске и америчке компаније.[54] С тим у вези, усвојена је и политика за родну равноправност и оснаживање жена 2023 (енгл. *The Basic Policy on Gender Equality and Empowerment of Women* 2023), у циљу оснаживања жена и јачања њиховог положаја у компанијама.[55]

2.2.1. Бела књига о корпоративном управљању (White Paper on Corporate Governance)

Поред самог Кодекса корпоративног управљања, од великог значаја за праксу корпоративног управљања у Јапану, као и за континуирано побољшање корпоративног управљања, јесте и Бела књига о корпоративном управљању (енгл. *White Paper on Corporate Governance*). Бела књига о корпоративном управљању представља званичан извештај Токијске берзе, која на сваке две године врши истраживање о поштовању корпоративног управљања анализирајући финансијске и друге извештаје које доносе јапанске компаније

51 Japan's Corporate Governance Code, 7.

52 H. Miyajima, T. Saito, 380.

53 „Corporate Governance Reform in Japan", 2.

54 Kei Okamura, Neuberger Berman, „Japan's Coming Wave of Reform", *https://corpgov.law.harvard.edu/2022/01/11/japans-coming-wave-of-reform/* (8.4.2025).

55 Policy for Gender Equality and the Empowerment of Women 2023, *https://www.gender.go.jp/policy/sokushin/pdf/sokushin/jyuten2023_setsumei_en.pdf* (10.4.2025).

(последњи извештај издат је 2023. године).[56] Овај документ пружа смернице за савремено корпоративно управљање, детаљније анализирајући важне области – функцију и структуру одбора директора (укључујући и спољне, независне директоре), евалуацију ефикасности директора, бизнис портфолија и вредности капитала, затим питања одрживости пословања, политику дијалога са акционарима, заштиту њиховим права (са посебним фокусом на мањинске акционаре), као и управљање групама компанија.

Бела књига о корпоративном управљању пружа врло важне податке. Први део извештаја пружа интерну евалуацију рада одбора директора, и анализира улогу независних директора. Иако није правно обавезујући, усвајање Кодекса је већ довело до значајних резултата (на пример, пре усвајања Кодекса тек 6.4% јапанских компанија је ангажовало независне директоре, док је тај број порастао на 92% током 2022. године).[57] Када је реч о независним, спољним директорима, извештај говори да просечно јапанске компаније ангажују између 2 и 4 независна директора.[58] Међутим, иако је знатно повећан број компанија које ангажују независне директоре, сам број независних директора у компанији је значајније мањи у односу на америчке компаније.[59] Такође, извештај анализира и процес именовања директора и менаџмента од стране посебних одбора за именовање, као и адекватну компензацију директора, и истиче да се сваке године повећава број компанија које имају успостављене статутарне и добровољне комисије за именовање и накнаде.[60]

Даље, извештај посебно анализира политику уважавања различитости и пружа увид у праксе јапанских компанија, које би се могле побољшати. Подаци показују да од укупног броја свих директора, само 12,6% представљају жене, док у другим државама варира између 30% и 45%, али ипак скоро 20% котираних компанија на јапанској берзи не ангажују ниједну жену као директора.[61]

---

56 „White Paper on Corporate Governance“, Tokyo Stock Exchange, Inc., 2023, *https://www.jpx.co.jp/english/equities/listing/cg/tvdivq0000008jbo-att/uori-i5000000 3gfb.pdf* (10.4.2025).

57 Tetsuro Takase, „A quiet revolution in Japan’s corporate governance“, *https://fundsglobalasia.com/a-quiet-revolution-in-japan-s-corporate-governance/* (8.4.2025).

58 „White Paper on Corporate Governance“, 45.

59 H. Miyajima, T. Saito, 373.

60 „White Paper on Corporate Governance“, 62.

61 *Ibid*., 116.

Извештај такође детаљно обрађује и портфолио компаније, као и цену капитала, а поред тога и питање одрживости пословања, интеграцију ESG принципа у корпоративно управљање као и питање климатских промена. На крају, извештај анализира питање дијалога са акционарима, као и заштиту њихових права кроз усвајање посебних политика компанија. Подаци показују да је усклађеност пословања компанија са принципом Кодекса који препоручује дијалог са акционарима на завидном нивоу, и износи 97% и 99%.[62] Када је реч о принципу који говори о заштити права акционара, на пример, у случају непријатељског преузимања, усклађеност пословања компанија је износила 100%.[63]

Наведени подаци представљају само мали део извештаја за потребе овог рада, али указују на чињеницу да Јапан изузетно много пажње посвећује темељној анализи корпоративног управљања и да принципи Кодекса не представљају само мртво слово на папиру, већ да компаније озбиљно схватају задатак усклађивања пословања са препорукама. Може се закључити да Бела књига корпоративног управљања, као дубља анализа Кодекса корпоративног управљања, пружа свеобухватну слику стварног стања корпоративног управљања у јапанским компанијама. Усклађеност пословања јапанских компанија са Кодексом, као и поштовање препорука Кодекса су на завидном нивоу. Са друге стране, захваљујући значајним увидима, Токијска берза, као и саме компаније, су у могућности да одреде недостатке у свом пословању и корпоративном управљању, те предузму неопходне кораке како би се (потенцијални) проблеми решили или предупредили, а пословање подигло на виши ниво.

2.2.2. *Принципи за реаговање на корпоративне скандале (Principles for Responding to Corporate Scandals)*

У фебруару 2016. године *Japan Exchange Group* је усвојила Принципе за реаговање на корпоративне скандале. Будући да компаније нису увек у стању да на адекватан начин одговоре на корпоративне скандале, сврха ових Принципа јесте да пружи (необавезујуће) смернице и препоруке које котиране компаније треба да прате кад се укаже потреба (дакле, *ex-post* мере), како би повратиле кредибилитет, поверење и корпоративну вредност.[64]

62 *Ibid*., 190.

63 *Ibid*., 207.

64 Принципи за реаговање на корпоративне скандале, *https://www.jpx.co.jp/english/regulation/listing/principle/index.html* (10.4.2025).

Први принцип јесте идентификовање узрока скандала. Задатак компаније јесте да обезбеди оптималне услове и окружење како би се спровела истрага са циљем утврђивања чињеница, позадине скандала, као и одређивања правог узрока који је довео до корпоративног скандала.[65]

Други принцип подразумева обезбеђивање неопходне независности, неутралности и стручности спољним стручним комитетима. Када се догоди корпоративан скандал, неопходно је да се успостави стручна и независна комисија како би се случај истражио, а задатак компаније јесте да дужну пажњу посвети одабиру чланова комисије, као и њеној независности.[66]

Трећи принцип предвиђа формулисање и брзо спровођење ефикасних мера за спречавање понављања корпоративног скандала. Како би се заиста спречило да се корпоративни скандал понови, неопходно је да се компанија брзо и ефикасно имплементира нову политику, која одражава стварну намеру компаније да утврди узрок скандала, избегавајући бесциљно мењање политике и правила компаније.[67]

Четврти принцип изискује брзо и тачно откривање информација. Након што се догоди корпоративни скандал, од компаније се очекује да објави све релевантне информације, од тренутка сазнаја за скандал, до тренутка примењивања мера за спречавање понављања скандала. Потребно је да компанија обезбеди транспарентност, уз објашњење позадине и детаља скандала, као и своје виђење ситуације.[68]

Може се закључити да ови принципи представљају добре препоруке понашања компанија, у циљу адекватног, брзог и ефикасног решавања проблема који су проузроковани корпоративним скандалом, враћању кредибилитета компаније и поверења акционара и носилаца интереса у саму компанију, као и подизању корпоративне вредности компаније. Ови принципи су се показали врло ефикасним, и недуго затим *Japan Exchange Group* је усвојила Принципе за спречавање корпоративних скандала.

65 Принцип 1, Принципи за реаговање на корпоративне скандале.

66 Принцип 2, Принципи за реаговање на корпоративне скандале.

67 Принцип 3, Принципи за реаговање на корпоративне скандале.

68 Принцип 4, Принципи за реаговање на корпоративне скандале.

2.2.3. Принципи за спречавање корпоративних скандала (Principles for Preventing Corporate Scandals)

Принципи за спречавање корпоративних скандала („Превентивни принципи“) су усвојени 2018. године, након Принципа за реаговање на корпоративне скандале. Будући да корпоративни скандали нису реткост, неопходно је било пружити одговарајуће смернице како би се они предупредили (дакле, *ex-ante* мере), и како би органи компаније показали интегритет и лидерство.[69]

Први принцип предвиђа темељно разумевање стварне ситуације. Компаније треба да буду свесне реалног стања усклађености пословања у сваком тренутку, али не само са позитивним законима и прописима, већ и да имају на уму носиоце интереса, као и друштвене норме.[70]

Други принцип предвиђа испуњавање обавеза, имајући у виду сврху. Менаџмент треба да буде максимално посвећен постављању циљева и усклађивању пословања, како не би дошло до неусклађености. Неопходно је да ревизорска и надзорна тела буду свесна својих улога, као и да делују проактивно на основу информација, оцена и анализа. Такође, компаније треба да посвећују дужну пажњу структуралној организацији и алокацији ресурса како би на адекватан начин обезбедиле испуњавање обавеза.[71]

Трећи принцип заговара подстицање двосмерне комуникације између запослених и менаџмента. Препоручује се подстицање двосмерне комуникације како би се обезбедила усклађеност пословања, будући да је мишљење запослених изузетно важно, а сматра се да се на овај начин олакшава откривање неусклађености у раним фазама.[72]

Четврти принцип изискује рано откривање неусаглашености и брзо реаговање. Потребно је да компаније брзо открију случајеве неусаглашености пословања и адекватно и правовремено реагују на њих, како би спречиле да такви случајеви прерасту у корпоративне скандале. Овакво брзо, адекватно и правовремено реаговање је пожељно да постане део корпоративне културе компанија.[73]

---

69 Принципи за спречавање корпоративних скандала, *https://www.jpx.co.jp/english/regulation/listing/preventive-principles/index.html* (10.4.2025).

70 Принцип 1, Принципи за спречавање корпоративних скандала.

71 Принцип 2, Принципи за спречавање корпоративних скандала.

72 Принцип 3, Принципи за спречавање корпоративних скандала.

73 Принцип 4, Принципи за спречавање корпоративних скандала.

Пети принцип подразумева доследно управљање пословањем у целој корпоративној групи. Потребно је да компаније посвете додатну пажњу свакој компанији из корпоративне групе (поготово ако послују у иностранству), као и потенцијалним ризицима у складу са корпоративном структуром.[74]

Шести принцип предвиђа одговорност у погледу релевантног ланца снабдевања. Неопходно је да компаније буду свесне своје позиције у ланцу снабдевања, како би биле у могућности да испуне предвиђене обавезе када настане проблем.[75]

Дакле, ови принципи представљају смернице којима се компаније могу водити како до корпоративних скандала не би дошло, као и препоруке које менаџмент може усвојити када су у питању унутрашња организациона структура компанија или корпоративних група, комуникација и управљање пословањем на свим нивоима, координација послова и испуњавање обавеза, као и контрола (не) усклађености пословања.

3. Институт за корпоративно управљање

Посебну пажњу завређује и Институт за корпоративно управљање (у даљем тексту: Институт).[76] Институт је основан 2009. године с циљем унапређења пракси корпоративног управљања, при чему се посебно фокусира на пружање стручних смерница и препорука које подржавају имплементацију Кодекса корпоративног управљања. Своје циљеве остварује кроз организацију едукативних програма, тренинга, семинара и сарадњу са релевантним домаћим и међународним институцијама. Поред тога, Институт редовно спроводи обуке и студијске сесије намењене директорима и члановима одбора за ревизију у компанијама.

Посебно изненађује обим саветодавне улоге коју Институт остварује у пракси, имајући у виду да учествује у поступку избора директора у котираним компанијама давањем мишљења и сагласности на предлоге управљачких структура. С обзиром на то да се ради о

74 Принцип 5, Принципи за спречавање корпоративних скандала.

75 Принцип 6, Принципи за спречавање корпоративних скандала.

76 Захваљујући Сакура стипендији и студијском путовању у Јапану, ауторка је имала прилику да разговара са оснивачем и директором Института, господином Такешијем Кадотом (*Takeshi Kadota*), а разговор са њим је пружио значајне увиде у организацију, структуру и рад Института.

приближно 4.000 компанија које се котирају на Токијској берзи, јасно је да Институт, иако формално саветодавно тело, *de facto* преузима и елементе надзорне функције. Оваква пракса додатно потврђује његов институционални ауторитет и значај у развоју и спровођењу стандарда корпоративног управљања у Јапану.

Оваква стратегија јасно указује и на важност континуираног деловања и едукативних активности које Институт спроводи, јер оне непосредно утичу на обликовање праксе корпоративног управљања и стандардизацију процеса у јапанским компанијама. Будући да се високо на листи приоритета јапанских компанија (и то са добрим разлогом) налази континуирана едукација у чијој је сржи каизен филозофија која је у овом пољу дала изванредне резултате. Уместо наглих промена, фокус каизен филозофије представљају постепене, инкременталне промене. Некада се и наизглед незнатна побољшања временом кумулирају, чинећи их одрживим на дуге стазе. Иако је немогуће трансплантирати јапански менталитет који умногоме вероватно и омогућава овакво поимање одговорности и постојање изразито високог степена професионалне свести и културе, ипак можемо из јапанског примера извести нека практична решења за наше проблеме.

4. Закључак

Корпоративно управљање, као скуп механизама којима се компаније воде, расту и развијају на тржишту, је од фундаменталног значаја за све земље које теже здравој и виталној националној економији. Квалитетан правни оквир представља претпоставку за добро корпоративно управљање јер пружа сигурност улагачима, посебно мањинским, и осигурава једнак третман свим акционарима. За Србију је, као земљу у развоју која тежи виталној националној економији, корпоративно управљање, односно постављање квалитетног правног оквира за исто, од суштинског значаја.

Јапан и Србија представљају земље које одржавају изузетно пријатељске односе, са дугом традицијом пословне сарадње. Сарадња са Јапаном је од суштинског значаја за Србију, будући да је Јапан њен важан економски партнер. Детаљније истраживање ове материје може пружити значајне увиде у праксу корпоративног управљања јапанских компанија и дати смернице за реформу корпоративног управљања у Србији. Будући да постоји много сегмената које

јапански Кодекс корпоративног управљања ближе одређује и регулише, док српски Кодекс корпоративног управљања делимично или у потпуности игнорише, закључује се да је неопходно пажљиво истражити и анализирати сваки овакав сегмент. Поред тога, у српском праву не постоји ниједан документ налик на Принципе за реаговање на корпоративне скандале или Принципе за спречавање корпоративних скандала, или на Белу књигу о корпоративном управљању.

За почетак, опортуно би било анализирати рад Токијске берзе, као и финансијске извештаје и извештаје о усклађености пословања, које су јапанске компаније у обавези да достављају Токијској берзи једном годишње. Из анализе ових извештаја могли би се увидети потенцијални проблеми са којима се суочавају велике компаније, као и начини за превазилажење истих. Даље, неопходан је већи ангажман како академске заједнице, тако и правника практичара на овом пољу, уз могућу организацију различитих научних семинара и конференција, будући да је добро корпоративно управљање од изузетне важности за исправан рад компанија. Такође, неопходно је више пажње посветити едукацији директора, имајући у виду добру саветодавну и едукативну, али и на неки начин надзорну праксу јапанског Института за корпоративно управљање.

Угледајући се на јапански корпоративни систем и имплементирајући одређене сегменте, домаће компаније могу унапредити своје пословање и привући јапанске инвестиције, а тиме додатно ојачати економске везе између две земље и оснажити њихово партнерство. На тај начин јапански принципи успешног корпоративног управљања се могу применити на српско пословно окружење ради унапређења његовог функционисања и привлачења страних инвестиција.

CORPORATE GOVERNANCE PRACTICES IN JAPAN: PRINCIPLES, CHALLENGES AND REFORMS

Lidija M. Zečević*

This paper explores the best practices of corporate governance in Japan, with a particular focus on recent reforms and the contemporary challenges faced by the system. The first part of the study provides a historical overview of the development of corporate governance in Japan, emphasizing the role of the Tokyo Stock Exchange in the late 20th century, as well as the active engagement of Prime Minister Shinzo Abe's cabinet in economic policy, and analyzing the key provisions of the Corporate Governance Code adopted in 2015.

The paper then addresses current governance challenges, such as sustainability, transparency, and the dynamics of dialogue between shareholders and broader stakeholder groups. It further examines the Principles and reports issued by the Japan Exchange Group, offering a detailed interpretation of each principle and its implementation in practice.

Special attention is given to the work of the Institute for Corporate Governance, with an analysis of its institutional impact and strategic contributions to the development of governance standards. In conclusion, the paper highlights the relevance of corporate governance as a research field and offers recommendations for possible legal and institutional improvements in Serbia, inspired by the Japanese model.

Key words: *corporate governance, Japan, Corporate Governance Code, Tokyo Stock Exchange.*

---

* The author is a third year PhD Candidate at the Faculty of Law, University of Belgrade; email: *lidijapzecevic@gmail.com*.

This paper was developed as part of a research stay in Japan, supported by the Sakura Scholarship granted by Japan Tobacco International and the Embassy of Japan in Belgrade.

Литература

Домаћи извори

Дуња Дубајић, „Корпоративно управљање у Јапану – системи одбора и независност чланова уз осврт на функцију надзорног одбора у српским компанијама“, *Страни правни живот* 62(1)/2018

Лидија Зечевић, „Заштита података о личности у оквирима корпоративног управљања“, *Ревија за европско право* 27/2025

Strani izvori

Theo Renou, René Carraz, Thierry Burger-Helmchen, „Japan's Corporate Governance Transformation: Convergence or Reconfiguration?“, *Administrative Sciences* 13:141/2023

Asli M. Colpan, Toru Yoshikawa, Takashi Hikino, Hiroaki Miyoshi, „Japanese Corporate Governance: Structural Change and Financial Performance“, *Asian Business & Management* 6(S1)/2007

Takaya Seki, Thomas Clarke, „The Evolution of Corporate Governance in Japan: The Continuing Relevance of Berle and Means“ *Seattle University Law Review* 37/2014

John Buchanan, Simon Deakin, „Has Japan's corporate governance reform reached a turning point? Some cautionary notes“ *Asia Pacific Business Review* 30(3)/2024

Toru Yoshikawa, Lai Si Tsui-Auch, Jean McGuire, „Corporate governance reform asinstitutional innovation: The case of Japan“, *Organization Science* 18(6)/2007

Yoji Koyama, „An Issue of Corporate Governance in Japan: For Whom Companies Exist?“, *Romanian Economic and Business Review* 5(4)/2010

Hideaki Sakawa, Naoki Watanabel, „Institutional Ownership and Firm Performance under Stakeholder-Oriented Corporate Governance“. *Sustainability* 12(3):1021, 2020

Hideaki Miyajima, Takuji Saito, „Corporate Governance Reforms under Abenomics The Economic Consequences of Two Codes“, in, eds. Takeo Hoshi, Phillip Y. Lipscy, *The Political Economy of the Abe Government and Abenomics Reform*s, Cambridge University Press 2021

Интернет извори

„Corporate Governance Reform in Japan“, *Japan Corporate Governance Forum at the ICGN 2023 Annual Toronto Conference*, 2023, *https://www.fsa.go.jp/singi/japan_corporate_governance_forum/06.pdf* (8.4.2025)

Ryoko Ueda, „How is corporate governance in Japan changing? Developments in listed companies and roles of institutional investors“, *OECD Corporate Governance Working Papers No. 17*, 2015, *https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2015/08/how-is-corporate-governance-in-japan-changing_g17a26b2/5jrw7j3s37hh-en.pdf* (8.4.2025)

Nobuya Matsunami, Kaoro Tatsumi, „Corporate Governance Laws and Regulations Japan 2024–2025“, *https://iclg.com/practice-areas/corporate-governance-laws-and-regulations/japan* (08.04.2025)

Gen Goto, „Japanese corporate governance: Quo Vadis?“, 2023, *https://www.ecgi.global/publications/blog/japanese-corporate-governance-quo-vadis* (8.4.2025)

Tetsuro Takase, „A quiet revolution in Japan’s corporate governance“, *https://fundsglobalasia.com/a-quiet-revolution-in-japan-s-corporate-governance/* (8.4.2025)

Mitsuhiro Kamiya, Akira Kumaki, Tatsuya Hasegawa, „Institutional Investors, Activists and Legal Reforms Begin Altering Japanese Corporate Governance“, *https://www.skadden.com/insights/publications/2022/01/2022-insights/corporate/institutional-investors-activists-and-legal-reforms* (8.4.2025)

Kei Okamura, Neuberger Berman, „Japan’s Coming Wave of Reform“, *https://corpgov.law.harvard.edu/2022/01/11/japans-coming-wave-of-reform/* (8.4.2025)

Naoya Nishimura, Moeko Porter, „Have Corporate Reforms in Japan Unlocked Shareholder Value?“, *https://www.msci.com/www/blog-posts/have-corporate-reforms-in-japan/04475271078* (8.4.2025)

Masahiko Komatsu, „Corporate governance reform points to opportunities ahead in Japan equities“, *https://en.nikkoam.com/articles/2023/corporate-governance-reform-points* (8.4.2025)

https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPD@WEO/OEMDC/ADVEC/WEOWORLD (8.4.2025)

https://www.usnews.com/news/best-countries/rankings/least-corrupt (8.4.2025)

https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/follow-up/statements_7.pdf (15.4.2025)

УДК 347.736/.739

КОНФЛИКТ КОЛЕКТИВНОГ ИНТЕРЕСА И ОБЕЗБЕЂЕНОГ ПОТРАЖИВАЊА КРОЗ ПОБИЈАЊЕ УГОВОРА О ЈЕМСТВУ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Бојана Дробњак*

Један од основних циљева стечајног поступка – намирење поверилаца, у пракси је најчешће ограничено недовољном имовином дужника за испуњење свих пријављених потраживања. Отуда су развијени законски механизми који спречавају поједине повериоце и стечајног дужника да у предстечајном периоду умање или онемогуће увећање његове имовине. Побијање правних радњи као институт за отклањање последица предстечајног располагања, у стечају се најчешће примењује код оспоравања права повериоца на одвојено намирење из имовине јемца. Примена овог института има двоструко дејство: са једне стране представља инструмент борбе против моралног хазарда и важан механизам заштите поверилаца, док са друге стране може произвести негативан ефекат кроз губитак законито и легитимно стеченог права обезбеђеног повериоца. У раду је извршена анализа случаја побијања правних радњи у стечају по основу намерног оштећења поверилаца. Приказана су различита тумачења судова у погледу постојања субјективног елемента на страни противника побијања и указано је на штетне последице које могу настати услед неуједначене судске праксе.

Кључне речи: *побијање правних радњи, actio Pauliana, обезбеђење потраживања, накнада штете.*

* Адвокат; студент докторских студија Правног факултета Универзитета у Београду, *b.drobnjak@drobnjaklegal.com*.

1. Уместо увода

У циљу што потпунијег намирења из имовине стечајног дужника, његови повериоци располажу могућношћу да побијају формално ваљане, а за њих штетне правне послове. На тај начин, радње које дужник предузима у периоду пре отварања стечајног поступка, а које умањују обим имовине за намирење, могу изгубити правно дејство према стечајној маси. Међутим, законски услови који одређују границе побијања не обезбеђују у потпуности хармонију између колективног интереса поверилаца и правне сигурности појединца. Примена овог института носи ризик угрожавања права обезбеђених поверилаца, с обзиром да се и законито конституисано обезбеђење може довести у питање уколико је настало током побојног рока и под условима које закон препознаје као спорне. Иако овај институт несумњиво има заштитну функцију која се огледа у продуженим роковима и специфичним условима карактеристичним за стечајни поступак, у пракси се често догађа да поверилац буде неосновано лишен свог права, без објективне могућности да га накнадно реализује. Са аспекта аутора, та опасност посебно произилази из неуједначене судске праксе приликом оцене субјективног елемента код долозне Паулијанске тужбе. Кроз анализу примене института побијања по основу намерног оштећења поверилаца на уговор о јемству, указали смо на контрадикторности у судској пракси и неодређеност појединих законских услова који могу угрозити законито стечено право повериоца на одвојено намирење, и нарушити равнотежу између заштите стечајних поверилаца и стечених права обезбеђених поверилаца.

2. Правни аспекти побијања

Побијање правних радњи првобитно је уређено у оквиру облигационог права.[1] Овај институт, познат као *actio Pauliana*, води порекло из римског права и служи као средство заштите поверилаца од дужника који настоје да прикрију или умање своју имовину. Док је за ванстечајно побијање карактеристичан инвидидуалистички приступ чија је последица преусмеравање дејства правног посла ка конкретном повериоцу, у оквиру стечајног поступка предмет побијања представљају правни послови и друге правне радње којима се

1 *Закон о облигационим односима – ЗОО*, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени лист СЦГ* 1/2003 – *Уставна повеља и Службени гласник РС* 18/2020, чл. 280–285.

нарушава равномерно намирење стечајних поверилаца, те се дејство правној радњи одузима у односу на све стечајне повериоце. Ефекат побијања се, међутим, не огледа у потпуном одузимању правног дејства побојној радњи, већ у његовом обеснаживању у односу на стечајну масу. Она остаје пуноважна према трећим лицима, што је и суштинска разлика од института ништавости у коме правна радња остаје без дејства према свим учесницима у правном промету.[2] На овај начин повериоцима је омогућено да оспоре правне послове које су, иако формалноправно ваљани, доводили до смањења или прикривања имовине доступне за намирење, посебно у случају када се један поверилац у побојном периоду пре подношења предлога за отварање стечаја намирио или обезбедио своје потраживање.[3] Интерес за побијање је по правилу изражен у случају недовољности имовине за намирење поверилаца. Уколико би стечајна маса била довољна, изостала би узрочно-последична веза између побојне радње и немогућности потпуног намирења поверилаца.

Закон о стечају је као *lex specialis* изменио одређена општа правила ванстечајног побијања.[4] Наведено се односи на рокове за побијање који се у стечају продужавају ради веће позорности на заштиту поверилаца и спречавање злоупотреба од стране трећих лица. Поред рока за побијање,[5] примену овог механизма заштите можемо сагледати кроз три кључне претпоставке. Прва претпоставка је да је извршена побојна правна радња, друга је да постоји узрочно-последична веза између предузете радње и оштећења повериоца,[6] и трећа увећање стечајне масе као ефекат побијања предузете радње.[7]

---

2 *Драгиша Слијепчевић, Марко Радовић,* „Побијање правних радњи и команијске тужбе као инструменти заштите поверилаца у стечајном поступку“, *Зборник радова 36. Сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић, Том II, Београд 2023,* 3.

3 Вид. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996, 210–212.

4 *Закон о стечају – ЗОС, Службени гласник РС* 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 119–130.

5 *Марија Салма,* „*Побијање правних радњи стечајног дужника*“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2009, 101–104.

6 *Иако се оштећење поверилаца предвиђа као посебан основ за побијање као намерно и непосредно, штета на страни поверилаца је заправо последица свих побијених правних послова због умањења имовине из које се они могу намирити.*

7 *Вук Радовић, Коментар закона о стечају, Службени гласник, Београд 2022,* 724–737.

Наш закон предвиђа четири побојна основа у стечајном поступку: 1) уобичајено намирење, 2) неуобичајено намирење, 3) непосредно оштећење поверилаца и 4) намерно оштећење поверилаца.

3. Намерно оштећење поверилаца и уговор о јемству

намерно оштећење поверилаца заузима централно место у разматрању побијања правних радњи у стечају. Према слову закона, „правни посао односно правна радња закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка или после тога, са намером оштећења једног или више поверилаца, могу се побијати ако је сауговарач стечајног дужника знао за намеру стечајног дужника“.[8] Петогодишњи временски период у ком се радња може оспорити, чини да је овај основ најчешће коришћен у пракси.[9] Наше право је прихватило тзв. долозну Паулијанску тужбу, према којој намера код противника побијања постоји ако је сауговарач стечајног дужника знао за намеру оштећења, насупрот кулпозној Паулијанској тужби заступљеној у предратном праву, где је било довољно да је друга страна морала знати за намеру оштећења, што представља нижи степен свести.[10] Субјективни услов који се односи на доказивање несавесности учесника правног посла у односу на намеру стечајног дужника фактички означава постојање директног или евентуалног умишљаја о могућности наступања или постојању стечаја.[11]

Правни посао који се најчешће побија у оквиру стечајног поступка је уговор о јемству. Правна природа уговора о јемству дуго је била предмет теоријских расправа, док судска пракса у Србији показује подељена становишта о томе да ли је реч о уговору без накнаде, или је у питању теретни уговор. Према једном мишљењу, овај уговор се сматра доброчиним, с обзиром да јемац углавном преузима обавезу без уговарања противчинидбе од стране главног дужника. Насупрот томе, други га сматрају теретним, сагледавајући каузу на страни јемца кроз стварање обавезе која се може реализовати правом на регрес од дужника.[12] Врховни касациони суд је заузео став да се у привреди

8 *ЗОС*, чл. 123 ст. 1.

9 Вук Радовић, *Стечајно право – књига друга*, 2. издање, Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд 2018, 105–113.

10 *Ibid.*, 112.

11 ЗОС, чл. 123.

12 Драгор Хибер, „*Побијање уговора о јемству у стечајном поступку*“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015, 58– 61.

уговор о јемству третира као теретни правни посао, уз претпоставку директне или индиректне добити за јемца, док би се супротно становиште морало доказивати.[13] И поред тога, актуелна примена права неретко полази од доброчине правне природе јемства, било да претпоставља намеру дарежљивости јемца, или сматра да јемац „олако“ држи да неће бити позван да дуг исплати. Отуда се јавља неуједначеност у поступању судова приликом одлучивања у оваквим поступцима.

4. Границе намере код побијања уговора о јемству студија случаја

Приликом разматрања каузе закључивања уговора о јемству у споровима побијања, поставља се питање којим доказним средствима се несумњиво може утврдити да је противник побијања знао да стечајном дужнику прети неспособност плаћања и да се радњом оштећују повериоци. Да ли утврђивање бестеретности уговора о јемству ствара претпоставку испуњења субјективног елемента? Одговори на ова питања су одлучујући приликом доношења одлуке о дејству правне радње.

Предмет случаја који анализирамо је судски поступак побијања уговора о солидарном јемству и заложних изјава стечајног дужника, којима је у побојном року обезбеђено кредитно потраживање банке. У спроведеном доказном поступку, вештачење економско-финансијске струке представљало је основно доказно средство за утврђивање посебних услова за побијање правних радњи по основу намерног оштећења поверилаца. Суд је на основу сопствене оцене правне природе уговора и поступања банке као доброг привредника утврђивао да ли је правни посао закључен са „намером оштећења поверилаца“ и да ли је банка знала за претећу неликвидност дужника, па самим тим и за његову намеру. Првостепени суд је одбио тужбени захтев са ставом да је уговор о јемству теретан уговор, а да је банка као учесник правног посла процену кредитне способности јемца извршила у складу са усвојеним интерним процедурама и правилима струке, чиме је на страни банке искључен субјективни елемент. Међутим, у поступку по жалби другостепени заузима супротан став, како у односу на оцену чињеничног стања, тако и на примену материјалног права, закључивши да уговори о јемству и изјаве о заснивању залоге не производе правно дејство у односу на стечајну

13 Вид. Решење Врховног касационог суда 23/2015 од 15. септембра 2015.

масу. Преиначавајућом другостепеном одлуком банка је обавезана да врати и средства која је до тада наплатила, од стране суда оцењена као „незаконито стечена“.[14] Даље у поступку по ванредном правном леку, Врховни касациони суд је уговор о јемству третирао као правни посао са накнадом, уз навод да је у конкретним околностима банка извршила анализу пословања јемца у потпуности у складу са законито усвојеним процедурама.[15] Овом одлуком, правни посао који је предмет побијања остављен је на снази.

Став другостепеног суда у погледу правне природе јемства и ригидног тумачења обавеза банке приликом процене финансијске способности корисника кредита и јемца постављен је на основама које тешко могу пронаћи упориште у основним правним начелима и стандарду банкарске праксе. Из образложења произлази закључак да је, ради одобравања кредита било потребно спровести детаљну правно-финансијску форензику, која би обухватила целокупно пословање корисника кредита, како би се израчунали коефицијенти презадужености и предвидела способност редовног измиривања обавеза у периоду од пет година. При томе, није образложено који је тачно део банка пропустила да утврди. Позивање суда на праксу по којој одсуство анализе која превазилази усвојене и одобрене процедуре банке води закључку о претпостављеном сазнању банке о претећој неликвидности, представља значајно померање границе одговорности противника побијања. Такво тумачење уноси неизвесност у пословне односе и поставља повериоца пред обавезе које по својој природи превазилазе разумне и спроводиве стандарде пословања. У конкретном случају доведена је у питање и законитост и легимност пословне политике банке, без да је утврђено да је одступила од сопствених процедура усвојених у складу са стандардима пруденцијалног надзора и важећим законом.

Насупрот критикованој одлуци, у пресуди донетој по ревизији истакнуто је да је „банка као финансијска институција, која између осталог обавља кредитне послове, при одобравању кредита испоштовала прописану методологију коју сачињава свака банка у складу са својом пословном политиком [...] Чињеница да је уговором о солидарном јемству, заложним изјавама [...] оптерећена имовина правног претходника стечајног дужника као зависног друштва према банци [...] не доводи до закључка о постојању знања банке као

14 Пресуда Привредог суда у Панчеву П бр. 195/19, од 4. фебруара 2022. године; Пресуда Привредног апелационог суда Пж бр. 3486/22, од 26. маја 2022.

15 Пресуда Врховног касационог суда Пвж 1842/2023, од 23. јуна 2023.

сауговарача стечајног дужника о намери да оптерећењем своје имовине оштети своје повериоце“[16]. Закључно, ревизијска одлука полази од правно утемељеног стандарда процене поступања банке у кредитним односима. Став да је банка, поступајући у складу са прописаном методологијом и сопственом пословном политиком, испунила своју дужност при одобравању кредита, усклађен је са начелима правне сигурности и предвидивости пословних односа. Посебно је значајно што је одлука одбацила претпоставку о сазнању за евентуалну намеру дужника да оштети повериоце, у случају када за такву тврдњу нису постојале утврђене чињенице нити поуздани материјални докази. На тај начин суд је поставио јасну границу између дужне пажње кредитора и апстрактног проширења његове одговорности, чиме је обезбеђен баланс између заштите интереса стечајних поверилаца и интереса обезбеђеног повериоца.

И поред тога што је анализирана одлука по ревизији у потпуности легитимна, њен практични домет значајно је умањен због „закаснеле“ правне заштите. У приказаном случају као доказ су изведена два вештачења, израђена на основу исте документације, у којима су изнети супротстављени закључци. Са друге стране, суд има дискрециono право да усвоји један од њих, што указује на правну несигурност којој противник побијања може бити изложен. У ситуацији у којој су средства на основу правноснажног решења о главној деоби расподељена другим повериоцима, пре доношења одлуке по ванредном правном леку, противник побијања може остварити право само као хирограферни поверилац. Стечајни управник и суд везани су правноснажном пресудом, а и сам закон стечајном управнику, уколико су испуњени и остали процесни услови, налаже спровођење деобе.[17] С тога се, у случају да је извршена деоба средстава добијених од непокретности која је служила као обезбеђење, поставља

16 *Ibid.*

17 Питање: Поверилац коме је оспорено потраживање у току стечајног поступка, није успео у парници за утврђивање основаности оспореног потраживања, и парнични поступак је правноснажно окончан. Поверилац улаже ревизију против пресуде и поступак по ревизију је у току. Да ли поднета ревизија представља разлог да се не сачини Нацрт решења за главну деобу стечајне масе која је створена уновчавањем целокупне имовине стечајног дужника? Одговор: ...Поднета ревизија не представља разлог да стечајни управник не сачини нацрт решења за главну деобу стечајне масе, јер је стечајни управник дужан да сачини нацрт решења за главну деобу у ситуацији када је уновчио целокупну имовину стечајног дужника или када има расположивих средстава која су довољна да се приступи деоби. *Билтен судске праксе привредних судова* 3/2020, Привредни апелациони суд, питање бр. 26, 149.

питање повериочевог учешћа у расподели стечајне масе. С обзиром да предмет обезбеђења више није у стечајној маси и да је купцу уступљен без терета, поверилац губи право на приоритет и намирује се сразмерно са осталим необезбеђеним повериоцима из преостале или накнадно пронађене имовине.

5. Закључак

Основно дејство успешног побијања састоји се у томе што пресуда проглашава без дејства правну радњу стечајног дужника у односу на стечајну масу, а противник побијања је дужан да врати оно што је примио по основу те радње или, уколико то није могуће, да плати одговарајућу накнаду штете. У нашем правном систему рокови за побијање су релативно дуги, док закон предвиђа да се рачунају уназад од момента подношења предлога за покретање стечајног поступка. Наиме, стечајни разлог може постојати дужи временски период пре формалног отварања поступка, када се често испољава домишљатост дужника – било кроз симуловане правне послове са циљем прикривања имовине, било кроз фаворизовање појединих поверилаца на штету других. Намерно оштећење поверилаца свакако представља најчешће коришћен основ за побијање правних радњи, али у пракси изазива значајне потешкоће у погледу доказивања свести и знања учесника правног посла о дужниковој намери. Управо због сложености утврђивања субјективног елемента у привредним споровима и могућности истицања широког спектра аргумената у прилог различитим становиштима, правично решење се у многим случајевима постиже тек доношењем одлуке по ванредном правном леку, што повериоца може довести у позицију да његова права буду остварена са значајним кашњењем. Иако је један од основних циљева стечаја најповољније колективно намирење стечајних поверилаца, интерес колектива не може имати превласт над правима поверилаца са законито стеченим обезбеђењем. Полазећи од наведеног, целисходно би било прописати јасне критеријуме за утврђивање несавесности противника побијања, чиме би се обезбедио виши степен правне сигурности и доследна примена закона.

Када је реч о деоби стечајне масе, пракса је показала тенденцију одлагања расподеле до окончања поступка по ванредном правном леку, иако је законска норма која упућује на деобу након правоснажности пресуде семантички јасна. Имајући у виду да поверилац у

већини случајева неће имати могућност остварења накнадно признатог права на одвојено намирење, сматрамо да је став по коме се деоба мора одложити до окончања поступка по ванредном правном леку не само оправдан, већ и нужан, те да би доследна примена таквог решења у пракси минимизирала ризик настанка ненадокнадиве штете на страни поверилаца.

CONFLICT BETWEEN COLLECTIVE INTERESTS AND SECURED CLAIMS THROUGH THE AVOIDANCE OF GUARANTEE AGREEMENTS WITHIN INSOLVENCY PROCEEDINGS

Bojana Drobnjak*

The satisfaction of creditors represents the primary objective of bankruptcy proceedings, the realization of which is hindered by the fact that the debtor's assets are most often insufficient to cover all claims. Consequently, legal mechanisms have been developed to prevent certain creditors and the bankruptcy debtor from reducing or impeding the augmentation of the debtor's assets during the pre-bankruptcy period. The avoidance of legal acts, as one of the fundamental mechanisms for remedying the consequences of pre-bankruptcy dispositions, is most commonly applied in bankruptcy when disputing a creditor's right to separate satisfaction from the assets of a guarantor. The application of this institution has a dual effect: on the one hand, it serves as an instrument to combat moral hazard and as an essential mechanism for creditor protection, while on the other hand, it may have the negative consequence of depriving a secured creditor of a lawfully and legitimately acquired right. Through a brief analysis of various interpretations of the subjective element in avoidance actions based on intentional harm to creditors, this paper points out the detrimental consequences that may arise for the defendant in avoidance proceedings as a result of inconsistent judicial practice.

Key words: *avoidance of legal acts, actio Pauliana, securing of claims, compensation for damages.*

* Attorney at law in Belgrade, *b.drobnjak@drobnjaklegal.com*.

Литература

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press 1996

Вук Радовић, *Стечајно право – књига друга*, 2. издање, Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд 2018

Вук Радовић, *Коментар закона о стечају*, Службени гласник, Београд 2022.

Драгиша Слијепчевић, Марко Радовић, „Побијање правних радњи и команијске тужбе као инструменти заштите поверилаца у стечајном поступку“, *Зборник радова 36. Сусрета Копаоничке школе природног права Слободан Перовић*, Београд 2023, Том II

Марија Салма, „Побијање правних радњи стечајног дужника“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2009

Драгор Хибер, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2015

УДК 347.74:339.187.44

РЕСТРИКТИВНЕ ОДРЕДБЕ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

Љубица Пјевовић*

Предмет разматрања у овом раду јесте правни третаман уговора о франшизингу који у себи садржи рестриктивне одредбе. Најпре, у раду су анализирана различита упоредноправна решења у вези са овим питањем. Имајући у виду да различити правни системи имају у потпуности другачије приступе приликом процене антиконкурентских ефеката рестриктивних споразума, у раду је расправљано о томе да ли приликом процене предност треба дати rule of reason правилу или per se стандарду. Такође, отворено је питање критеријума које би суд и Комисија за заштиту конкуренције требало да имају у виду приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу. Напослетку, направљен је осврт и на домаћу регулативу овог питања, те је у складу са тим предочена идеја о посматрању франшизног пословања као двостраног тржишта.

Кључне речи: *уговор о франшизингу, рестриктивне одредбе, rule of reason правило, per se стандард, двострана тржишта.*

1. Уводна разматрања

Франшизно пословање је систем трговања добрима, услугама или технологијом, а које је базирано на континуираној сарадњи

* Асистенткиња Економског факултета Универзитата у Београду, *ljubica.pjevovic@ekof.bg.ac.rs*.

између примаоца и даваоца франшизинга.[1] Дакле, франшизно пословање јесте посебан вид пословне сарадње, а који се заснива на уговору о франшизингу који закључују давалац франшизинга и прималац франшизинга. Иако постоје јаке економске везе између уговорних страна, битно је истаћи да су они ипак правно и финансијски одвојени и независни субјекти.[2] Франшизно пословање се успоставља у ситуацијама када давалац франшизинга има успостављен и тестиран систем пословања који жели да прошири на нова тржишта. Међутим, ширење пословања изискује велике финансијске трошкове, али и велику посвећеност оних који управљају тим пословањима. Стога, давалац франшизинга се одлучује да успостави систем франшизног пословања, те закључује уговор о франшизингу којим се обавезује да ће примаоцу франшизинга да уступи право на коришћење свог пословног имена, робног/услужног жига, посебних знања (*know how*), пословних и техничких метода, као и осталих права интелектуалне својине. Такође, давалац франшизинга се обавезује на пружање континуираних комерцијалних и техничких услуга примаоцу франшизинга. Са друге стране, прималац франшизинга дужан је да плаћа директну или индиректну накнаду даваоцу франшизинга.[3] Дакле, уговор о франшизингу је идеално решење будући да помоћу њега даваоци франшизинга могу да прошире своје пословање, при чему ће такво проширење бити финансирано од стране примаоца франшизинга. Поред тога, давалац франшизинга ће на тај начин повећати углед целокупног система пословања.[4] Са друге стране, примаоци франшизинга имају корист јер послују према провереном пословном моделу успостављеном од стране даваоца франшизинга. На тај начин примаоци франшизинга избегавају многе трошкове и проблеме са којима се сусрећу предузетници који су нови на тржишту (примера ради, истраживање тржишта, улагање капитала у маркетинг, утрошено време на стицање репутације).[5]

---

1 Франшизинг – најчешће постављена питања, Привредна комора Србије, 1, *https://api.pks.rs/storage/assets/Publikacija%20Fran%CF%84izing%20Naj%C6%92e%CF%84%C3%A5e%20postavljana%20pitanja.pdf*, последњи пут посећено 9.6.2024.

2 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право,* Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023, 429.

3 European Franchise Federation, European Code of Ethics for Franchising, Art. 1.

4 Иванка Спасић, *Франшизинг посао*, Институт за упоредно право, Београд 1996, 26.

5 Tanya Woker, ,,Understanding the relationship between Franchising and Law of competition", *SA Mercantile Law Journal* 18(2)/2006, 109.

Не можемо са сигурношћу тврдити када и где су се први пут појавили први облици франшизног пословања.[6] Међутим, уговор о франшизингу је први пут обликован у америчкој пракси крајем 19. века. [7] На европском континенту уговор о франшизингу се први пут појавио у другој половини 20. века, када су познати амерички даваоци франшизе дошли на европско тржиште (*Coca Cola, Mc Donalds* и др.).[8] [9]

Уговор о франшизингу увек се закључује између трговаца, те несумњиво спада у категорију уговора у привреди. Како се правила из области права конкуренције примењују на све уговоре у привреди, ни уговор о франшизингу није изузет у том погледу. Због специфичног предмета уговора о франшизингу, одредбе које ограничавају конкуренцију (рестриктивне одредбе) су готово увек саставни део

6 Према неким подацима први облици франшизног пословања јавили су се у Великој Британији, када су власници пивара давали власницима крчми ексклузивно овлашћење да продају њихово пиво. Преузето из: Iain Murray, *The franchising handbook*, Kogan Page Limited, London 2006, 21.

7 Имајући у виду да је франшизинг у другој половини 20. века доживео експанзију на територији САД-а, убрзо се јавила потреба за регулисањем овог облика пословања. Први закон донесен је у Канади 1971. године, а недуго затим Федерална трговинска комисија (енгл. *Federal trade commission*) је донела тзв. *FTC Rule.* Међутим, и након доношења *FTC Rule* постојале су несугласице између савезних држава око дефинисања уговора о франшизингу. Након што је 2007. године дефиниција франшизинга у *FTC Rule* ревидирана, она је постала стандард савезним државама. Погледати детаљније у: Andrew C. Selden, Robin Caneff Gipson, Amanda B. Parker, *An Introduction To Franchising*, Minnesota Department of Employment and Economic Development Briggs and Morgan, P.A., 2008., 26; Mark Abell, „The regulation of franchising around the world", *International journal of franchising law* 9(3)/2011, 3–20. У већини савезних држава данас је прихваћено да франшизно пословање мора има три кључна елемента и то: лиценцу којом давалац франшизе овлашћује примаоца франшизе на коришћење његовог пословног имена и жига; франшизну накнаду; као и маркетиншке планове који морају бити креирани од стране даваоца франшизе. Детаљније погледати у: Susan A. Grueneberg, Jonathan C. Solish, „Franchising 101: Key Issues in the Law of Franchising", *Bussines Law Today* 2009, 11–15

8 Деша Мликотин – Томић, *Уговор о франшизингу*, Информатор, Загреб 1986, 10, 12.

9 На нивоу ЕУ не постоји јединствена регулатива франшизинга, међутим правни системи појединих земаља чланица познају и законом уређују уговор о франшизингу. Тако је, примера ради, уговор о франшизингу законом уређен у Белгији, Француској, Шпанији, Шведској и др. Преузето из: M. Abell, 17. Ипак, не можемо рећи да на комунитарном нивоу у потпуности изостају правила која регулишу уговор о франшизингу. Наиме, прописи из области права конкуренције дотакли су се дефиниције уговора о франшизингу.

ових уговора. Стога, у оквиру права конкуренције постоји сет правила који регулишу уговор о франшизингу.

Правила о заштити конкуренције уговор о франшизингу препознају као потенцијални рестриктивни споразум. Рестриктивни споразуми су споразуми закључени између учесника на тржишту, а који за циљ или последицу имају значајно ограничење, нарушавање или спречавање конкуренције.[10] У зависности од тога да ли рестриктивни споразум закључују учесници који послују на истом или различитом нивоу производње и промета, рестриктивне споразуме можемо класификовати на хоризонталне и вертикалне. Уговор о франшизингу закључују учесници на тржишту који послују на различитом нивоу ланца производње и промета. Стога, уговор о франшизингу ћемо у наставку рада посматрати у контексту вертикалних рестриктивних споразума. За разлику од хоризонталних рестриктивних споразума који су углавном забрањени,[11] вертикалани рестриктивни споразуми имају доста повољнији третман, те веома често могу бити изузети од забране. Међутим, то оставља доста простора за дебату о томе када и под којим условима ће вертикални рестриктивни споразум бити допуштени.

Ситуација постаје додатно комплексна када се узмеме у обзир специфична природа уговора о франшизингу. Имајући у виду да је предмет уговора о франшизингу уступање комплетног пословног формата једног привредног друштва, као и да се у оквиру уступљеног пословног формата неретко налазе поверљиве информације, давалац франшизинга је принуђен да у овакав уговор стави одредбе којима ће ограничити пословање примаоца франшизинга. Међутим, овакво ограничење повлачи за собом и ограничење конкуренције на тржишту.[12] Стога, можемо приметити да је интерес даваоца франшизинга, који се огледа у настојању да сачува своју пословну тајну, супростављен са интересом очувања конкуренције на тржишту. Давање предности било којем од супростављених интереса, у крајњем

10 Закон о заштити конкуренције – ЗКК, *Сл. гласник РС*, бр. 51/2009 и 95/2013, чл. 10.

11 Један од ретких изузетака односи се на споразуме спортских тимова о колективној продаји медијских права. Погледати детаљније: Бојан Ристић, Дејан Трифуновић, *Политика заштите конкуренције*, Издавачки центар Економског факултета у Београду, Београд 2023, 163–165.

12 Примера ради, како би се очувао квалитет *McDonald's* франшизе, потребно је да прималац уреди локал на одређени начин, што умањује могућности за конкуренцију унутар робне марке, јер то уређење захтева значајне трошкове.

исходу резултираће штетом коју ће претрпети потрошачи. Неспорно је да нарушавање конкуренције доводи до штете коју трпе потрошачи, а која се огледа у плаћању виших цена за мање квалитетне производе или услуге. Са друге стране, уколико давалац франшизинга нема на располагању механизам уз помоћ којег ће заштитити своју пословну тајну, реноме и интересе то може имати одвраћајући ефекат на њега да уопште успостави франшизни систем пословања. У том случају, давалац франшизинга неће проширити своје пословање, те ће понуда производа или услуга бити лимитирана, а услед чега ће и цена тог производа или услуге бити повећана. Стога, потребно је проценити у којој варијанти ће потрошачи претрпети мању штету, те на тај начин донети одлуку којем интересу дати предност. Као што можемо приметити, процена антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу у појединим ситуацијама није ни мало једноставан задатак.

2. УПОРЕДНОПРАВНИ ТРЕТМАН РЕСТРИКТИВНИХ ОДРЕДБИ УГОВОРА О ФРАНШИЗИНГУ

2.1. Опште напомене

У упоредноправној пракси су се искристалисале одредбе уговора о франшизингу које могу бити проблематичне из перспективе права конкуренције. У наставку рада приказаћемо како су правни системи САД и ЕУ решили питање рестриктивних одредби уговора о франшизингу, а потом се осврнути и на домаћу регулативу овог питања.[13]

Међутим, пре него што се упустимо у анализу и поређење ових правних система, веома је значајно да се претходно упознамо са два правна стандарда који су од велике важности за процењивања антиконкурентских ефеката рестриктивних споразума. Наиме, реч је *rule of reason* правилу и *per se* стандарду, који представљају незаобилазно оруђе приликом одмеравања штетних дејстава рестриктивних споразума. Примена *rule of reason* правила, подразумева

13 Имајући у виду да су САД и ЕУ два правна система која на у потпуности различите начине процењују антиконкурентске ефекте вертикалних споразума, аутор се одлучио да у односу на њих изврши поређење. Правни систем САД-а на веома базичан начин регулише прописима ову тему, те зато судска пракса представља главни извор права у овом правном систему. Са друге стране, правна регулатива ЕУ на веома подробан начин уређују ову област. Имајући у виду разлике које постоје, ови правни системи анализирани су на другачије начине.

анализу сваког појединачног случаја коришћењем правила разума. Овај правни стандард заснива се на мишљењу да обим и тежина последица које рестриктивни споразум производи зависе од особености сваког конкретног случаја, те суд приликом коришћења овог правила одмерава позитивне и негативне ефекте које је тај конкретан споразум произвео и у складу са тим доноси своју одлуку. Економски посматрано, суд процењује какве ефекте тај конкретни споразум има на укупно благостање.[14] Са друге стране, *per se* стандард је антипод *rule of reason* стандарду и он подразумева да је неопходно прецизно дефинисати прописима које су то пословне праксе које по правилу узрокују већу штету у односу на корист, те су као такве увек забрањене.

У судској пракси Сједињених Америчких Држава деценијама се полемисало о томе који од ова два стандарда је бољи, а као победник из те борбе изашао је *rule of reason* стандард.[15] Док су амерички судови, свесни комплексности овог питања, готово читав век посветили тражењу одговора, правни систем ЕУ се од самог почетка декларисао за *rule of reason* стандард. Међутим, да ли у пракси Европска комисија и Европски суд правде заиста и примењују *rule of reason правило*, сазнаћемо у наставку рада.

2.2. Правни третман рестриктивних одредби уговора о франшизингу у САД

Имајући у виду да су први прописи којима је регулисана област права конкуренције донесени на америчком континенту, колевком права конкуренције сматрају се управо Сједињене Америчке Државе. Тема заштите конкуренције постала је актуелна у Сједињеним Америчким Државама још у 19 веку. Први закон којим је регулисана ова област јесте Шерманов закон (*Sherman Antitrust Act*), а који је донесен у Вашингтону 1890. године. Овај закон посветио је пажњу теми рестриктивних споразума, и то у свом првом одељку.[16] Област рестриктивних

14 Б. Ристић, Д. Трифуновић, 40.

15 Драган Лончар, Филип Стојановић, Љубица Пјевовић, „Упоредна економско – правна анализа вертикалних рестриктивних споразума са фокусом на одређивање цена у даљој продаји“, *Ревија Копаоничке школе природног права* 1/2023, 2023, 30.

16 У складу са поменутом одредбом, забрањено је закључење било каквих споразума или завера, а које имају за циљ да ограниче трговину на територији САД. Ова одреба је и данас важећа и представља основу приликом процене

споразума додатно је уређена у законима који су касније уследили, као што су *Clayton Antitrust Act* (1914) и *Federal Trade Comission Rule* (1914). Међутим, ови прописи представљају само основу права конкуренције, а која је накнадно дограђивана интерпретацијама судова. Стога, у овом делу рада нећемо анализирати антиконкурентске прописе САД, већ ће у наставку бити извршена детаљна анализа судских одлука у вези са проценом антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу. Као што је раније и напоменуто амерички судови се приликом процене антиконкурентских ефеката рестриктивних споразума руководе применом *rule of reason* стандарда. У складу са наведеним, кроз анализу америчке судске праксе, разматраћемо могућност постојања одступања од примене *rule of reason* правила.

Правни систем Сједињених Америчких Држава обилује одлукама у којима је Врховни суд САД-а разматрао питања у вези са рестриктивним одредбама уговора о франшизингу. Иако је за англосаксонско право карактеристично да једном донесена одлука у вези са неким питањем представља модел уз помоћ којег ће се у будућности решавати слични спорови, неретко се дешава да судови временом промене свој став у погледу одређеног питања, те да укажу на евентуалне недостатке одлука које су претходиле. Стога, уколико хронолошки посматрамо судску праксу САД-а, можемо уочити огромна размимоилажења у ставовима Врховног суда САД-а у вези са рестриктивним одредба уговора о франшизингу.

Један од првих случајева које је Врховни суд САД разматрао у вези са овим питањем датира из 1968. године. Случај *Perma life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.* покренут је тужбом коју су поднели трговци који су држали продавнице *Midas Muffler Shops.* Наиме, они су имали закључен уговор о франшизингу са туженим *Midas Inc.*, а на основу ког су добили право ексклузивне продаје *Midas* производа у својим продавницама. Поред тога, добили су дозволу да користе регистровану робну ознаку „*Midas*“ као и услужну ознаку „*Midas Mufflers Shop*“. Примаоци франшизинга нису имали обавезу да плаћају франшизну накнаду, али је давалац франшизинга за узврат тражио од њих да се уздрже од пословања са њиховим конкурентима. Чланови франшизне мреже су се удружили и заједнички поднели тужбу против свог даваоца франшизинга, *Midas Inc*, као и против његовог матичног друштва *International Parts Corp.* и његова два огранка, истичући постојање илегалне завере међу њима у циљу елиминисања

антиконкурентских ефеката споразума. Погледати: Sherman Antitrust Act, Sec. 1.

конкуренције. У тужбеном захтеву истакли су да уговор о франшизингу који су закључили са туженим *Midas Inc*, садржи у себи рестриктивне одредбе, те да је као такав у супротности са антимонополским прописима. У свом тужбеном захтеву детаљно су описали садржину предметног уговора, а као нарочито проблематичне одредбе истакли су одредбе које им забрањују да прибављају робу од других добављача, одредбе којима се фиксира цена у даљој продаји, као и одредбе које их територијално ограничавају, односно одредбе које им забрањују да продају робу ван уговором дефинисаним територија. Поред тога, истакли су да су у више наврата скретали пажњу туженом *Midas Inc* у вези са овим одредбама, као и да су том приликом тражили да ова ограничења више не буду саставни део уговора. Међутим, према тврдњама тужиоца, тужени *Midas Inc* је тај предлог одбио, под претњом да ће раскинути уговор уколико чланови франшизне мреже не буду поштовали рестриктивне одредбе.[17]

Окружни и апелациони суд оправдали су ове рестриктивне одредбе и понашање туженог *Midas Inc* позивајући се на доктрину „*para delicto*“.[18] Наиме, сматрали су да су подносиоци тужбе, упркос свим поменутим ограничењима, енормно профитирали од овог уговора о франшизингу, као и да су знајући за постојећа ограничења тражили додатне франшизе. Поред тога, ови судови су сматрали да тужени *Midas Inc* и његово матично друштво *International Parts Corp.* нису способни да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције, имајући у виду да се матично друштво и зависно друштво посматра као један пословни ентитет. Тужиоци су поднели жалбе на овакве одлуке Окружног и Апелационог суда, и овај случај стигао је пред Врховни суд САД-а.

Врховни Суд заузео је у потпуности другачије становиште, те је образложио да доктрина „*para delicto*“ никако не може бити оправдање за кршење антимонополских прописа. Поред тога, Врховни суд се такође није сложио са наводима нижих судова у погледу чињенице да матично друштво и зависно друштво нису способни да учине заверу у смислу чл. 1. Шермановог закона.[19]

17 *Perma Life Mufflers v. Int'l Parts Corp*., 392 U.S. 134 (1968).

18 Доктрина *in para delicto* јесте схватање према којем ни једно лице не може да захтева накнаду штете, која је проистекла његовим незаконитим деловањем. Преузето из: Lincoln Caylor, Martin S Kenney, „In Pari Delicto and Ex Turpi Causa: The Defence of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the US“, *Business Law International* 18/2017, 259.

19 „Чињеница заједничког власништва, не може ослободити матично и зависно друштво обавеза које имају као засебни ентитети.“ *Perma Life Mufflers v. Int'l Parts Corp*., 392 U.S. 134 (1968).

Као што можемо приметити судови различитих инстанци су поводом истог предмета, заузели у потпуности различите ставове. Међутим, оно што је нарочито занимљиво јесте чињеница да амерички судови приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу отварају као релевантна нека потпуно другачија питања у односу на Европски суд правде и Европску комисију. Питање способности матичног и зависног друштва да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције, од круцијалног је значаја за америчке судове, и управо од одговора на ово питање, зависи правна судбина уговора о франшизингу који у себи садржи рестриктивне одредбе. У предметној одлуци Врховни суд САД је на веома експлицитан начин заузео став о овом питању, међутим овај став Врховног суда САД-а није дуго опстао.

Огроман преокрет догодио се 1984. године када је Врховни суд САД-а донео своју одлуку у вези са случајем *Copperweld v. Independence Tube.*[20] Поменутом одлуком успостављена је тзв. *Copperweld* доктрина, према којој се матично и зависно друштво третирају као један пословни ентитет, те као такви нису способни да учине заверу у смислу члана 1. Шермановог закона. Иако предмет разматрања овог случаја није био уговор о франшизингу, ова одлука одиграла је кључну улогу у развоју америчке судске праксе у вези са проценом антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу. Наиме, недуго након доношења ове одлуке амерички судови су почели да је тумаче екстензивно, почевши да примењују *Copperweld* доктрину испрва на сличне ситуације, примера ради на могућност постојања завере између сестара друштава. Међутим, Врховни суд САД отишао је и корак

20 Наиме, друштво *Copperweld* откупило је друштво *Regal* од друштва *Lear Siglier*. Предметни уговор о продаји друштва *Regal* обавезивао је друштво *Lear Siglier* да се уздржи од конкурисања друштву *Regal* у периоду од 5 година. Запослени у друштву *Lear Siglier* основао је ново друштво *Independence Tube* у циљу конкурисања друштву *Regal*. Након што је новоосновано друштво почело да послује на релевантном тржишту, друштво Copperweld је почело да упозорава остале учеснике на тржишту о одредбама о забрани конкуренције, услед чега је велики број послова новооснованог друштва био отказан. Као реакција на то уследила је тужба коју је друштво *Independence Tube* поднело против друштва *Copperweld*. У тужбеном захтеву тужилац је истакао да су се матично друштво *Copperweld* и његово зависно друштво *Regal* у завери, те да им је циљ да елиминишу конкуренцију на тржишту. У овој одлуци Врховни суд САД-а променио је свој претходни став о овом питању и у свом образложењу истакао да матично и зависно друштво нису способни да буду у завери, имајући у виду да су у питању јединствени пословни ентитети. Преузето из: *Copperweld v. Independence Tube* 467 U.S. 752 (1984).

даље, те је у својој одлуци у предмету *Williams v. I.B. Fischer Nevada*[21] применио *Coperweld* доктрину и приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу. Иако се суд у овој одлуци ни у једном тренутку није позвао на предмет *Copperweld v. Independence Tube*, неспорно је да је одлука заснована управо на овој доктрини.[22] Наиме, у образложењу одлуке *Williams v. I.B. Fischer Nevada* суд је појаснио да се давалац франшизинга и прималац франшизинга третирају као један пословни ентитет, те да имају јединствене економске интересе, а услед чега нису способни да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције. Оваква пракса приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу до тада је била непозната, али убрзо након доношења ове одлуке уследио је читав низ одлука са истим образложењима.[23] Многи аутори критиковали су овај став Врховног суда САД-а истичући да Врховни суд мора бити опрезан приликом закључивања да давалац и прималац франшизинга нису способни да учине заверу у смислу чл. 1 Шерманового закона.[24]

У складу са наведеним, можемо приметити да оваква пракса америчких судова на први поглед делује као одступање од примене тзв. *rule of reason* стандарда, а закључак да давалац и прималац франшизинга нису способни да учине заверу у смислу чл. 1 Шерманового закона, имплицира да уговор о франшизингу никада не може бити штетан по конкуренцију, те да су такви уговори *per se* дозвољени. Међутим, ако се фокусирамо на судску аргументацију можемо уочити да се суд у својим одлукама ипак оградио и истакао да доношење закључка о неспособности даваоца франшизинга и примаоца франшизинга да учине заверу зависи од степена контроле који давалац франшизинга има над примаоцем франшизинга. Како природа односа између даваоца и примаоца франшизинга зависи од случаја до случаја, делује да судови ипак не одступају од *rule of reason* стандарда, те да суд у сваком конкретном случају мора претходно

21 *Williams v. I.B. Fischer Nevada,* 794 F. Supp. 1026 (D. Nev. 1992), aff'd, 999 F.2d 445 (9th Cir. 1993).

22 Suzane E. Wachsstock, Erika L. Amarante, „Antitrust and Franchising: Conspiracies Between Franchisors and Franchisees Under Section I", *Franchise Law Journal* 23(1)/2003, 5.

23 Погледати одлуке: *Siegel Transfer, Inc. v. Carrier Express, Inc.*, 54 F.3d 1125 (3rd Cir. 1995); *Hall v. Burger King Corp.*, 912 F. Supp. 1509 (S.D. Fla. 1995); *Search International, Inc. v. Snelling and Snelling, Inc.*, 168 F. Supp. 2d 621 (N.D. Tex. 2001); *Roberts v. C.R. England, Inc.*, 318 F. Supp. 2d 463 (E.D. Penn. 2004).

24 Stephen Calkins, „Copperweld in the Courts: The Road to Caribe", *Antitrust L.J.* 1995, 345.

испитати у којој мери давалац франшизинга има контролу над примаоцем франшизинга. Тек уколико се испостави да је поменути степен контроле висок, суд може да донесе закључак да прималац и давалац франшизинга нису способни да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције. У прилог овом закључку говоре одлуке које су се изнедриле у скоријој америчкој судској пракси, а у којима је заузет став да примаоци франшизе у конкретним предметима имају независне економске интересе у односу на даваоца франшизинга, те да су у складу са тим способни да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције.[25]

2.3. Правни третман рестриктивних одредби уговора о франшизингу у ЕУ

За разлику од САД-а које имају веома богату судску праксу из ове области, на нивоу ЕУ постоји свега неколико значајних одлука Европског суда правде и Европске комисије у вези са антиконкурентским ефектима уговора о франшизингу. Међутим, иако је америчко законодавство и судска пракса знатно развијенија у домену права конкуренције, не можемо да не приметимо да је у последњих пар деценија на нивоу ЕУ усвојен низ Уредби и Смерница које представљају огроман помак у развоју права конкуренције. У овом делу рада биће анализирани најзначајнији прописи ЕУ из области права конкуренције, а којим је регулисан правни третман уговора о франшизингу. Додатно, осврнућу се и на ставове Европског суда правде и Европске комисије у погледу одређених рестриктивних одредби уговора о франшизингу.

Имајући у виду да је уговор о франшизингу вертикални споразум чији саставни део могу бити одредбе које су штетне по конкуренцију, полазна тачка за анализу антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу јесте чл. 101. Уговора о функционисању ЕУ (УФЕУ). Поменутим чланом прописано је да је ништав сваки уговор који знатно ограничава трговину међу земљама чланицама, као и сваки уговор који има за циљ да на било који начин наруши конкуренцију на заједничком тржишту.[26] На овај начин предвиђена је дефиниција рестриктивних споразума која се односи како на хоризонталне, тако и на вертикалне рестриктивне споразуме,[27] који знатно ограничавају трговину међу

25 Погледати одлуке: *Butler v. Jimmy John's Franchise, LLC*; *Arrington v. Burger King Worldwide*, Inc., No. 20–13561 (11th Cir. Aug. 31, 2022).

26 Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU, Art. 101.

27 Поменута одредба не примењује се на вертикалне рестриктивне споразуме који не могу знатно утицати на трговину међу земљама чланицама, као и

земљама чланицама или на било који начин нарушавају конкуренцију на заједничком тржишту.

Ипак, остављена је могућност изузећа од одредбе која предвиђа ништавост, те уколико споразум има позитиве економске ефекте и испуњава предвиђене услове, може бити изузет од забране.[28] Могућност да се неки рестриктивни споразум изузме од забране на овај начин у праву конкуренције назива се *појединачно изузеће.* Стога, како би се неки споразум изузео од забране на овај начин, неопходно је доказати да конкретан споразум испуњава све услове предвиђене чланом 101 ст. 3 УФЕУ. Како поступак доказивања позитивних економских ефеката конкретног споразума није ни мало лак задатак, институт појединачног изузећа се испрва веома уско тумачио.

У циљу да се компликовани поступак доказивања поједностави, 1999. године је донесена *Уредба Комисије 1999/2790*,[29] а којом је овакво рестриктивно тумачење знатно проширено. Поменутом Уредбом по први пут су успостављени тзв. *блокови (групна) изузећа* који су у великој мери поправили положај вертикалних рестриктивних споразума.[30] Уредба из 1999. године претеча је данашње *Уредба Комисије 2022/720 о примени члана 101. ст. 3 (Уредба)*,[31] а којом су предвиђене одређене категорије вертикалних споразума (енгл. *block examptions*) за које се унапред предпоставља да највероватније испуњавају све услове који су предиђени ставом 3 поменутог члана.[32] На тај начин је за одређене

на споразуме мале вредности. У вези са овим погледати: Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), као и Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice) (2014/C 291/01).

28 Како би се на неки рестриктивни споразум применила одредба о појединачном изузећу, такав споразум мора допринети побољшању производње или дистрибуције добара; технолошком или економском напретку, а истовремено мора омогућавати потрошачима праведан удео у користи. Надаље, споразум не сме наметати предузетницима ограничења која нису неопходна за постизање наведених циљева, нити се њиме сме у потпуности елиминисати конкуренција. Погледати: TFEU, Art. 101(3)

29 Commission Regulation (EC) No 2790/1999 of 22 December 1999.

30 Детаљније о овоме погледати у: Д. Лончар, Ф. Стојановић, Љ. Пјевовић, 35.

31 Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (EU) 2022/720

32 Веома је битно напоменути да је ова претпоставка оборива, што значи да уколико се докаже супрнотно, односно да конкретан споразум не испуњава

категорије споразума утврђено тзв. правило сигурне луке (енгл. *safe harbor*). У складу са поменутом Уредбом, претпоставља се да се од забране изузимају вертикални споразуме о куповини и продаји робе или услуга, уколико такви споразуми у себи не садрже тешка ограничења (енгл. *hard core restricitions*),[33] као и уколико тржишни удели уговорних страна нису већи од 30% на релевантном тржишту.[34] Поред тога, од забране се изузимају и они споразуми који у себи садрже одредбе о уступању или коришћењу права интелектуалне својине, под условом да такве одредбе нису примарни циљ закључења споразума, већ да су повезане са продајом/куповином робе или услуга.[35]

Како уговор о франшизингу експлицитно није споменут у Уредби, отвара се питање да ли се уопште на уговор о франшизингу може применити правило сигурне луке. Имајући у виду да је франшизинг вертикални споразум којим се тргује добрима, услугама или технологијом, неспорно је да се правило сигурне луке може применити и на ову врсту уговора.[36] Међутим, то не значи да ће се на сваки уговор о франшизингу применити правило сигурне луке, те да ће на

услове предвиђене чл. 101 ст. 3 УФЕУ, такав споразум неће бити изузет од забране.

33 Тешка или црна ограничења јесу ограничења, која се виде као изузетно штетна и која, по правилу, немају никаквих корисних дејстава. Погледати више у: Бојан Ристић, Душан Поповић, Борис Беоговић, *Глосаријум права конкуренције*, Београд 2021, 72. Примера ради, Према ЕУ регулативи тешким ограничењима се сматрају следеће одредбе: одредбе којима се одређују цене у даљој продаји (енгл. *resale price maintenance*), одредбе којима се успостављају територијална ограничења, одредбе којима се ограничавају чланови селективног дистрибутивног система да активно или пасивно продају уговорени производ дистрибутерима који нису чланови тог дистрибутивног система; одредбе којима се ограничавају чланови селективног дистрибутивног система да се међусобно снадбевају уговореним производима и др. Погледати детаљније: Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (EU) 2022/720, Art. 4.

34 „Релевантно тржиште је тржиште на коме се осећа конкуренција, тј. унутар кога учесници на тржишту осећају притисак других конкурената, односно реч је о тржишту на ком се може употребити тржишна моћ.“ Преузето из: Б. Ристић, Д. Трифуновић, 91.

35 Commission Regulation on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices (EU) 2022/720, Art 2(2).

36 У прилог томе иде и чињеница да је Смерница о вертикалним ограничењима (енгл. *Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01)*) која прати поменуту Уредбу на детаљан начин регулисала уговор о франшизингу.

тај начин сваки уговор о франшизингу бити изузет од забране. Правило сигурне луке примењује се само на оне уговоре о франшизингу који испуњавају и преостала два услова, односно само на оне уговоре који у себи не садрже тешка ограничења, као и уколико уговорне стране не поседују више од 30% на својим релевантним тржиштима.

Правни третман уговора о франшизингу детаљније је уређен Смерницама о вертикалним ограничењима.[37] Анализирајући одредбе Смерница, чини се да је Европска Комисија уочила проблем у вези са дефинисањем уговора о франшизингу. Имајући у виду да у многим земљама чланицама франшизинг није регулисан, Смерницама је пре свега дефинисан појам уговора о франшизингу и то тако што су истакнуте најбитније карактеристике овог уговора. Франшизинг је Смерницама дефинисан као уговор којим давалац франшизинга лиценцира примаоцу франшизинга нека права интелектуалне својине (најчешће се уступају право на коришћење пословног имена и жига и/или тзв. *know-how* у вези са дистрибуцијом добара и услуга). Поред тога, давалац франшизинга се обавезује да ће током трајања уговора о франшизингу континуирано пружати примаоцу франшизинга техничку и комерцијалну подршку. За узврат прималац франшизинга плаћаће накнаду даваоцу франшизинга. Такође, даваоцу франшизинга ће франшизно пословање омогућити да уз минимална улагања креира јединствену мрежу за дистрибуирање својих производа. Најзад, скренута је пажња на чињеницу да су различите комбинације вертикалних ограничења неретко саставни део уговора о франшизингу (примера ради одредбе о селективној дистрибуцији или клаузула о забрани конкуренције).[38] Међутим, појашњено је да су такве рестриктивне одредбе иманентне природи уговора у франшизингу, те да у многим случајевима могу бити неопходне за очување реномеа мреже франшизног пословања.

Анализом поменутих чланова закључујемо да уколико уговор о франшизингу не садржи тешка ограничења, као и уколико је испуњен услов у погледу дозвољеног процента учешћа уговорних страна на релевантном тржишту, правни третман уговора о франшизингу није упитан. Међутим, уколико поменути услови нису испуњени, ситуација је спорна. Да ли уговор о франшизингу који не испуњава поменуте услове ипак може бити изузет од забране, и ако може на који начин?

Читањем поменутих Уредби и Смерница можемо уочити две ствари. Пре свега, Уредба о категоријама вертикалних споразума нигде

37 Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01).

38 Guidelines on vertical restraints (2022/C 248/01), Art. 165.

није на експлицитан начин прописала да су вертикални рестриктивни споразуми који не испуњавају поменуте услове ништави. Такође, Смерницама о вертикалним ограничењима је додатно појашњено, да чињеница постојања тешког ограничења у неком споразуму, не повлачи за собом аутоматску ништавост тог уговора, већ да постојање такве одредбе у споразму имплицира да такав споразум највероватније неће испунити услове за појединачно изузеће предвиђене чл. 101 ст. 3, те да ће као такав највероватније бити ништав.[39] То значи да уговорне стране ипак имају на располагању могућност да докажу постојање економске оправданости конкретног споразума, те да га на тај начин изузму од забране предвиђене чланом 101 ст. 1 УФЕУ. Међутим, имајући у виду да терет доказивања пада на уговорне стране, као и да је доказивање економске оправданости изузетно комплексан задатак, чини се да институт појединачног изузећа рестриктивних споразума фигурира само као формална могућност.

Стога, целисходно је направити кратак историјски осврт како бисмо увидели на који начин је пракса Европског суда правде и Европске Комисије утицала на обликовање данашње регулативе уговора о франшизингу. Такође, детаљна анализа судских одлука, као одлука Европске Комисије, помоћи ће нам да схватимо смисао одредби које регулишу франшизинг, као и да дамо одговоре на постављена питања.

Случај који је у највећој мери утицао на обликовање данашње регулативе уговора о франшизингу датира из 1986. године.[40] Ова

39 EU Commission, Guidelines on vertical restraints 2022, para. (180).

40 Тужилац, *Pronumptia de Paris Gmbh*, било је немачко зависно друштво водећег светског бренда пореклом из Француске, а који је био познат по производњи венчаница. Тужилац је дистрибуирао венчанице и остале аксесоаре за венчање под пословним именом „*Pronumptia de Paris*“. Тужилац је закључио са туженим (*Pronuptia de Paris Irmgard Schiligalis)* уговор о франшизингу, на основу којег му је уступио право да користи његов пословни жиг на територији Хамбурга, Олденбурга и Хановера, и обавезао се да ће му пружати континуирану техничку и комерцијалну подршку, док се прималац франшизинга обавезао да ће за узврат плаћати франшизну накнаду. Проблем у пословању тужиоца и туженог настао је због неплаћања франшизних накнада. Наиме, давалац франшизе тужио је свог примаоца франшизе истичући да му франшизне накнаде нису уредно исплаћиване, те је тражио од суда да обавеже туженог да му исплати новац у висини преосталих неисплаћених накнада. Тужени се од навода тужиоца бранио, те је истицао да је тужилац први повредио своју уговорну обавезу, односно да му није уредно пружао техничку и комерцијалну подршку, а услед чега је тужени престао да исплаћује франшизну накнаду. Првостепени суд у

одлука Европског суда правде од великог је значаја зато што је Европски суд правде анализирао засебно сваку одредбу уговора о франшизингу која би могла бити проблематична из аспекта права конкуренције, те је на тај начин дефинисао оквире дозвољених рестриктивних одредби уговора о франшизингу. Такође, ова одлука је била темељ за доношење каснијих одлука Европске комисије,[41] као и Уредбе о примени члана 85 УФЕУ на уговор о франшизингу.[42] [43]

Пре свега суд је запазио да давалац франшизинга уступа примаоцу франшизинга право на коришћење свог *know-how*-а, те да стога мора да се постара да такве поверљиве информације, вештине и методе пословања не дођу у руке његових конкурената. Стога, одредба којом давалац франшизинга забрањује примаоцу франшизинга да уступи права и обавеза из уговора трећем лицу без његове сагласности је оправдана. Такође, према мишљењу суда оправдана је и одредба која забрањује примаоцу франшизинга да (током трајања уговора и у разумном периоду након његовог истека) отвара продавнице исте или сличне природе на подручију на којем би се могло конкурисати члановима франшизне мреже.[44] Према становишту Европског суда

Немачкој усвојио је тужбени захтев и обавезао туженог да исплати тужиоцу износ од 158.502,00 немачких марака на конто неисплаћених франшизних накнада. Тужени се обратио апелационом суду инсистирајући да је предметни уговор у супротности са чланом 85 ст. 1 УФЕУ (данашњим чл. 101 ст. 1), те да је као такав штетан по конкуренцију. Апелациони суд заузео је став да је предметни уговор у супротности са одредбом члана 85 ст. 1 УФЕУ, као и да предметни уговор није обухваћен блоком изузећа предвиђеним Уредбом 67/67. Незадовољан одлуком Апелационог суда, тужилац подноси захтев Европском суду, а којим захтева од суда да изнесе свој став у вези са антиконкурентским ефектима конкретног уговора о франшизингу. Погледати: Case 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis* (1986), 375–379.

41 Decision 87/14/EEC, Yves Rocher, of 17 December 1986 (*OJ* EEC L 8/49 of 10 January 1987); Decision 87/407, Computerland, of 13 July 1987 (*OJ* EEC L 222/12 of 10 August 1987); Decision 88/604, ServiceMaster, of 20 August 1988 (*OJ* EEC L 332/38 of 3 December 1988) and Decision 89/94/EEC, Charles Jourdan, of 2 December 1988 (*OJ* EEC L 35/31 of 7 January 1989).

42 Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of franchise agreements (OJ EEC L 359/46 of 28 December 1988). Ова Уредба је значајна зато што је она претеча данашње Уредбе о категоријама вертикалних споразума који се изузимају од примене чл. 101. УФЕУ.

43 The European Union and Franchising, доступно на: *https://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/country/eu.pdf*, 22.2.2024.

44 Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis (1986), (16).

ове одредбе су од есенцијалног значаја за очување поверљивог пословног модела пословања даваоца франшизинга, те се на њих никако не може применити чл. 85 УФЕУ.

Надаље, суд је нарочито разматрао питање заштите идентитета и репутације даваоца франшизинга Ово питање било је од круцијалног значаја за експанзију франшизног пословања, јер сама помисао на губитак репутације имала би одвраћајући карактер на трговце да уопште прибегну коришћењу франшизног пословања. Сходно томе, суд је заузео став да давалац франшизинга мора да има на располагању одређене механизме уз помоћ којих би успео да заштити свој реноме. Самим тим, оправдана је одредба којом се прималац франшизинга обавезује да примењује пословне методе даваоца франшизинга. Такође, локација и ентеријер продавнице у којој ће се роба продавати могу бити од великог значаја за очување репутације даваоца франшизинга.[45] Стога, рестриктивне одредбе које се односи на ове факторе, биће изузете од примене члана 85 ст. 1 УФЕУ.[46]

Суд се осврнуо и на одредбу која обавезује примаоца франшизинга да 80% робу набавља од даваоца франшизинга. Имајући у виду да се у конкретном случају ради о дистрибуцији модних артикала, суд је сматрао да је прописивање спецификације квалитета у овом случају непрактично. Како је квалитет робе која ће се продавати под пословним именом даваоца франшизинга од круцијалног значаја за очување његове репутације, суд је оправдао постојање и ове одредбе. Међутим, суд је нарочито скренуо пажњу да се примаоцу франшизинга не сме забрањивати да робу прибавља од осталих чланова франшизне мреже.[47]

Дакле, суд се приликом процене рестриктивних одредби уговора о франшизингу руководио питањем: да ли је конкретна рестриктивна одредба нужна за очување пословног угледа и модела пословања даваоца франшизе? Ово питање је данас постало стандард, који је правно уобличен чланом 165. Смерница, те је неспорно да је предметна одлука у огромној мери утицала на данашњу регулативу уговора о франшизингу.

Међутим, у предметном уговору постојале су и рестриктивне одредбе које према ставновишту ЕУ суда нису биле нужне за очување

45 Слично становиште заузела је Европска Комисија у предмету Yves Rocher. Детаљније погледати у: Decision 87/14/EEC, Yves Rocher, of 17 December 1986.

46 Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis (1986), (19).

47 Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis (1986), (21).

know-how-а и реномеа даваоца франшизинга. У вези са тим, Европски суд правде је нарочито скренуо пажњу националним судовима на одредбу којом се давалац франшизе обавезао да ће обезбедити примаоцу франшизе право искључивог коришћења пословног имена и ознаке на уговором одређеним територијама. Оваква одредба класичан је пример споразума о територијалној ексклузивности, а испуњење овакве одредбе подразумева не само да давалац франшизе не отвара продавнице на уговореним територијама, већ и да свим осталим члановима франшизне мреже забрани отварање продавница на тим територијама.[48] Према актуелним прописима поменута одредба несумњиво представља тзв. тешко ограничење конкуренције, те се данас на један овакав уговор никако не би могло применити правило сигурне луке.

Теоретски посматрано такав споразум би евентуално могао бити предмет разматрања појединачног изузећа, под условом да странке успеју да докажу позитивне економске ефекете таквог споразума. Међутим, у конкретном предмету Европски суд правде је без икакве анализе изнео свој негативан став према одредби о територијалној ексклузивности, истичући да таква одредба није нужна за очување *know-how*-а и пословног угледа даваоца франшизинга, те да је као таква забрањена. Одлука у погледу ове одредбе заснована је на крајње паушалној процени Европског суда правде, који ни у једном тренутку није настојао да загребе испод површине и детаљније анализира економске разлоге због којег уговорне стране прибегавају закључењу оваквих одредби. Разумевање узрока омогућило би суду да схвати и последице које би наступиле за даваоца франшизинга уколико уговор не би садржао такву одредбу. Тек након тога, суд би на правилан начин могао да процени антиконкурентске ефекте овог уговора. Како бисмо увидели у којој мери је појединачна процена одредбе битна, целисходно је у наставку рада извршити кратку економску анализу конкретне одредбе о територијалној екслузивности.

Наиме, уколико би на истој територији постојало више примаоца франшизинга, то би резултирало појавом одређених екстерних ефеката међу њима. Класични примери ових екстерналија биле би екстерналије у рекламирању, као и екстерналије продајних услуга итд.[49] Дакле, уколико један члан франшизне мреже уложи средства у

48 Case 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Irmgard Schillgalis (1986), (24).

49 О различитим видовима екстерналија детаљније погледати у: Dennis W. Carlton, Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization,* Addison Wesley, 1999, chapter 12.

рекламирање производа, то ће погодовати свим осталим члановима франшизне мреже који послују на тој територији. Такође, обука запослених који продају производ скопчана је са бројним трошковима, те члан франшизне мреже који уложи средства у едукацију запослених, мораће производ да продаје по вишој цени у односу на остале чланове франшизне мреже на тој територији. Стога, рационалан купац могао би се информисати у продавници која има стручно и љубазно особље, а потом отићи у другу продавницу и тамо купити производ по нижој цени. Све ово доводи до ситуације у којој ни један члан франшизне мреже није спреман да уложи у рекламирање, едукацију запослених, изнајмљивање пословних простора итд., већ очекују да ће то учинити остали чланови франшизне мреже који послују на тој територији.[50]

Из перспективе примаоца франшизинга овакво понашање је у потпуности економски оправдано, те је логично да ће они настојати да минимизирају своје трошкове. Међутим, овакво пасивно понашање чланова франшизне мреже делује на уштрб профита даваоца франшизинга. Стога, како би спречио ефекат слепог путника, давалац франшизинга настоји да уговори одредбу којом ће једном примаоцу франшизинга дати ексклузивно право да на одређеној територији користи његово пословно име и жиг.

Уговарањем овакве клаузуле постиже се позитиван ефекат који се огледа у томе да потрошачи добијају квалитетнију продајну услугу, те су спремни да плате вишу цену за одређени производ. Ипак, посматрано из угла права конкуренције оваква одредба може бити штетна по конкуренцију, а у крајњем исходу и по саме потрошаче. Наиме, територијална екслузивност такође резултира и стварањем монопола на тој територији. Постојање монопола, повлачи за собом и повећање цена, услед чега се потрошачев вишак смањује. Као што можемо приметити, и у једној и у другој ситуацији настала би штета коју би претрпели потрошачи. Стога, требало би пажљиво проценити која од поменутих ситуација би била повољнија по потрошаче, те да у складу са тим донети одлуку. Међутим, оваква анализа суда неоправдано је изостала, а што је у крајњем исходу резултирало чињеницом да су све потоње одлуке доношене на исти начин. Како ни Европски суд правде нити Европска комисија до данас никада нису по службеној дужности разматрали економске ефекте конкретних вертикалних споразума, такво понашање је обесхрабрило уговорне стране да уопште посегну за применом института појединачног изузећа, те да се упусте у доказивање позитивних економских ефеката конкретног вертикалног споразума.

50 Б. Ристић, Д.Трифуновић, 198–199.

Стога, имајући у виду чињеницу да институт појединачног изузећа представља мртво слово на папиру, основано можемо закључити да у правном систему ЕУ само привидно превладава *rule of reason* стандард. Иако се правни систем ЕУ формално залаже за примену *rule of reason* стандарда, суштински је правни поредак ЕУ у потпуности окренут ка ригидном *per se* правилу. Уз помоћ *Уредбе Комисије 2022/720 о примени члана 101. ст. 3.* креиран је нормативни оквир дозвољених вертикалних рестриктивних споразума, а чије доношење је имало за циљ да у се одређеним неспорним ситуацијама олакша рад Комисије. Међутим, овај нормативни оквир је у пракси имао у потпуности супротан ефекат. Европска комисија и Европски суд правде се приликом доношења одлука слепо придржавају нормативног оквира предвиђеног Уредбом. У прилог томе, иде и чињеница да се од 1986. године, када је донета одлука у случају *Pronumptia*, па до данас доносе идентичне одлуке у вези са рестриктивним одредбама уговора о франшизингу, при чему ни у једној није извршена детаљна анализа економских ефеката које конкретан споразум производи на тржишту.

Као што можемо приметити процена антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу у ЕУ се у потпуности разликује у односу на праксу САД-а. Наиме, Европски суд правде и Европска комисија приликом процене као релевантно отварају питање нужности неке одредбе за очување пословног модела и репутације, док се амерички судови баве питањем способности даваоца и примаоца франшизинга да учине заверу у циљу елиминисања конкуренције. Поред тога, амерички судови испитују економски ефекат сваког појединачног споразума и сваког појединачног франшизног односа, док се Европски суд правде и Европска комисија не могу похвалити таквим поступањем.

3. Правна (не)регулатива у Републици Србији

За разлику од САД и Европске уније које обилују прописима и судском праксом у вези са рестриктивним одредбама уговора о франшизингу, Република Србија се не може похвалити оваквим богатим искуством. Напротив, питање процене антиконкурентских ефеката уговора о франшизингу у Републици Србији није ни на помолу. Међутим, имајући у виду чињеницу да је током последње деценије област права конкуренције значајно заживела, као и да су огромни напори усмерени ка томе да се наш правни систем у што већој мери

хармонизује са правом ЕУ, оправдано можемо очекивати да ће у будућности ово питање постати актуелно и у нашој земљи.

У нашем правном систему уговор о франшизингу је неименован уговор, односно уговор који није уређен законом. У прошлости су постојала настојања да се овај уговор реглуше, међутим, Преднацрт Грађанског Законика Републике Србије који је предлагао уређење овог уговора никада није усвојен.[51] Ипак, правила о заштити конкуренције у обрисима су се дотакла уговора о франшизингу и на веома базичан начин регулисала питање рестриктивних одредби уговора о франшизингу. Ова тема је у нашем правном поретку регулисана по угледу на постојећа решења у ЕУ, међутим, за разлику од правног система ЕУ који на веома исцрпан и детаљан начин уређује ову област, наша регулатива је прилично оскудна.

Наиме, ова тема регулисана је у свега неколико чланова. Полазна одредба за процену антиконкурентски одредби уговора о франшизингу јесте чл. 10 *Закона о заштити конкуренције*, а којом су дефинисани рестриктивни споразуми и предвиђена њихова забрана.[52] Надаље, за ово питање је релевантна и *Уредба о споразумима учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или диструбуције који се изузимају од забране*,[53] а која предвиђа вертикалне рестриктивне споразуме који се изузимају од забране предвиђене чл. 10 Закона о заштити конкуренције.

Поменутом Уредбом предвиђено је да се на уговор о франшизингу може применити правило сигурне луке, само уколико су испуњени услови у погледу учешћа на релеватном тржишту, као и уколико такав уговор у себи не садрже тешка ограничења.[54] За разлику од законодавства ЕУ, наш правни систем предвиђа нижи проценат учешћа на релевантном тржишту. Стога, како би се на уговор о франшизингу применило правило сигурне луке, ни једна уговорна стране не сме имати преко 25% учешћа на релевантном тржишту.

51 Иванка Спасић, „Правна регулатива о франшизингу (Решења међународних унификацијских аката и Преднацрта ГЗ Србије)“, *Право и привреда* 48/2011, 781.

52 Рестриктивни споразуми су споразуми између учесника на тржишту који имају за циљ или последицу значајно ограничавање, нарушавање или спречавање, конкуренције на територији Републике Србије. ЗКК, чл. 10. ст. 1.

53 Уредба о споразумима учесника на тржишту који послују на различитом нивоу производње или диструбуције који се изузимају од забране – Уредба, *Сл. гласник РС*, бр. 11/2010

54 Уредба, чл. 3(1), 4, 5, 7.

У вези са другим условом, законодавац је у Уредби прецизирао које се то одредбе сматрају тешким ограничењима, односно које су то одредбе које никако не смеју бити саставни део уговора о франшизингу.[55]

Међутим, за разлику од ЕУ која је у Смерницама појаснила да постојање тешких ограничења не мора нужно подразумевати ништавост споразума, у нашем правном систему је такво појашњење изостало. У вези са овим отвара се низ питања. Прво, да ли је ово појашњење случајно изостало или је намера законодавца била да *per se* забрани уговоре који у себи садрже тешка ограничења, те на тај начин искључи могућности примене појединачног изузећа на такве уговоре.[56] Друго, уколико је интенција законодавца била да *per se* забрани споразуме који у себи садрже тешка ограничења, да ли је такво решења оправдано имајући у виду основна начела права конкуренције.

Надаље, уочавамо да је неопходно да појам уговора о франшизингу буде прецизно дефинисан, како би постојећа регулатива из области права конкуренције уопште могла да се примени. Чини се да је Влада Републике Србије приликом доношења Уредбе препознала потребу за тим, те је стога у једној одредби предвиђена дефиниција уговора о франшизингу.[57] Разлагањем дефиниције уочавамо да је уговор о франшизингу споразум закључен између даваоца франшизинга и примаоца франшизинга, а који за предмет има уступање овлашћења коришћења права интелектуалне својине, као и овлашћења коришћења посебних знања (*know-how*). Циљ закључења овог уговора јесте производња или продаја производа. Овај уговор је теретан, с обзиром да прималац франшизинга плаћа накнаду за уступљена овлашћења. Међутим, поређењем наведене дефиниције са упоредноправним решењима, нужно се отвара питање свеобухватности ове дефиниције.

У наставку рада одговорићемо на отворена питања, те у склопу тога формулисати препоруку за нашег законодавца.

---

55 Погледати Уредбу, чл. 5.

56 Имајући у виду досадашњу праксу Комисије за заштиту конкуренције, делује да је законодавца ипак намеравао да *per se* забрани споразуме који у себи садрже тешка ограничења. Погледати одлуку: Комисија за заштиту конкуренције (2023), Решење бр. 4/0–02–243/2023–28 .

57 У складу са поменутом одредобом уговор о франшизингу је дефинисан као споразум којим давалац франшизинга уз накнаду преноси право коришћења права интелектуалне својине и посебних знања (*know-how*) примаоцу франшизинга, ради производње и/или продаје уговореног производа. Погледати Уредбу, *Сл. гласник РС*, бр. 11/2010, чл. 3 ст. 1 тач. 7.

4. Препорука уместо закључка

Упоредна анализа правног третмана уговора о франшизингу који у себи садржи рестриктивне одредбе, показала нам је да не постоји јединствени став о овом питању. Док је пракса САД-а базирана на примени *rule of reason* стандарда, правни систем ЕУ само формално познаје ову могућност. Чини се да је наш законодавац следио прописе и праксу ЕУ, међутим, таква пракса је у потпуности погрешна.

Приликом процене антиконкурентских ефеката рестриктивних споразума, неопходно је имати на уму да је крајњи циљ права конкуренције да заштити економско благостање, а нарочито благостање потрошача. Ригидни *per se* стандард, иако је неспорно лакши за примену, неретко може нарушити овај циљ. Стога, приликом процене антиконкурентских ефеката исправно би било примењивати *rule of reason* стандард, при чему у наставку предлажемо у потпуности другачији поглед на систем франшизног пословања у односу на онај који постоји у САД.

Наиме, франшизни систем пословања би требало посматрати као двострано тржиште (платформу)[58] и то према следећем моделу: једну страну тржишта чинили би примаоци франшизинга, другу страну тржишта чинили би потрошачи, а сама франшиза представљала би везу између ова два тржишта, односно економску платформа.[59]

Посматрање франшизног система пословања на овај начин, у потпуности би променило концепцију Комисије за заштиту конкуренције приликом процене антиконкурентских ефеката уговора о

58 Двострана тржишта омогућавају интеракцију између две групе корисника, при чему корисност једне групе корисника, зависи од броја корисника који се налазе на другој страни тржишта. Преузето из: Дејан Трифуновић, „A few thoughts about competition policy in two – sided markets“, *Анали Правног факултет у Београду* 2/2022, 400.

59 Дакле, да би франшизни систем пословања могао бити посматран као двострано тржиште, неопходно је да буду испуњена два услова. Прво, да постоје две групе корисника (две стране тржишта) које су међусобно повезана, као и да корисност једне групе корисника, зависи од броја корисника који се налазе на другој страни тржишта. Како бисмо испитали испуњеност ових услова, разматраћемо пример једне од највећих и најпознатијих франшизних мрежа *McDonald's*. Са једне стране имамо тржиште које чине примаоци франшизинга (ресторани), са друге стране имамо тржиште потрошача. Што је већи број ресторана који могу производити храну по *McDonald's* рецептури, то је већа корисност за потрошаче. Са друге стране, што има више потрошача који желе да користе услуге *McDonald's* ресторана, то утиче на пораст корисности ресторана (примаоца франшизинга).

франшизингу. Ако се присетимо раније наведеног примера у којем смо анализирали економске ефекте уговора о франшизингу који у себи садржи одредбу о територијалној ексклузивности, закључили смо да таква одредба неспорно штети примаоцима франшизинга. Ипак, из угла потрошача таква одредба не мора нужно бити лоша. Стога, уколико би Комисија посматрала франшизни систем пословања као двострано тржиште, Комисија би морала пажљиво, од случаја до случаја, да процењује како је конкретна рестриктивна одредба утицала на укупно благостање. Прецизније, Комисија би требало да одмери негативне и позитивне ефекте одредбе, те да утврди да ли је проузрокована штета на једној страни тржишта (тржишту примаоца франшизинга) већа од користи која је проузрокована на другој страни тржишту (тржишту потрошача).

Приликом одмеравања, Комисија би нарочито требало да води рачуна о томе да ли је нека рестриктивна одредба нужна за очување пословне методе и реномеа даваоца франшизинга, као и у којој мери је пренос конкретног пословног модела важан за заједницу. Уколико је пренос конкретног пословног модела важан за заједницу, вероватније је да ће позитивни ефекати таквог рестриктивног споразума превагнути у односу на негативне. Додатно, Комисија би требало да има на уму да што је удео учесника споразума на релевантном тржишту већи, то је већа вероватноћа да ће негативни ефекти овакве одредбе превагнути у односу на позитивне.

У вези дефинисања појма уговора о франшизингу, примећујемо да постојећа дефиниција није довољно прецизна, и то нарочито у погледу дефинисања предмета уговора. Према постојећој дефиницији предмет уговора о франшизингу јесте уступање овлашћења коришћења права интелектуалне својине и овлашћења коришћења посебних знања *(know-how)*. Ипак, потребно је имати у виду да давалац франшизинга не уступа примаоцу франшизинга само наведена овлашћења, већ му уступа свој целокупни пословни формат, те му се у оквиру тога обавезује и на пружање одговарајуће технике и комерцијалне подршке.

Напослетку, закључујемо да је у циљу развоја права конкуренције, неопходно схватити значај економске анализе сваког конкретног рестриктивног уговора. У супротном, право конкуренције неће моћи да оствари своје основне циљеве.

RESTRICTIVE PROVISIONS IN FRANCHISING CONTRACT

Ljubica Pjevović*

This paper examines the legal treatment of franchising contracts that include restrictive provisions. It begins with an analysis of various comparative legal approaches to this issue. Recognizing that different legal systems adopt divergent methodologies for assessing the anti-competitive effects of restrictive agreements, the paper evaluates whether the rule of reason or the per se standard should be preferred in such assessments. Additionally, it addresses the criteria that courts and the Commission for the Protection of Competition should consider when evaluating the anti-competitive effects of franchising contracts. The paper concludes with a review of domestic regulations on this matter and introduces the concept of viewing franchise business as a two-sided market.

Key words: *franchising contracts; restrictive provisions; rule of reason; per se standard; two-sided market.*

Литература

Andrew C. Selden, Robin Caneff Gipson, Amanda B. Parker, *An Introduction To Franchising*, Minnesota Department of Employment and Economic Development Briggs and Morgan, P.A., 2008

Dennis W. Carlton, Jeffrey M. Perloff, *Modern Industrial Organization*, Addison Wesley, 1999

Iain Murray, *The franchising handbook*, Kogan Page Limited, London 2006

Lincoln Caylor, Martin S Kenney, ,,In Pari Delicto and Ex Turpi Causa: The Defence of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the US", *Business law international* 18/2017

* Assistant at the Faculty of Economics University of Belgrade, *ljubica.pjevovic@ekof.bg.ac.rs*.

Mark Abell, „The regulation of franchising around the world“, *International journal of franchising law* 9(3)/2011

Mark Abell, „The regulation of franchising in EU member states“, *International Journal of Franchising Law* 10/2012

Stephen Calkins, „Copperweld in the Courts: The Road to Caribe“, *Antitrust L.J. 345*, 1995

Susan A. Grueneberg, Jonathan C. Solish, „Franchising 101: Key Issues in the Law of Franchising“, *Bussines Law Today,* 2009

Suzane E. Wachsstock, Erika L. Amarante, „Antitrust and Franchising: Conspiracies Between Franchisors and Franchisees Under Section I“, *Franchise Law Journal* 23(1)/2003

Tanya Woker, „Understanding the relationship between Franchising and Law of competition“, *SA Mercantile Law Journal* 18(2)/2006

Бојан Ристић, Душан Поповић, Борис Беоговић, *Глосаријум права конкуренције*, Београд 2021

Дејан Трифуновић, „A few thoughts about competition policy in two – sided markets“, *Анали Правног факултет у Београду* 2/2022

Деша Мликотин-Томић, *Уговор о франшизингу*, Информатор, Загреб, 1986

Драган Лончар, Филип Стојановић, Љубица Пјевовић, „Упоредна економско – правна анализа вертикалних рестриктивних споразума са фокусом на одређивање цена у даљој продаји“, *Ревија Копаониче школе природног права* 1/2023

Иванка Спасић, „Правна регулатива о франшизингу (Решења међународних унификацијских аката и Преднацрта ГЗ Србије)“, *Право и привреда* 48/2011

Иванка Спасић, *Франшизинг посао*, Институт за упоредно право, Београд, 1996;

Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023

УДК 347.427; 347.91:347.427(497.11)

ПРЕПРЕКЕ У ИМПЛЕМЕНТАЦИЈИ СТЕЧАЈА ПОТРОШАЧА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Александра Секулић*

Стечај потрошача део је система индивидуалног стечајног права, те његовом применом има се за циљ омогућење финансијске рехабилитације појединца који се налази у улози стечајног дужника. Такође, стечај потрошача везујемо за начело новог финансијског почетка, које подразумева да се стечајни дужник економски опорави кроз отпуст дуга и изузимање од извршења над дужниковом имовином. Иако некада регулисан, српско законодавство дужи период не познаје институт потрошачког стечаја. Постоје бројни изазови на путу ка имплементацији потрошачког стечаја у српски законодавни систем, а који се односе на потребу за законодавним интервенцијама, усклађивањем кредитног тржишта, као и на потребу развијања финансијске писмености и финансијског саветовања. У раду ће се анализирати кључне целине регулативе стечаја потрошача, као и стање српског законодавства у погледу регулативе индивидуалног стечаја. Централни део рада односиће се на анализирање препрека у имплементацији стечаја потрошача у српско законодавство, као и начина за њихово отклањање. С тим у вези, препреке ће бити груписане у правне и друштвено-економске препреке. На крају рада, биће обрађено питање оправданости регулисања стечаја потрошача у домаћем правном систему.

Кључне речи: *стечај потрошача, индивидуални стечај, препреке у имплементацији, начело новог финансијског почетка, финансијска рехабилитација стечајног дужника.*

* Асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, *asekulic@jura.kg.ac.rs*.

1. Увод

Стечај потрошача представља врсту индивидуалног стечаја, чија је основна карактеристика да се спроводи над имовином физичких лица.[1] Овај институт има шири економски, друштвени и правни значај, из разлога што основни циљ стечаја потрошача јесте економска рехабилитација стечајног дужника. Овако дефинисан основни циљ стечаја потрошача везујемо за основно начело стечаја потрошача, а то је начело новог финансијског почетка. Начело новог финансијског почетка подразумева да се стечајни поступак спроводи ради економског оздрављења стечајног дужника, односно пружања тзв. друге шансе.[2] Самим тим, кроз начело новог финансијског почетка стечајног дужника, стечај потрошача задобија друштвену и моралну димензију,[3] што се може закључити и кроз регулисање суштинских делова регулативе стечаја потрошача, попут изузимања од извршења и отпуста дуга.[4] Разликују се два модела начела новог финансијског почетка, те тиме и два модела стечаја потрошача. Први јесте англоамерички модел стечаја потрошача препознат по једноставнијем приступу новом финансијском почетку (енгл. *fresh start*).[5] Други јесте европски модел стечаја потрошача чија се правила у погледу приступа новом финансијском почетку, односно приступу отпусту дуга разликују, односно правила су пооштренија, те се овај модел означава одредницом „зарађени почетак“ (енгл. *earned start*).[6] Предмет рада неће бити детаљна анализа ова два модела, већ изналажење адекватног решења за српско законодавство.

У домаћем правном систему стечај потрошача није регулисан, иако имамо законодавну историју регулисања стечаја потрошача.[7]

1 Вук Радовић, *Индивидуални стечај*, Београд 2006, 17.

2 Vladimir Čolović, „Stečaj fizičkih lica“, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka* 7/2017, 5.

3 Ana Opačić, „Individualni stečaj“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 1/2012, 49–50.

4 В. Радовић (2006), 100.

5 Александра Секулић, „Отпуст дуга – услов за приступ предузетника новом финансијском почетку“, *Зборник радова Правног факултета у Крагујевцу*, књ. 1, Крагујевац 2024, 642; Sanja Gongeta, „Stečaj potrošača“, *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* Vol. IV/2015, 90.

6 А. Секулић (2024), 642.

7 Вид. Вук Радовић, Бранко Радуловић, „Савремена прошлост и историјска будућност – о стечају предузетника и физичких лица у Србији“, *Век и по регулисања стечаја у Србији* (ур. Небојша Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд 2019, 73–86.

Наиме, стечај потрошача је најпре био регулисан Законом о стецишном поступку који је усвојен 1861. године, којим је претежно регулисан грађански стечај, односно стечај над физичким лицима, стечај потрошача.[8] Ипак, од овог закона је значајнији био Стечајни закон, усвојен 1929. године. Овим законом регулисано је изузимање од извршења, које представља један од најзначајнијих елемената регулативе стечаја потрошача.[9] Традиција регулисања стечаја физичких лица прекинута је након Другог светског рата, из разлога неусклађености регулативе стечаја потрошача са променама друштвено-економског уређења.[10]

У овом раду биће анализиран стечај потрошача, из угла потребе регулисања у Републици Србији. На почетку, биће обрађени кључни сегменти регулативе стечаја потрошача, односно основни институти који би морали бити обухваћени законодавством стечаја потрошача. Претходно питање у раду односиће се на стање српског законодавства у погледу регулисања стечаја потрошача, док ће се тема посебне целине у раду односити на анализу препрека ка регулисању стечаја потрошача у Републици Србији, у којој ће посебно бити обрађене економско-друштвене и правне препреке. На крају рада анализираће се оправданост и потреба регулисања стечаја потрошача у домаћем правном систему.

2. Кључни сегменти регулативе стечаја потрошача

Као што је раније истакнуто, регулатива стечаја потрошача заснива се на начелу новог финансијског почетка. На тај начин се од стечајног дужника отклања стигматизација, али и омогућује економски опоравак, са циљем да он поново постане продуктивни члан друштвене заједнице.[11] Из овога непосредно произилази да начело новог финансијског почетка, иако правно начело, има ширу друштвену, моралну и економску димензију.[12] Садржински посматрано, начело новог финансијског почетка везујемо за неке кључне елементе

8 Марко Радовић, „Стечај предузетника – нужда или потреба“, *Глосаријум* 4/2024, 1; Александра Секулић, „Основне претпоставке за увођење стечаја предузетника у Републици Србији“, *Право и привреда* 2/2023, 520.

9 А. Секулић (2023), 521.

10 *Ibid.*

11 V. Čolović (2017), 5.

12 Вид. В. Радовић (2006), 80–99; Ana Opačić, Vladimir Čolović, „Individualni stečaj kao instrument zaštite ljudskog dostojanstva“, *Aktuelna pitanja stečajnog*

регулативе стечаја потрошача, а то су отпуст дуга, изузимање од извршења и поштовање ограничења у стечајном поступку.[13]

Када је реч о елементима регулативе, најпре ћемо анализирати отпуст дуга. Отпуст дуга многи аутори терминолошки одређују као „ослобођење од плаћања преосталих обавеза".[14] Заправо, применом правила о отпусту дуга, стечајни дужник се у законом предвиђеном року ослобађа плаћања преосталих обавеза, управо са циљем економског оздрављења и оспособљавања за економску самосталност.[15] У предвиђеном периоду за отпуст дуга (најчешће три године),[16] понашање стечајног дужника се прати у смислу испуњавања моралних и друштвених обавеза. У том периоду стечајни дужник није ослобођен плаћања новчаних обавеза, али је дужан да се стара да се његов економско-финансијски положај у будућности поправи, и то проналажењем запослења, образовањем и обукама, коришћењем услуга финансијског саветовања.[17] Постоји више подела отпуста дуга, од којих су најзначајније подела на аутоматски отпуст и отпуст дуга са предлогом и подела на отпуст дуга са плаћањем доприноса и отпуст дуга без плаћања доприноса. Аутоматски отпуст и отпуст дуга са предлогом разликују се према томе да ли се у тренутком отварања поступка стечајни дужник по сили закона ослобађа од преосталих дуговања, или је за то потребно да се поднесе предлог у току поступка.[18] Узевши у обзир поделу на отпуст дуга са плаћањем и без плаћања доприноса, од врсте отпуста зависи да ли ће до истека периода за отпуст дуга, стечајни дужник ипак морати да део своје зараде издвоје за намирење одређених дуговања.[19] Ипак, не потпадају сва дуговања под поље примене овог института, већ се нека дуговања изузимају из режима ослобођења као што су обавезе према држави (обавезе по

prava, zakonodavstvo – praksa (ur. Nedeljko Milijević), Udruženje stečajnih upravnika Republike Srpske, Banja Luka 2012, 122.

13 А. Секулић (2024), 644.

14 В. Радовић (2006), 106.

15 V. Čolović, (2017), 7–11.

16 Вид. Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons – Insolvency and Credit/Debtor Regimes Task Force, *„Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*", World Bank, Washington, 2014, 88.

17 Вук Радовић, „Европска регулатива стечаја физичких лица – поуке за Србију", *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2020, 22.

18 В. Радовић (2006), 108–111.

19 А. Секулић (2024), 648.

основу јавних прихода), обавезе по основу породичних потраживања (као што је законска обавеза издржавања), потраживања по основу кривичних санкција.[20]

Изузимање од извршења је наредни важан сегмент регулативе стечаја потрошача. Наиме, имовина стечајног дужника у поступку служи за намирење стечајних поверилаца, али изузимањем од извршења део имовине остаје на располагању стечајном дужнику и члановима његове породице, ради њиховог економског опстанка.[21] Изузимањем могу бити обухваћене покретне, непокретне ствари, као и потраживања, па се управо разликују поделе на изузимање покретности, изузимање непокретности и изузимање потраживања.[22] Применом изузимања штити се део имовине стечајног дужника која је неопходна за обезбеђење његове основне егзистенције, док примена ограничења у поступку стечаја потрошача подразумева економске мере умањења износа трошкова поступка.[23] Ова врста мере има позитивни утицај како на стечајног дужника, тако и на стечајне повериоце, судећи по томе да превелики трошкови поступка негативно утичу на њихово намирење.[24] Поред смањења трошкова поступка, ограничења у стечајном поступку везујемо и за институт дисквалификација, које се односе на примену одређених забрани према стечајном дужнику, попут забране обављања делатности. Циљ модерних стечајних законодавстава јесте да се дисквалификације што мање примењују, с обзиром да могу имати негативних ефеката у смислу стигматизације стечајног дужника, али и у погледу економског опоравка стечајног дужника.

Поред наведених у основне елементе регулативе спадају и поље примене и одређење надлежности за спровођење стечајног поступка. Пољем примене код стечаја потрошача обухваћена су физичка лица која на тржишту иступају у личне, некомерцијалне сврхе, што значи да је пољем примене обухваћен потрошач у смислу Закона о заштити потрошача.[25] Проблематичније питање јесте одређење надлежности

20 *Ibid.*, 647.

21 Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, 78.

22 *Ibid.*, 75–83.

23 Бранко Радуловић, „Институционални оквир и економски аспекти увођења стечаја предузетника у Републици Србији – могућа решења“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2020* (ур. Ивана Крстић, Светислав Костић), Београд 2020, 253.

24 А. Секулић (2023), 530.

25 Закон о заштити потрошача, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 88/2021.

за спровођење поступка. Логичан след, нарочито у нашем праву, био би да надлежност за спровођење стечаја потрошача имају судови.[26] Међутим, првенствено из разлога преоптерећености судова, постоје и вансудски и хибридни модел спровођења поступка. Вансудски модел спровођења подразумева да поступак воде вансудски органи, попут агенција.[27] Хибридни модел у коме би најзначајнију улогу у управљању поступком имали посредници из приватног сектора.[28]

3. Кратак преглед стања српског законодавства

Посматрајући историјат српског стечајног права, неспорно је да је стечај потрошача био регулисан првим законима који су регулисали област стечаја. Први закон којим је регулисан стечај потрошача (грађански стечај) био је Закон о стецишном поступку.[29] Оно што је карактеристично за овај закон јесте да је њиме на посредан начин регулисано изузимање од извршења.[30] Конкретније одредбе доноси Стечајни закон из 1929. године којим се на непосредан начин први пут регулише изузимање од извршења, али институт ограничења, како трошкова поступка, тако и у делу примене дисквалификација према стечајном дужнику.[31] С обзиром да је једна од врсти дисквалификација било лишење слободе стечајног дужника,[32] можемо закључити да приступ ових закона није био либералан, што је сходно и историјском раздобљу у којем је овај институт регулисан. Либерализација приступа подразумевала је даље законодавно регулисање и развој овог института. Међутим, са доласком новог друштвено-економског уређења, заустављен је процес законодавног регулисања стечаја потрошача, те он до данашњих дана није предвиђен у српском законодавном систему.

Српски законодавни систем се по овом питању битно не разликује у односу на законодавство осталих земаља Западног Балкана, с обзиром да готово све земље Западног Балкана немају

26 А. Секулић (2023), 523.

27 Б. Радуловић, 256.

28 *Ibid.*, 258.

29 М. Радовић, 1.

30 В. Радовић, Б. Радуловић, 75; Милорад Зебић, *Акцијско право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца – Коментар Закону*, Београд 1928, 80.

31 В. Радовић, Б. Радуловић, 77.

32 В. Радовић (2006), 71.

регулативу стечаја потрошача.[33] Ипак, све је актуелније разматрање потребе увођења индивидуалног стечаја у српски законодавни оквир, нарочито са аспекта процеса хармонизације српског права са правом Европске уније. Поред хармонизације, постоје и други разлози због којих се све више увиђа значај увођења неког облика индивидуалног стечаја, попут спречавања пораста кризе и сиромаштва. У складу са наведеним тенденцијама, 2022. године формирана је радна група за израду Нацрта Закона о стечају предузетника.[34] Ово представља корак напред с обзиром да стечај предузетника и стечај потрошача представљају подврсте индивидуалног стечаја. Иако разлике у регулисању стечаја потрошача и стечаја предузетника постоје, регулисањем стечаја предузетника увео би се индивидуални стечај у српском правном систему, те би се потенцијално развили оквири за регулисање стечаја потрошача. У наставку рада анализираћемо препреке на путу ка имплементацији стечаја потрошача у српски законодавни систем.

4. Идентификовање препрека у увођењу стечаја потрошача

У земљама Западног Балкана стечај потрошача није регулисан из бројних разлога, између осталог и због тога што би усвајање Закона о стечају потрошача, подразумевало законодавне интервенције и у бројним другим областима.[35] Поред овога, у српском правном систему идентификовани су и други проблеми, попут недовољне финансијске писмености, неразвијеног финансијског саветовања, оптерећености судова, итд. У наставку рада, детаљније ћемо анализирати најзначајније препреке ка законодавном регулисању стечаја потрошача. У ту сврху све препреке поделићемо на економско-друштвене и правне препреке.

---

33 Вид. Marinela Majnova, „40 Years Of Consumer Bankruptcy Law In Continental Europe: A Qualitative Analysis On The Absence Of Consumer Bankruptcy In The Western Balkan Countries“, *International Insolvency Review* 1/2025, 203–227.

34 Ognjen Colic, Srbija će uskoro imati stečaj preduzetnika – koja rešenja su na pomolu i da li se njime utire put ličnom bankrotstvu?, доступно на: *https://www.geciclaw.com/sr/srbija-ce-uskoro-imati-stecaj-preduzetnika-koja-resenja-su-na-pomolu-i-da-li-se-njime-utire-put-licnom-bankrotstvu/*, 13.8.2025.

35 M. Majnova, 214.

4.1. Економско-друштвене препреке

Кредитно тржиште има велики значај за регулисање стечаја потрошача, управо због тога што потрошачи бројне потребе задовољавају путем кредита, било да су у питању потребе задовољења стамбених прилика,[36] свакодневне потребе (куповина, одеће хране),[37] куповина аутомобила, итд. Приликом усвајања Директиве о потрошачким кредитима,[38] уочено је да је регулисање потрошачких кредита значајно са аспекта пораста несолвентности.[39] Иако развој потрошачких кредита подразумева повећање потрошње, као и веће могућности за раст несолвентности у друштву, он доприноси и стварању позитивног односа према презадужености, што је предуслов за регулисање стечаја потрошача.[40] На тај начин развој тржишта потрошачких кредита непосредно утиче на развој механизама за заштиту потрошача који доживе финансијски неуспех.[41] Кључни предуслов за овакав утицај потрошачких кредита на стечај потрошача, јесте дерегулација кредитног тржишта, односно већа понуда кредита на тржишту. [42] Ипак, ради остварења основне сврхе стечаја потрошача, а то је пружање економског опоравка „поштеном и несрећном“ дужнику, неопходно је успоставити такав систем потрошачких кредита у коме би постојала правила о процени бонитета приликом одобрења кредита.[43] Заправо, неопходно је изградити систем у коме

36 Дејан Бодул, Ивана Томас Жиковић, Саша Жиковић, „Социјални и правно-економски аспекти увођења потрошачког стечаја“, *Ревија за социјалну политику* 22/2015, 134.

37 Вид. Mina Autio, et al., „The use of small instant loans among young adults – a gateway to a consumer insolvency?“, *International Journal on Consumer Studies* 4/2009, 411–412.

38 Directive 2014/17/Eu Of The European Parliament And Of The Council of 4 February 2014 on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, *Official Journal of the European Union*, L 60/34, 28.2.2014.

39 Johanna Niemi, „Consumer Insolvency in the European Legal Context“, *Journal of Consumer Policy* Vol. 35/2012, 5.

40 В. Радовић (2006), 93.

41 Вид. Iain D.C. Ramsay, „Functionalism and Political Economy in the Comparative Study of Consumer Insolvency: An Unfinished Story from England and Wales“, *Theoretical Inquiries in Law* 2/2006, 655.

42 В. Радовић (2006), 96.

43 Jason Kilborn, „Twenty-five Years of Consumer Bankruptcy in Continental Europe: Internalizing Negative Externalities and Humanizing Justice in Denmark“, *International Insolvency Review* 3/2009, 19.

би и даваоци и корисници кредита били одговорни.[44] Овакав приступ је неопходан из разлога што позитиван утицај на развијање регулативе стечаја потрошача има само кредитно тржиште са великом понудом кредита, док непостојање механизама за разликовање поштеног од непоштеног дужника, може негативно утицати на понуду кредита.[45]

Када је реч о тржишту кредита у Републици Србији, тренд је такав да се бележи пораст коришћења потрошачких кредита.[46] Потрошачке кредите све више користи млађа популација, и то за подмиривање бројних и различитих потреба. Ако се узме у обзир понуда кредита и развноврсност кредитних производа, можемо закључити да се тржиште постепено дерегулише, те да је тај процес у току.[47] Упоредо са процесом дерегулације, треба створити ефикасне механизме за заштиту потрошача на кредитном тржишту, као што је развијање регулативе стечаја потрошача. Препеке на путу ка развијању механизама за заштиту потрошача на кредитном тржишту, односе се на могућ негативни утицај на стабилност банкарског сектора, у погледу повећања неплаћених дугова, као и изазове који би се јавили у периодима нестабилности цена и високе инфлације.[48] Решење за ове ризике могло би се наћи у одговорном понашању учесника на тржишту, у чему би значајну улогу имале услуге финансијског саветовања. Међутим, услуге финансијског саветовања нису развијене, а додатну потешкоћу ствара неразвијени систем финансијске едукације.[49] Како је финансијска писменост једна од најзначајнијих претпоставки за смањење несолвентности и развијање регулативе стечаја потрошача, први корак ка решењу наведених ризика у домаћем систему било би развијање и подстицање финансијске едукације и развијање услуга финансијског саветовања.[50] У вези са економским препрекама, могуће негативне утицаје на пораст презадужења међу корисницима кредита,

44 I. D. C. Ramsay, 655.

45 А. Секулић (2023), 522–523.

46 Udruženje banaka Srbije, Dvocifreni rast potrošačkih kredita u aprilu u odnosu na mart, доступно на: *https://www.nedeljnik.rs/udruzenje-banaka-srbije-dvocifreni-rast-potrosackih-kredita-u-aprilu-u-odnosu-na-mart/*, 13.8.2025.

47 Analiza kreditnog tržišta u Srbiji, доступно на: *https://www.uzmikredit.com/analiza-kreditno-trziste-srbija/*, 13.8.2025.

48 Вид. Макроекономска кретања и кретања у финансијском сектору у Србији, доступно на: *https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/finansijska-stabilnost/prezentacije/prezentacija_invest.pdf*, 13.8.2025, 2–3.

49 I. D. C. Ramsay, 660.

50 Душица Палачковић „Лични стечај – циљеви и неопходни инструменти у регулисању“, *Право и привреда* 7–9/2015, 305.

може спречити и развијен систем социјалног осигурања, нарочито узевши у обзир да су ризици покривени социјалним осигурањем, као што су незапосленост и болест често главни узроци за настанак презадужења појединца.[51] Такође, у периодима великих криза и општег пораста дуговања, потребно је имати развијен систем осигурања који ће пратити регулатива стечаја потрошача, како би се смањили државни терети по основу социјалних давања.[52] Што се тиче српског система социјалног осигурања, можемо закључити да је он развијен, али да су реформе и даље неопходне да би постојао широк систем социјалне заштите грађана.[53] Наведене реформе би свакако требало да прати упоредни развој регулативе стечаја потрошача.

Када је реч о друштвеним факторима, основни проблем огледа се у стигматизацији стечајног дужника.[54] Наиме, потпадање појединца под банкротство подложно је моралној осуди у друштвеном окружењу, нарочито што у домаћим приликама постоји негативан однос према презадужености. Наспрам стигматизације, модерно стечајно законодавство карактерише хумани приступ према стечајном дужнику којим се отклања морална осуда, а појединцу пружа нови финансијски почетак.[55] Поред стигматизације, потенцијални проблем јесте и морални хазард, односно скривљено понашање стечајног дужника који би могао правила стечаја потрошача искористити без циља да се заиста финансијски опорави.[56] Та препрека се може отклонити увођењем стандарда добре вере у примени начела новог финансијског почетка

51 Wilner Predelus, Samir Amine, „How employment insurance recipients make decision about insolvency?“, *Research in Economics* 4/2020, 344–348; Kent Anderson,“The Explosive Global Growth of Personal Insolvency and the Concomitant Birth of the Study of Comparative Consumer Bankruptcy: Consumer Bankruptcy in Global Perspective, by Johanna Niemi-Kiesilainen, Lain Ramsay & William C. Whitford (eds.); Comparative Consumer Insolvency Regimes: A Canadian Perspective, by Jacob S. Ziegel“, *Osgoode Hall Law Journal* 4/2004, 668; J. Kilborn (2009), 158.

52 Jason Kilborn, „Comparative Cause and Effect: Consumer Insolvency and the Eroding Social Safety Net“, *Columbia Journal of European Law* 3/2008, 564.

53 Вид. Милош Пјанић, Јелена Андрашић, „Функционисање система социјалног осигурања у Србији“, *Култура Полиса* 42/2020, 634–639.

54 Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, 43–44.

55 Jan Van Apeldoorn, „Fresh Start for Individual Debtors: Social, Moral and Practical Issues“, *International Insolvency Review* 1/2008, 65.

56 Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons, 64–65; вид. Mevliyar Er, „The German consumer bankruptcy law and moral hazard – the case of indebted immigrants“, *Journal of Financial Regulation and Compliance* 2/2020, 173–175.

и предвиђањем правила према којима би се нови финансијски почетак пружао само савесним и поштеним дужницима.[57] Ипак, отклањање друштвених препрека за регулисање стечаја потрошача, такође подразумева развијање финансијске едукације, као и стварање услова за позитиван однос у друштву према презадужености.

4.2. Правне препреке

Једна од правних препрека ка регулативи стечаја потрошача тиче се модела спровођења поступка. У већини законодавних система, као што је то случај и у српском правном систему, надлежност за спровођење поступка стечаја потрошача била би додељена судовима. Оно што би у оваквој подели надлежности представљало препреку односи се на оптерећеност судова и повреду права на суђење у разумном року која је најчешћа када је реч о стечајним поступцима.[58] Повреда права на суђење у разумном року, због дужине трајања поступка подразумева и веће трошкове поступка,[59] што на више начина може негативно утицати на остварење сврхе стечаја потрошача. Поред тога, судије немају довољно знања из ових области, па би увођење стечаја потрошача подразумевало похађање посебних обука и едукација.[60] Специјализација судова и судија јесте могуће решење за имплементацију стечаја потрошача, али би оно подразумевало доста времена припреме, као и додатне издатке и трошкове.[61] Међутим, недостаци у примени судског модела спровођења поступка, могли би се отклонити применом других модела поступака. Тако би једно од могућих решења било да за спровођење поступка била надлежност посебно формираних тела, односно посебно оформљених агенција. У српском праву, то могу бити посебно формирана тела у оквиру Привредне коморе Србије[62] или Агенције за лиценцирање стечајних управника.[63] Међутим, како и агенцијски модел подразумева

57 J. Van Apeldoorn, 59–62.

58 А. Секулић (2023), 524.

59 Mahesh Uttamchandani *et al*., „Caveat Emptor: What Consumers of Insolvency Law Regimes Need to Know“, *International Insolvency Review* 3/2005, 196.

60 *Ibid.*, 194.

61 *Ibid.*, 195.

62 Маријана Дукић Мијатовић, Озрен Узелац, „Настанак и правно регулисање института друге шансе за предузетнике у Европској Унији“, *Страни правни живот* 1/2021, 98.

63 Б. Радуловић, 258.

специјализацију и припреме за које наш систем још увек није спреман, став је да је у домаћем правном систему комбиновани модел спровођења поступка најадекватнији.[64] Примена овог модела подразумевала би надлежност судова за спровођење поступка, али и могућност да за поједина питања странке у поступку буду упућене на друга тела, слично као у поступку медијације.[65] Поред овог, препоручено решење било би и почетно искључиво прописивање судског модела уз упоредно развијање капацитета за постепено увођење агенцијског модела.[66]

Поред модела спровођења поступка, додатни изазови у правном систему односе се на потребне промене у законодавству, где претежно мислимо на извршно законодавство. У српском правном систему интервенција у погледу извршног законодавства потребна је у погледу изузимања непокретности, и то непокретности као места становања. Наиме, домаћим извршним законодавством, предвиђено је могућност изузимања само пољопривредног земљишта површине до 10 ари,[67] док изузимање непокретности као места становања није предвиђено. Изузимање непокретности као места становања у српском правном систему делује неоправдано, с обзиром је став да се тиме негативно утиче на поверилачка права. Ипак, изузимање непокретности као места становања и заштите права на дом кључни су елементи у регулативи стечаја потрошача. Стога је изазов за домаћег законодавца у овом погледу на који начин пронаћи равнотежу између заштите права на дом стечајног дужника и поверилачких права. Један од начина за то је додатна заштита поверилачких права путем примене отпуста дуга са плаћањем доприноса, који подразумева намирење поверилаца и из накнадно стечене зараде стечајног дужника.[68]

На крају, посебну препреку на путу ка увођењу стечаја потрошача у српски правни систем, могло би представљати и доследно поштовање правила *pacta sunt servanda*. Доследно поштовање овог фундаменталног правила грађанског права, била је и једна од највећих препрека у изградњи европског модела стечаја потрошача.[69] На европском нивоу ово питање разрешило се управо путем прављења изузетка у

64 Вид. *Ibid.*, 259.

65 А. Секулић (2023), 524.

66 *Ibid.*, 525.

67 *Ibid.*, 529.

68 А. Секулић (2024), 648.

69 J. Kilborn (2009), 312.

погледу примене овог правила када је у питању потрошачки стечај.[70] У српском правном систему треба следити овај узор.

5. Оправданост регулисања стечаја потрошача у Републици Србији

Без обзира на бројне препреке, бројни су разлози који оправдавају увођење стечаја потрошача у српски законодавни оквир. На првом месту, пораст несолвентности која је готово неминовна у модерном друштву са порастом потрошње и растом потреба појединца, један је од основних разлога за успостављање механизама за регулисање стечаја потрошача.[71] Друго, увођење стечаја потрошача имало би шири друштвени и економски значај, што потврђује чињеница да би се путем регулативе стечаја потрошача изнашли ефикасни механизми за отклањање неких од највећих друштвених ризика, попут ризика од сиромаштва и ризика од незапослености.

Увођење стечаја потрошача у Републици Србији део је обавеза у процесу хармонизације са правом Европске уније, и то у погледу Уредбе о стечајним поступцима[72] и Директиве о оквирима превентивног реструктурирања, ослобођењу од дуга и дисквалификацијама (у даљем тексту: Директива о превентивном реструктурирању).[73] Када је реч о Уредби о стечајним поступцима, процес хармонизације је

70 Jasnica Garašić, „Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2011, 1489; German Insolvency Law – The Insolvency Administrator's Right To Choose Or Reject Performance, доступно на: *https://www.mondaq.com/germany/insolvencybankruptcy/1376548/german-insolvency-law-the-insolvency-administrators-right-to-choose-or-reject-performance#:~:text=Within%20German%20contract%20law%2C%20the%20principle%20of%20being,one%20of%20the%20contract%20parties%2C%20exceptions%20are%20made*, 2.8.2025.

71 Monika Masnicka, Joanna Kruczalak-Jankowska, „Evolution Of Consumer Bankruptcy In Poland: A Chance For A New Life Fo Rinsolvent Debtors?“, *International Insolvency Review* 2/2022, 217.

72 Regulation (Eu) 2015/848 Of The European Parliament And Of The Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings, *Official Journal of the European Union*, L 141/19, 15.6.2015.

73 Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifica tions, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restruc turing, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency), *Official Journal of the European Union*, L 172/18, 26.6.2019.

неопходан због случајева прекограничног стечајног поступка који се спроводи над имовином физичког лица,[74] док законодавство у погледу регулисања стечаја потрошача у већој мери треба ускладити са Директивом о превентивном реструктурирању. Иако се одредбе Директиве примењују на предузетнике, а не на потрошаче,[75] за наш законодавни систем усклађивање са овом Директивом је значајно из два разлога. Најпре, како индивидуални стечај још увек представља непознаницу за српски законодавни систем, стечај предузетника, као подврста индивидуалног стечаја, може бити путоказ за изградњу правила која би се односила на стечај потрошача. Уз то, Директивом је остављена дискрециона могућност државама чланицама да поље примене правила из Директиве прошире и на потрошаче.[76] С тим у вези, најзначајније одредбе које треба преузети из ове Директиве јесу она која се односе на правила о отпусту дуга, односно ослобођењу плаћања од преосталих обавеза, и то када је реч о прописивању трогодишњег рока за отпуст дуга,[77] као и предвиђању правила за одбијање отпуста дуга у случајевима када овај институт не може остварити своју сврху због неиспуњења услова савесности и поштења на страни стечајног дужника.[78]

Поред тога, увођење стечаја потрошача довело би до позитивних економских ефеката, на тај начин што би утицало на повећање потрошње и економски раст.[79] То би се постигло пре свега утицајем на развијање и стабилизацију кредитног тржишта,[80] што би довело и до развијања регулативе за одговорно кредитирање.[81] Уз то, регулисањем стечаја потрошача развио би се сектор финансијског саветовања, који је изузетно значајан за савременог потрошача. Кроз ове економске ефекте, регулатива стечаја потрошача би била корисна и из угла социјалних аспеката попут заштите достојанства презадужених грађана, превенције сиромаштва и спречавања социјалне искључености.[82]

---

74 Вид. Уредба о стечајним поступцима, 19–24.

75 В. Радовић (2020), 17.

76 *Ibid.*

77 А. Секулић (2024), 650.

78 В. Радовић (2021), 24–26.

79 В. Радовић (2006), 93–94.

80 Michelle J. White, „Personal Bankruptcy“, CESifo DICE REPORT *Journal for Institutional Comparisons* 4/2015, 6–7.

81 I. D. C. Ramsay, 655.

82 Д. Бодул, И. Томас Живковић, С. Живковић, 141–143.

6. Закључак

Стечај потрошача представља један од ефикасних механизама за рехабилитацију презадужених појединаца, као и њихову заштиту. У српском правном систему, нема изгледа да ће овај институт бити регулисан, иако би он имао велики значај. У раду је више пута истакнуто да је за даљи економски развој и смањење индивидуалних економских потешкоћа, кључно увођење оваквог института у стечајно законодавство. Помак би могло бити регулисање стечаја предузетника, који заједно са стечајем потрошача чини део индивидуалног стечаја, те би усвајање Закона о стечају предузетника могла бити припрема за усвајање Закона о стечају потрошача. Стога је централна тема овог рада анализирање економско-друштвених и правних препрека у увођењу стечаја потрошача у Републици Србији. Идентификоване препреке односе се на потрошачке кредите, стигматизацију дужника и морални хазард, неразвијеност система финансијског саветовања, преоптерећеност судова, потребу за реформом извршног законодавства, потребу за модификовањем правила *pacta sunt servanda*. Наведене препреке се могу отклонити постепеном припремом друштвене заједнице за регулисање стечаја потрошача, правним реформама, као и финансијском едукацијом.

Узевши у обзир пораст потреба савременог потрошача, све значајније ризике са којима се сусреће на тржишту, могућност економске рехабилитације путем регулативе стечаја потрошача представља нужност у модерним законодавствима. Такође, из угла српског права, додатно имајући у виду процес усклађивања са правом Европске уније, економске и социјалне бенефите који произилазе из развоја регулативе стечаја потрошача, можемо закључити да постоји оправдана потреба за регулисањем стечаја потрошача у Републици Србији.

OBSTACLES IN THE IMPLEMENTATION OF CONSUMER INSOLVENCY IN SERBIA

Aleksandra Sekulić*

Consumer insolvency is a component of the individual insolvency law system that aims to facilitate the financial rehabilitation of individuals who are bankrupt debtors. The core goal of consumer insolvency is based on the principle of a „fresh start", which allows consumers to recover economically through debt discharge and protection (exception) from enforcement actions on their property. While there have been regulations in the past, Serbian legislation has not recognized consumer insolvency for an extended period. Several challenges hinder the implementation of consumer insolvency within the Serbian legal framework. These challenges include the need for legislative reform, alignment within the credit market, and the establishment of a more comprehensive system for financial education and counseling. This article will first examine the key components of consumer insolvency regulations. Following that, it will assess the current state of Serbian legislation on this matter. The central focus will be on examining the obstacles to implementing consumer insolvency in Serbia, which will be categorized into legal and socio-economic obstacles. Finally, an analysis of these obstacles will be presented to evaluate the justification for consumer insolvency within the Serbian legal system.

Key words: *consumer insolvency, obstacles to implementation, principle of a fresh start, financial rehabilitation of bankrupt debtors.*

* Junior Faculty Member at the Faculty of Law University of Kragujevac, *asekulic @jura.kg.ac.rs*.

Литература

Александра Секулић, „Отпуст дуга – услов за приступ предузетника новом финансијском почетку“, *Зборник радова Правног факултета у Крагујевцу* 1/2024

Александра Секулић, „Основне претпоставке за увођење стечаја предузетника у Републици Србији“, *Право и привреда* 2/2023

Ana Opačić, „Individualni stečaj“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine* 1/2012

Ana Opačić, Vladimir Čolović, „Individualni stečaj kao instrument zaštite ljudskog dostojanstva“, *Aktuelna pitanja stečajnog prava, zakonodavstvo – praksa* (ur. Nedeljko Milijević), Udruženje stečajnih upravnika Republike Srpske, Banja Luka 2012

Analiza kreditnog tržišta u Srbiji, доступно на: *https://www.uzmikredit.com/analiza-kreditno-trziste-srbija/*, 13.8.2025

Бранко Радуловић, „Институционални оквир и економски аспек ти увођења стечаја предузетника у Републици Србији – могућа решења“, *Идентитетски преображај Србије – Прилози пројекту 2020* (ур. Ивана Крстић, Светислав Костић), Београд, 2020

Wilner Predelus, Samir Amine, „How employment insurance recipients make decision about insolvency?“, *Research in Economics* 4/2020

Working Group on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons – Insolvency and Credit/Debtor Regimes Task Force, *„Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*“, World Bank, Washington, 2014

Вук Радовић, Бранко Радуловић, „Савремена прошлост и историјска будућност – о стечају предузетника и физичких лица у Србији“, *Век и по регулисања стечаја у Србији* (ур. Небојша Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд 2019

Вук Радовић, „Европска регулатива стечаја физичких лица – поуке за Србију“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске Уније* (ур. Вук Радовић), Београд 2020

Вук Радовић, *Индивидуални стечај*, Београд 2006

Владимир Чоловић, „Стечајни закон Краљевине Југославије“, *Век и по регулисања стечаја у Србији* (ур. Небојша Шаркић, Вук Радовић, Гордана Ајншпилер Поповић, Владимир Чоловић), Београд 2019

Vladimir Čolović, „Stečaj fizičkih lica“, *Godišnjak fakulteta pravnih nauka* 7/2017

Дејан Бодул, Ивана Томас Жиковић, Саша Жиковић, „Социјални и правно-економски аспекти увођења потрошачког стечаја“, Ревија за социјалну политику 22/2015.

Душица Палачковић „Лични стечај – циљеви и неопходни инструменти у регулисању“, *Право и привреда* 7–9/2015, 305.

German Insolvency Law – The Insolvency Administrator's Right To Choose Or Reject Performance, доступно на: *https://www.mondaq.com/germany/insolvencybankruptcy/1376548/german-insolvency-law-the-insolvency-administrators-right-to-choose-or-reject-performance#:~:text=Within%20German%20contract%20law%2C%20the%20principle%20of%20being,one%20of%20the%20contract%20parties%2C%20exceptions%20are%20made*, 2.8.2025

Iain D.C. Ramsay, „Functionalism and Political Economy in the Comparative Study of Consumer Insolvency: An Unfinished Story from England and Wales“, *Theoretical Inquiries in Law* 2/2006

Jan Van Apeldoorn, „Fresh Start for Individual Debtors: Social, Moral and Practical Issues“, *International Insolvency Review* 1/2008

Jasnica Garašić, „Kako zakonski regulirati „osobni stečaj“ u Hrvatskoj“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* 5/2011

Jason Kilborn, „Twenty-five Years of Consumer Bankruptcy in Continental Europe: Internalizing Negative Externalities and Humanizing Justice in Denmark“, *International Insolvency Review* 3/2009

Jason Kilborn, „Comparative Cause and Effect: Consumer Insolvency and the Eroding Social Safety Net“, *Columbia Journal of European Law* 3/2008

Johanna Niemi, „Consumer Insolvency in the European Legal Context“, *Journal of Consumer Policy* Vol. 35/2012

Kent Anderson, „The Explosive Global Growth of Personal Insolvency and the Concomitant Birth of the Study of Comparative Consumer Bankruptcy: Consumer Bankruptcy in Global Perspective, by Johanna Niemi-Kiesilainen, Lain Ramsay & William C. Whitford (eds.); Comparative Consumer Insolvency Regimes: A Canadian Perspective, by Jacob S. Ziegel“, *Osgoode Hall Law Journal* 4/2004.

Макроекономска кретања и кретања у финансијском сектору у Србији, доступно на: *https://www.nbs.rs/export/sites/NBS_site/documents/finansijska-stabilnost/prezentacije/prezentacija_invest.pdf*, 13.8.2025

Маријана Дукић Мијатовић, Озрен Узелац, „Настанак и правно регулисање института друге шансе за предузетнике у Европској Унији“, *Страни правни живот* 1/2021

Marinela Majnova, „40 Years Of Consumer Bankruptcy Law In Continental Europe: A Qualitative Analysis On The Absence Of Consumer Bankruptcy In The Western Balkan Countries“, *International Insolvency Review* 1/2025

Марко Радовић, „Стечај предузетника – нужда или потреба“, *Глосаријум* 4/2024

Mahesh Uttamchandani *et al.*, „Caveat Emptor: What Consumers of Insolvency Law Regimes Need to Know“, *International Insolvency Review* 3/2005

Mevliyar Er, „The German consumer bankruptcy law and moral hazard – the case of indebted immigrants“, *Journal of Financial Regulation and Compliance* 2/2020

Милош Пјанић, Јелена Андрашић, „Функционисање система социјалног осигурања у Србији“, *Култура Полиса* 42/2020

Mina Autio, et al., „The use of small instant loans among young adults – a gateway to a consumer insolvency?, *International Journal on Consumer Studies* 4/2009

Милорад Зебић, Акцијско право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца – Коментар Закону, Београд 1928

Michelle J. White, „Personal Bankruptcy“, CESifo DICE *REPORT Journal for Institutional Comparisons* 4/2015

Monika Masnicka, Joanna Kruczalak-Jankowska, „Evolution Of Consumer Bankruptcy In Poland: A Chance For A New Life Fo Rinsolvent Debtors?“, *International Insolvency Review* 2/2022

Ognjen Colic, Srbija će uskoro imati stečaj preduzetnika – koja rešenja su na pomolu i da li se njime utire put ličnom bankrotstvu?, доступно на: *https://www.geciclaw.com/sr/srbija-ce-uskoro-imati-stecaj-preduzetnika-koja-resenja-su-na-pomolu-i-da-li-se-njime-utire-put-licnom-bankrotstvu/*, 13.8.2025

Sanja Gongeta, „Stečaj potrošača“, *Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe* Vol. IV/2015

Udruženje banaka Srbije, Dvocifreni rast potrošačkih kredita u aprilu u odnosu na mart, доступно на: *https://www.nedeljnik.rs/udruzenje-banaka-srbije-dvocifreni-rast-potrosackih-kredita-u-aprilu-u-odnosu-na-mart/*, 13.8.2025

УДК 347.451.9(497.11); 347.425:06.02

НАКНАДА ЗА КАШЊЕЊЕ КАО ПОСЛЕДИЦА ДОЦЊЕ ДУЖНИКА НОВЧАНЕ ОБАВЕЗЕ У КОМЕРЦИЈАЛНИМ ТРАНСАКЦИЈАМА

Ива Ристановић, мастер права*

У овом раду аутор истражује институт накнаде за кашњење, који је релативна новина у српском праву, истовремено се бавећи тиме како је дошло до његовог увођења. Поред права Европске уније, начина усаглашавања са нашим правом и упоредноправних решења, аутор детаљно анализира значај увођења накнаде за кашњење у српско право, њен концепт, законску регулативу, али и процесноправни аспект овог института, све у циљу сагледавања практичних импликација различитих решења у пракси – како судови Србије примењују одредбе новог закона чијим доношењем је у српско право имплементирана Директива 2011/7/ЕУ о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима, када су у питању рокови испуњења новчаних обазеа у комерцијалним трансакцијама – све кроз осврт на правни став Врховног суда Србије о принудној реализацији ове накнаде из 2014. године, став Уставног суда и бројне пресуде привредних судова и Привредног апелационог суда.

Кључне речи: *накнада за кашњење, комерцијална трансакција, новчана обавеза, привредно право, кашњење, дужничка доцња.*

* Судијски приправник Вишег суда у Београду, e-mail: *iva.ristanovicoo@gmail.com*.

1. Увод

У циљу детаљне анализе, а с обзиром на нови правни режим извршења новчаних обавеза у трговинским уговорима и његов *ratio legis*, кратко ћемо се осврнути и на општа правила уговорног права о роковима плаћања прописана Законом о облигационим односима[1] и Општим узансама за промет робом.[2] Наиме, одложено плаћање или тзв. трговачки кредит је постало пракса у Европи, као и уговарање све дужих рокова плаћања, што погодује дужницима.[3] Један од главних разлога закашњења у плаћању јесте неједнакост у преговарачкој моћи дужника и поверилаца, који су често мањи добављачи, самим тим и слабија страна која мора да прихвати непоштене услове плаћања.[4] Идеја Директиве 2011/7/ЕУ о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима[5] и Закона о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама[6], који је донет у циљу усклађивања српског права са правом Европске уније, јесте пооштравање последица доцње у уговорима у привреди увођењем специфичних приватноправних последица у виду камате и накнаде за кашњење, али и јавноправних последица у виду прекршајне одговорности, као демотивације дужнику да касни са плаћањем.[7]

---

1 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 122, чл. 314, чл. 516 ст. 2 (даље у фуснотама: ЗОО).

2 Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 15/54 54 и *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78 – др. закон, бр. 177 (даље у фуснотама: Опште узансе).

3 Мирјана Радовић, „Нови правни режим рокова измирења новчаних обавеза из трговинских уговора“, *Право и привреда* 7–9/2013, 242 (даље у фуснотама: М. Радовић (2013а)).

4 *Ibid.*

5 Директива 2011/7/ЕУ о сузбијању закашњења са плаћањем из 2011. године (Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions – Late Payment Directive, *OJ*, L 48, 23.2.2011)

6 Закон о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама, *Службени гласник РС*, бр. 119/2012, 68/2015, 113/2017, 91/2019, 44/2021, 44/2021 – др. закон, 130/2021, 129/2021 – др. закон и 138/2022 (даље у фуснотама: Закон о роковима).

7 Закон о роковима, чл. 12.

1.1. Општа правила уговорног права о роковима плаћања и посебна правила у трговинским уговорима

Начелно, свака уговорна страна је дужна да поступа по условима из уговора и према очекивањима друге стране да ће уговор бити испуњен (*bona fides*), те у складу са тим, оне могу захтевати истовремено испуњење обавеза, односно, у случају уговора о продаји, продавац може захтевати да му купац плати цену истовремено са испоруком робе.[8]

Време доспелости обавезе је тренутак од којег поверилац може захтевати њено испуњење и оно може бити одређено уговором, законом или једностраном изјавом воље једне стране, али и с обзиром на сврху посла, природу обавезе и друге околности.[9]

Када су у питању двостранообавезујући уговори, основни принцип уговорног права је истовременост испуњења. Ако није другачије уговорено, дужник треба да испуни своју обавезу одмах по закључењу уговора, односно одмах чим поверилац испуни или је спреман да истовремено испуни своју обавезу.[10] Изузетак је уговор о продаји робе, где купац треба да плати цену у тренутку испоруке, ако нешто друго није уговорено или *уобичајено*.[11] Оваква формулација нас упућује на Опште узансе за промет робом, које прописују рок од осам дана од пријема фактуре или робе, односно првог радног дана након утврђивања количине и квалитета робе, за купца да плати цену.[12] Ово су основна правила која прописује Закон о облигационим односима и ту начелно нема ограничења слободе уговарања.

Међутим, истовремено испуњење обавеза од стране дужника и повериоца је реткост у трговинском праву. Ово из разлога што се обично ради о великим количинама робе коју је потребно прегледати, па ће купац најчешће одложити плаћање цене док не утврди шта му је испоручено, односно да ли је испоручена роба саобразна уговору. Одложено плаћање, односно кредитирање дужника, је постало пракса и у Европској унији, са предугачким роковима плаћања уговореним

8 David P. Twomey, Marianne M. Jennings, *Anderson's Business Law and the Legal Environment*, South-Western Cengage Learning, Mason, Ohio 2011, 581.

9 Ђорђе Николић, *Облигационо право, „Projuris" – Организација за правну едукацију и културу права*, Београд 2020, 144.

10 ЗОО, чл. 122 и чл. 314.

11 ЗОО, чл. 516 ст. 2.

12 Опште узансе, бр. 177.

услед слабије преговарачке моћи повериоца у односу на дужника.[13] Посебан режим испуњења новчаних обавеза у уговорима у привреди успостављен је Законом о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама, а у циљу сузбијања негативних последица кашњења са плаћањем. Он има предност у односу на поменута општа правила и његова суштина је успостављање крајњих рокова за дужника да испуни своју (новчану) обавезу и немогућност одступања од тих рокова, односно свођење на прописани најдужи рок.[14] О негативним последицама кашњења са плаћањем, поготово на мања и средња предузећа, и циљу и начину увођења посебног режима у наше право биће више речи касније.

Домен примене Закона о роковима су „комерцијалне трансакције", односно уговорене трансакције између субјеката јавног сектора и привредних субјеката, између привредних субјеката, односно између субјеката јавног сектора, које се односе на испоруку добара, односно пружање услуга уз накнаду, у које се убрајају и грађевински и инвестициони радови, као и комуналне услуге.[15] „Новчана обавеза" са чијим испуњењем дужник касни односи се на примарни захтев из уговора.[16] Очигледно је, дакле, да су тим правилима обухваћени и уговори у привреди. Самим тим, и поменуто правило о року од 8 дана из Општих узанси губи на значају.

Закон о роковима предвиђа рок до 60 дана за плаћање цене у уговорима између привредних субјекта, до 45 дана за субјекта јавног сектора као дужника, и до 60 дана за привредног субјекта као дужника у уговорима између субјекта јавног сектора и привредног субјекта и рок до 60 дана у уговорима између субјеката јавног сектора.[17] Сви ови рокови почињу да теку наредног дана од дана када је дужник примио робу или фактуру, у зависности од тога шта је прво примио.[18] Изузетно, ако дужник треба да прегледа робу, рок почиње да тече након истека рока за преглед, а који не може бити дужи од 30 дана пошто

13 Late Payment Directive, Recital 2; Ivan Tot, „Pravna osnova i ciljevi Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 59, l/2013, 225.

14 Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2021, 111.

15 Закон о роковима, чл. 2 тач. 1.

16 Закон о роковима, чл. 2 тач. 4.

17 Закон о роковима, чл. 3 ст. 1 и 2, чл. 4 ст. 1 и 2.

18 Закон о роковима, чл. 3 ст. 3 тач. 1 и 2, чл. 4 ст. 6.

је примио робу.[19] Ови рокови примењиваће се ако уговорне стране нису саме уговориле рок плаћања, односно ако не постоји писани уговор или ако су уговориле дужи рок од прописаног.[20] Оваква законска формулација је занимљива, будући да намеће питање зашто не би било могуће усмено уговорити краћи рок.

На овај начин је у наше трговинско право уведен нови режим испуњења новчаних обавеза у трговинским уговорима и успостављено је правило да се прво испуњава неновчана обавеза, а затим новчана,[21] што одступа од општих правила облигационог права.

Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе, која се примењује у међународним уговорима, када купац и продавац имају седиште у различитим државама потписницама или ако би правила међународног приватног права упутила на примену права државе потписнице Бечке конвенције, такође предвиђа принцип истовременог испуњења обавеза дужника и повериоца.[22] Самим тим, она искључује примену посебног режима рокова испуњења новчаних обавеза у ситуацији када има примат над нашим националним правом.

Директива 2011/7/ЕУ о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима, по узору на коју је у наше право уведен посебан режим и донет Закон о роковима, предвиђа рок до 30 дана за плаћање цене од дана када је дужник примио робу или фактуру, односно 60 дана за јавна предузећа и субјекте здравственог сектора или ако је то објективно оправдано.[23] Директива предвиђа и могућност уговарања дужег рока, ако то није крајње непоштено према повериоцу.[24] И наш Закон о роковима предвиђа изузетак у виду рока до 90 дана када је дужник Републички фонд за здравствено осигурање или корисник средстава тог фонда.[25]

У случајевима када уговорне стране не поштују наведене законске границе слободе уговарања у погледу рокова испуњења, последица је делимична ништавост уговора. Таква уговорна одредба ће бити

19 Закон о роковима, чл. 3 ст. 3 тач. 3.

20 Закон о роковима, чл. 3 и чл. 4.

21 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021), 112.

22 Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84, чл. 58 (даље у фуснотама: Бечка конвенција).

23 Late Payment Directive, Art (3), (4).

24 Late Payment Directive, Art (3), (4).

25 Закон о роковима, чл. 4 ст. 3.

ништава, а уговор ће остати на снази и примениће се поменута диспозитивна правила Закона о роковима, односно као да рок није ни уговорен.

1.2. Правне последице доцње

Дужничка доцња је кашњење дужника у испуњењу обавезе. Он пада у доцњу када не испуни своју обавезу у року одређеном за њено испуњење. Његова обавеза мора бити доспела, а поверилац га мора опоменути само ако рок за испуњење обавезе није одређен.[26] Евентуална кривица дужника, начелно, није услов за наступање доцње. Наступање доцње не спречава дужника да испуни своју обавезу, али доводи до одређених последица по њега, будући да представља кршење уговорне обавезе.[27] У случају када дужник није крив за доцњу, биће обавезан да исплати само затезну камату,[28] а ако ју је скривио, поред затезне камате, одговараће и за накнаду штете, при чему поверилац има право и на раскид уговора.[29]

Нови правни режим успостављен Законом о роковима има за циљ да сузбије намерно кашњење дужника са испуњењем новчане обавезе, које је раније било често у пракси. Наиме, дужници су калкулисали управо зато што последице доцње нису биле тако строге за њих и санкције нису имале одвраћајући карактер. На тај начин, они су били „кредитирани“ од стране поверилаца. Закон о роковима је прописао строже последице доцње са плаћањем, и то увођењем две посебне санкције, којих нема у општем облигационоправном режиму. То су паушална накнада за кашњење од 20.000 динара и новчана казна за прекршај, као казненоправна и јавноправна последица.

1.3. Трговачка доцња и њене специфичности

Насупрот Закону о облигационим односима, који као последице доцње предвиђа наступање уговорне одговорности, односно обавезу исплате затезне камате, накнаду остале штете и право на раскид уговора од стране повериоца, Закон о роковима прописује неке последице својствене само трговачкој доцњи. То су камата и паушална накнада (накнада за кашњење), као приватноправне последице

26 ЗОО, чл. 324 ст. 2.

27 Ђ. Николић (2020), 145.

28 ЗОО, чл. 277.

29 ЗОО, чл. 262 и чл. 126.

закашњења са плаћањем. Још једна специфичност је и прекршајна одговорност и новчана казна за привредне субјекте и одговорно лице као њена последица. На овај начин последице доцње се у трговинском праву пооштравају.

1.3.1. Камата коју прописује Закон о роковима је стицајем околности иста као и затезна камата одређена Законом о затезној камати.[30] Одређена је у висини референтне стопе Народне банке Србије увећане за осам процената на годишњем нивоу[31] и немогуће је уговорити је у било ком другом износу.[32] Немогућност другачијег уговарања важи и за накнаду за кашњење, те у том смислу посебни режим очигледно доста ограничава слободу уговарања. Сматраће се да је дужник пао у доцњу ако није исплатио дуг о доспелости, а под условом да је испунио све уговорне обавезе.[33] Смисао камате је да служи као накнада за коришћење новца, јер је током периода у којем дужник касни са плаћањем, поверилац могао да користи та новчана средства. У том смислу је и камата извесна накнада за кашњење и донекле се поклапа са паушалном накнадом од 20.000 динара коју уводи Закон о роковима.[34]

1.3.2. Накнада за кашњење је специфична последица доцње у трговинском праву. Овај институт је релативно нов у нашем праву, а први пут је уведен Законом о роковима.[35] Ради се о субјективном имовинском праву повериоца. Поверилац је може захтевати након што дужник новчане обавезе падне у доцњу са испуњењем своје обавезе, а у року од три године од дана истека рока доспелости

30 Закон о роковима, чл. 2 ст. 1 тач. 8; у вези са Закон о затезној камати, Службени гласник РС, бр. 119/2012, чл. 3.

31 Закон о затезној камати, чл. 3. У Европској унији правило плаћања затезне камате уведено је само за привредне субјекте, али смо ми, доношењем Закона о затезној камати проширили домен примене овог правила, те оно сада важи за све (тзв. *gold plating* – проширење домена примене неких одредби на случајеве на које се она иначе не односи).

32 У комунитарном праву могуће је њено уговарање у другом износу, у случају да то није на штету повериоца.

33 Миона Манојловић, „Камата као последица дужничке доцње“, *Право и привреда* 4/2020, 166.

34 Мирјана Радовић, „Правне последице закашњења са плаћањем у трговинским уговорима“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 387 (даље у тексту: 2013б).

35 Закон о роковима, чл. 5.

новчане обавезе.[36] Прописана је у фиксном износу од 20.000 динара и остварује се једнократно. Њена правна природа се у нашем праву схвата као казнена, односно одређује се као пенал који ће дужник бити у обавези да плати уколико не измири своју новчану обавезу у роковима одређеним Законом.

1.3.3. Прекршајна одговорност је такође новина Закона о роковима. Наиме, Закон о роковима прописује обавезу суда да, по службеној дужности, достави решење о извршењу органу који врши надзор у комерцијалним трансакцијама привредних субјеката, ради покретања прекршајног поступка.[37] Једини услов за наступање прекршајне одговорности је да дужник није измирио своју новчану обавезу у роковима које предвиђа Закон, а њен субјект је очигледно одговорно лице у субјекту јавног сектора, односно заступник привредног субјекта. Прекршајна казна прописана је у износу од 5.000, па до 2.000.000 динара.[38] Овакво увођење јавноправне санкције за повреду уговорне обавезе је интересантно. Наиме, питање је колико је често у пракси да суд пријави такву повреду и како успоставити одговарајуће механизме контроле извршења те његове законске обавезе. Са друге стране, држава се овде умеће у приватноправни однос и, стицањем приоритета наплате у стечајном поступку, вероватно заузима место повериоцу и онемогућава му наплату свог (необезбеђеног) потраживања.[39]

2. Опште карактеристике накнаде за кашњење у испуњењу новчаних обавеза

2.1. Појам и значај

Закон о роковима предвиђа право повериоца да од дужника захтева накнаду за кашњење у испуњавању новчане обавезе у износу од 20.000 динара, за случај да новчана обавеза није измирена у роковима утврђеним тим законом.[40] Ради се о субјективном имовинском праву повериоца, које доспева падањем у доцњу дужника новчане обавезе. Ова накнада уведена је у наше право у циљу хармонизације

36 Закон о роковима, чл. 5 ст. 4.

37 Закон о роковима, чл. 10 ст. 4.

38 Закон о роковима, чл. 12.

39 М. Радовић (2013б), 401.

40 Закон о роковима, чл. 5 ст. 1.

са правом ЕУ, а како би демотивисала дужника да касни са плаћањем. Наиме, поштовање уговорених рокова и благовремено испуњење новчане обавезе од стране дужника омогућава привредним субјектима да успешно послују, располажући на тај начин потребним новчаним средствима.[41] У Европској унији, у просеку, једна од две фактуре у комерцијалним трансакцијама се плаћа са закашњењем (или се не плаћа уопште), а кашњење са плаћањем је све чешће у временима кризе и економских превирања.[42] Директива 2011/7/ЕУ о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима донета је 2011. године са циљем да омогући ефикасније функционисање тржишта.

Кашњење са плаћањем доводи до настанка проблема за привредне субјекте, утолико што повериоцима ствара трошкове, а дужницима омогућава трговачки кредит (својеврсни бескаматни зајам[43]) за који њихови сауговарачи нису специјализовани, па тиме негативно утиче на трговину унутар целе Европске уније.[44] Овакво понашање дужника највише погађа мала и средња предузећа, као повериоце, која због слабије економске и преговарачке моћи, нередовног прилива новчаних средстава и консеквентно, мањих могућности инвестирања, трпе последице неблаговременог плаћања.[45] Чињеница да су мала и средња предузећа више изложена променама новчаних токова, да често немају адекватне механизме за наплату својих потраживања и да су самим тим више изложена ризику стечаја и немогућности опстанка на тржишту додатно доприноси њиховој тешкој позицији на тржишту.[46] Из свих наведених разлога, а и ради подстицања конкурентности малих и средњих предузећа и смањења трошкова повезаних са извршењем њихових финансијских трансакција, Европска унија је донела поменуту Директиву 2011/7/ЕУ. Директива је обавезујући правни акт за државе чланице и њоме је утврђен циљ који државе чланице Европске уније морају остварити, али на њима је да осмисле најбољи начин за остварење тих

41 Младен Николић, „Ограничавање рокова плаћања у трговинским уговорима и накнада за кашњење (за и против)“, *Право и привреда* 1–3/2019, 35.

42 European Comission (2023), Questions and Answers: Late Payment Regulation, *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_23_4412* (9.7. 2024).

43 I. Tot, 229.

44 *Ibid.*, 228.

45 М. Радовић (2013а), 242–243.

46 I. Tot, 229.

циљева, проглашењем својих закона.[47] Република Србија је, у процесу европских интеграција и у циљу усклађивања националног законодавства са правом Европске уније, 2012. године усвојила свој Закон о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама, који се примењује од 31. марта 2013. године.[48] Овим законом у наше право уведен је институт накнаде за кашњење.

2.2. Домен примене правила о накнади за кашњење

2.2.1. Правилник о начину и поступку вршења надзора над спровођењем Закона о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама између привредних субјеката

Органи државне управе дужни су да дају мишљења о примени одредаба закона и других општих аката на тражење физичких или правних лица,[49] а пошто су се у неким сферама примене одредаба Закона о роковима појавиле недоумице, била је потребна интервенција Министарства финансија.

Ово је био основни разлог доношења Правилника 2016. године. Донело га је Министарство финансија у циљу регулисања надзора и контроле над спровођењем Закона о роковима у случајевима када се комерцијалне трансакције обављају између привредних субјеката. Прописан је начин и поступак вршења тог надзора и одређено је да надзор врши Министарство финансија – Пореска управа, преко овлашћених лица.[50] Овим актом установљено је право Министарства да надлежном прекршајном суду поднесе захтев за покретање поступка по пријему правноснажног решења о извршењу које се односи на обавезе из комерцијалних трансакција између привредних субјеката.[51] Надлежни суд ће по службеној дужности, по доношењу

47 Types of legislation, *https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_en* (9.7.2024).

48 Закон о роковима, чл. 17.

49 Закон о државној управи, *Службени гласник РС*, бр. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 47/2018, 30/2018 – др. закон, чл. 80 ст. 1.

50 Правилник о начину и поступку вршења надзора над спровођењем закона о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама између привредних субјеката, Службени гласник РС, бр. 54/16, чл. 1 и 2 (даље у фуснотама: Правилник); Закон о роковима, чл. 9.

51 Правилник, чл. 3 ст. 2; Закон о роковима, чл. 10 ст. 4.

решења о извршењу неизмирених новчаних обавеза и уз захтев за накнаду за кашњење,[52] доставити то решење Министарству финансија.

У наредном делу овог поглавља биће речи о појединим случајевима који су се јавили као спорни у пракси, као и на ставове које је Министарство заузело приликом њиховог решавања.

1.1. У примени Закона о роковима поставило се питање да ли је привредно друштво, као поверилац, дужно да обавести надлежни орган о кашњењу наплате од свог купца. Мишљење је Министарства финансија да он није у обавези да то учини, управо из разлога што он има само *право* да поднесе захтев за накнаду, и може слободно да одлучи да ли ће га искористити. Ово произлази из самог циља Закона о роковима, а то је пружање правне заштите повериоцима новчаних обавеза у случају њиховог неизмирења у законом предвиђеном року.[53] Већ је поменуто да захтев за покретање прекршајног поступка Министарство финансија подноси тек по доношењу правноснажног решења о извршењу, а то значи тек када поверилац поднесе предлог за извршење (односно, на тај начин посредно обавести Министарство о кашњењу свог дужника). То значи да поверилац није дужан да обавештава Министарство о кашњењу наплате и свакако није дужан да захтева накнаду за кашњење (што произилази и из законске формулације[54]), јер је подношење предлога за извршење са захтевом за накнаду у тој ситуацији његово право, а не и обавеза. Свакако да је особеност трговинског права мешање државе у односе привредних субјеката, будући да се ради о уговорним странама које су учесници процеса у привреди.[55] Мада је у неким ситуацијама то и неопходно,[56] свака већа јавноправна интервенција и задирање државе у приватноправни однос два привредна субјекта не би била у складу са начелом слободе уговарања (аутономије воље у општем уговорном праву).

1.2. Својевремено је било актуелно и питање да ли се туристичке услуге, уколико се пружају субјектима јавног сектора, односно

52 Повериочево је право да у предлогу за извршење захтева и накнаду за кашњење.

53 Мишљење Министарства финансија и привреде, бр. 011-00–00509/2013–16 од 24.05.2013. године.

54 Закон о роковима, чл. 5 ст. 1. Поверилац има право да захтева накнаду за кашњење.

55 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021), 73.

56 Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 82 и 83.

привредним субјектима, у смислу Закона о роковима, сматрају комерцијалним трансакцијама и да ли се онда на њих примењују одредбе овог закона, односно да ли би постојало право на накнаду у случају кашњења. Закон о роковима дефинише комерцијалне трансакције као уговорене трансакције између субјеката јавног сектора и привредних субјеката, између привредних субјеката, односно између субјеката јавног сектора, које се односе на испоруку добара, односно пружање услуга уз накнаду, у које се убрајају и грађевински и инвестициони радови, као и комуналне услуге.[57] Привредни субјект, у смислу Закона о роковима, је свако привредно друштво и предузетник основан у складу са законом којим се уређују привредна друштва, као и задруга и регистровано пољопривредно газдинство и остала правна лица основана у складу са посебним законом.[58] Сходно томе, туристичке услуге се у описаној ситуацији сматрају комерцијалном трансакцијом и на њих треба применити одредбе Закона о роковима, с тим да то не важи за туристичке услуге уговорене између привредних субјеката и јавног сектора, са једне стране, и физичких лица, са друге стране.[59] Овај изузетак постоји стога што пружање услуга физичким лицима, у смислу Закона о роковима, није комерцијална трансакција. Овакво тумачење Министарства финансија значи да би било могуће захтевати и накнаду за кашњење у испуњавању новчане обавезе из туристичког уговора између субјеката јавног сектора и привредних субјеката и између привредних субјеката, односно између субјеката јавног сектора, али не и ако је уговор закључен са физичким лицем.

1.3. Када је у питању примена Закона о роковима на одредбе уговора о осигурању, односно на уговарање начина и рокова плаћања премије осигурања, Министарство финансија донело је мишљење којим је заузело став да делатност осигурања, као пружање посебне врсте финансијске услуге, није дефинисана као комерцијална трансакција Законом о роковима, те да се стога његове одредбе не примењују на уговоре о осигурању закључене између друштва за осигурање, са једне стране, и привредног субјекта или јавног сектора, са друге стране.[60] Уговор о осигурању је специфичан по томе што је алеаторан, те је неизвесно да ли ће уопште наступити осигурани

57 Закон о роковима, чл. 2 тач. 1.

58 Закон о роковима, чл. 2 тач. 3.

59 Мишљење Министарства финансија и привреде, бр. 011-00–00123/2013 од 29.3.2013. године.

60 Мишљење Министарства финансија и привреде, бр. 011-00–00094/2013–16 од 29.3.2013. године.

случај, а осигуравачева обавеза да исплати уговорену накнаду ће настати само ако се осигурани случај деси током трајања периода покрића. Због овакве „ограничене обавезе плаћања“ (односно обавезе дужника да испуни своју новчану обавезу само у одређеном уговореном периоду) поставља се питање да ли се на овај уговор могу применити одредбе Закона о роковима, чија је сврха успостављање крајњих рокова плаћања. Осврнућемо се на циљ Закона, али и дефиницију комерцијалне трансакције, сматрамо да би одредбе Закона о роковима требало применити и на уговоре о осигурању. „Комерцијална трансакција“ је страни термин који се може поистоветити са нашим изразом „трговински посао“,[61] а дефиниција привредног субјекта је максимално широко постављена у Закону о роковима, тако да свакако обухвата и осигуравајућа друштва у смислу Закона о осигурању.[62] Новчана обавеза, као накнада за пружање уговорених услуга, је класична обавеза осигуравача дефинисана уговором о осигурању. У складу са тим, а како мишљења Министарства нису обавезујућа, Закон о роковима би требало примењивати и на уговоре о осигурању. Стога би и захтев за накнаду за кашњење било могуће поднети у случају неблаговременог измирења новчане обавезе, а тиме би положај повериоца у овим уговорима био додатно ојачан.

2.3. Висина и рок

Накнада за кашњење има основ у самом закону, будући да Закон о роковима одређује и повериоца и дужника, те врсту и висину обавезе.[63] Идеја је да се овом накнадом, која је једнократна, поверилац заштити. Како дужник од самог почетка уговорног односа зна за њу, односно да ће бити дужан да је плати у случају доцње, она служи демотивисању дужника да касни са плаћањем. Право на накнаду за кашњење не искључује право на накнаду трошкова које поверилац има право да потражује на основу уговора или других прописа и она не обухвата трошкове извршења, у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу.[64] Овом одредбом Закон о роковима створио је реалну опасност да се повериоци неосновано обогаћују и остварују накнаду

61 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић (2021), 111.

62 Закон о осигурању, *Службени гласник РС*, бр. 139/2014 и 44/2021, чл. 3.

63 Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда Србије усвојен у поступку решавања Спп 34/13, утврђен на седници Одељења 13.5.2014. године.

64 Закон о роковима, чл. 5 ст. 2 и 3.

у износу далеко већем од њихових стварних трошкова наплате.[65] Са друге стране, Директива прописује да државе чланице осигуравају да у случајевима кад се зарачуна камата на закаснело плаћање у пословним трансакцијама, поверилац има право добити од дужника фиксни износ од најмање 40 евра,[66] а ради се о властитим трошковима повериоца.[67] Поверилац такође, у комунитарном праву, поред фиксног износа од 40 евра има право да добије разумну накнаду од дужника за трошкове наплате који прелазе тај фиксни износ, што може укључивати трошкове ангажовања адвоката или агенције за наплату дугова.[68] Ради се о додатном износу на име трошкова повериоца (а нагласак је на његовој разумности), чију надокнаду може да тражи од дужника ако докаже њихову висину, као и да их је заиста имао.[69] У складу са овим правилима, националним правом је могуће предвидети и виши износ накнаде, ради боље заштите повериоца, али 40 евра је адекватан минимални износ до чије висине поверилац не мора да доказује да је претрпео штету.[70]

Супротно томе, наш Закон о роковима одређује фиксни износ од 20.000 динара, па тиме онемогућава уговарање другачијег износа. Чак и ако суд делимично усвоји тужбени захтев повериоца, он би имао право на пун износ накнаде, јер она није пропорционална ни времену доцње, ни висини главне обавезе.[71] Чини се да је износ од 20.000 динара код нас паушално одређен и нелогично је зашто је повериоцима ускраћено право да уговоре другачији износ накнаде, с обзиром да је фиксни износ који Закон о роковима прописује готово пет пута виши од минималног прописаног Директивом. Накнада за „кашњење“ такође носи и чудан назив у нашем Закону о роковима, будући да је и камата својеврсна накнада за кашњење,[72] јер би поверилац могао лично да користи новчана средства и остварује добит да их није дао на коришћење дужнику.[73]

65 М. Радовић (2013б), 387.

66 Late Payment Directive, Art. 6(1).

67 Late Payment Directive, Art. 6(2).

68 Late Payment Directive, Art. 6(3).

69 М. Радовић (2013б), 387.

70 *Ibid.*

71 Одговори на питања привредних судова утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда и на седници Одељења за привредне преступе, 18.3.2021. године, *www. pa.sud.rs*.

72 М. Радовић (2013б), 387.

73 Н. Јовановић, В. Радовић, М.Радовић (2021), 78.

Честа појава у пракси привредних судова била је да повериоци, када према дужнику имају више мањих потраживања (нпр. 5.000 динара) заснованих на више веродостојних исправа (за више независних испорука робе или извршених услуга), подносе и више предлога за извршење на основу једног рачуна. На овај начин они су тражили по сваком предлогу исплату накнаде од 20.000 динара и тако се неосновано обогаћивали, јер добит на име накнаде за кашњење вишеструко превазилази износ главног потраживања и камате коју дужник дугује.[74] Супротно томе, повериоци који имају велико (вишемилионско) потраживање према дужнику, односно једну фактуру, остваривали би право само на једну накнаду за кашњење у износу од 20.000 динара, у ком случају њена исплата губи смисао, јер је повериоцима свакако примарни циљ да наплате своје потраживање.[75] Очигледно је да се оваквом праксом привредних субјеката није остваривао циљ Закона о роковима, а ни Директиве. Новија пракса привредних судова иде ка томе да се повериоцу досуђује само накнада за кашњење у износу од 20.000 динара чак и када поднесе предлог за извршење по основу већег броја рачуна, јер ако би се заузео став да повериоцу припада по 20.000 динара за сваки појединачни рачун, на тај начин би остваривао накнаду вишеструко већу од износа дуга.[76] Оваква пракса подношења кумулативних захтева није противна Директиви. Међутим, до оваквих неслагања у пракси долази с обзиром на недоследну имплементацију правила Директиве у наше право, а како је сврха накнаде коју Директива прописује заправо покривање интерних трошкова наплате повериоца.

Када су у питању решења у националним упоредним правима, земље Западне Европе које су имплементирале Директиву, попут Француске, Немачке, Италије, Шпаније, Белгије и Холандије, доследно усвајају и њена правила када је у питању накнада за кашњење, прописујући минимални фиксни износ накнаде од 40 евра.[77] Енглеска, пак, успоставља право на накнаду сразмерно висини дуга, и то уколико је дуг мањи од 1.000 фунти, поверилац ће имати право на накнаду за

74 М. Николић, 47.

75 *Ibid.*

76 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда Пж 2886/21 од 02.12.2021. године.

77 Подаци о висини накнаде за кашњење у националним упоредним правима из: L. Gloden, *Late Payment in Western Europe: Comparative study*, 2014, *https://elvingerhoss.lu/publications/late-payment-western-europe-comparative-study* (10.8.2024.) и National law of EU countries, *https://n-lex.europa.eu/n-lex/index* (11.8.2024).

кашњење у висини од 40 фунти, па све до износа накнаде за кашњење од 100 фунти за дугове преко 10.000 фунти. Интересантно је да Белгија, Холандија и Шпанија дозвољавају повериоцу да надокнади трошкове наплате који прелазе износ од 40 евра до разумног износа, док Француска и Италија дозвољавају наплату накнаде која прелази износ од 40 евра само ако поверилац докаже да је претрпео трошкове преко тог износа, на који начин се директно усвајају правила Директиве. Немачка је, пак, једина држава која дозвољава накнаду без икаквог ограничења и преко прописаног износа од 40 евра. Немачко право такође предвиђа да поверилац има право на ову накнаду без обзира на висину штете или да ли је претрпео икакву штету, па је очигледно да се ради о апстрактној штети, као у случају затезне камате. За разлику од тога, Северна Македонија установљава право на накнаду за кашњење у износу од 3.000 денара (око 5.700 динара).[78] Пољска такође прати систем сразмере новчане обавезе и накнаде за кашњење. Новим Актом о кашњењима плаћања (*Act on Payment Delays*)[79] успостављен је правичнији систем накнаде, мерећи корист коју дужник стиче кашњењем. Ако висина новчане обавезе не прелази 5.000 пољских злота (око 135.000 динара), поверилац ће имати право на накнаду у висини од 40 евра. За кашњење са испуњењем новчаних обавеза које прелазе износ од 50.000 (око 1.350.000 динара) пољских злота, накнада ће износити 100 евра. Значајно је и то да, за остварење права на наведене фиксне износе, поверилац не мора да доказује да је претрпео било какве трошкове током свог покушаја наплате од дужника.[80]

Право повериоца да од дужника захтева накнаду за кашњење у испуњавању новчане обавезе престаје да важи у року од три године од дана истека рока доспелости новчане обавезе. Ради се, дакле, о преклузивном року, након чијег протека долази до потпуног губитка права.[81] Ово је императивно правило и другачији рок се не може уговорити. То значи да се током поступка остваривања накнаде за кашњење неће ценити рокови у којима је дужник требало да изврши своју новчану обавезу, већ благовременост предлога, односно захтева за остваривање накнаде за кашњење.

---

78 *Ibid.*

79 Законодавство Републике Пољске, доступно на *https://isap.sejm.gov.pl*.

80 M. Sobolewskii, Compensation for recovery costs: Creditor Support Tools, *https://www.ecovis.com/poland/blog/compensation-for-recovery-costs-creditor-support-tools* (11.8.2024).

81 ЗОО, чл. 370.

2.4. Правна природа накнаде за кашњење

Плаћање накнаде за кашњење је додатна обавеза дужника у режиму трговачке доцње, па се поставља питање њене правне природе. На први поглед, може се учинити да се ради о типичној новчаној обавези, будући да подразумева исплату повериоцу одређеног новчаног износа. Са друге стране, с обзиром на своје терминолошко приближавање камати, а како је везана за повериочево главно потраживање, накнада се може разматрати и са аспекта споредног потраживања. Међутим, чини се да наш Закон о роковима накнаду за кашњење схвата као специфичну врсту новчане казне, што се удаљава од смисла који јој је наменила Директива. Наиме, Директива изричито прописује да се ради о надокнади интерних трошкова наплате повериоца. Овакво појмовно разилажење у имплементирању Директиве у наше право и неразумевање нашег законодавца са собом носи многе негативне последице.

Како Закон о роковима већ у члану 1 прописује свој циљ, спречавање неизмирења новчаних обавеза у року,[82] јасно је да је циљ увођења накнаде за кашњење у испуњавању новчане обавезе у наше право приморати дужнике да измирују новчане обавезе у роковима прописаним овим законом, односно да не касне са плаћањем. Закон о роковима дефинише појам новчане обавезе као износ уговорене накнаде за испоруку добара, односно пружање услуга наведених у уговору, фактури или другом одговарајућем захтеву за исплату.[83] Из овакве дефиниције, јасно је да накнада за кашњење нема ово значење, па се не би могла сматрати новчаном обавезом.

Није реч ни о споредном потраживању, попут камате или уговорне казне, јер су она везана за главно потраживање. Закон о облигационим односима прописује да споредна потраживања застаревају када и главно потраживање, па поверилац губи право да захтева испуњење обавезе и по основу споредног потраживања,[84] док Закон о роковима прописује прелузивни рок од три године од када је дужник пао у доцњу за остварење права на накнаду за кашњење у испуњењу новчане обавезе. На основу тога, преко института застарелости, се закључује да накнада није везана за потраживање које дужник није измирио у прописаном року, већ је само битна благовременост подношења захтева

82 Закон о роковима, чл. 1 ст. 1.

83 Закон о роковима, чл. 2 ст. 1 тач. 4.

84 ЗОО, чл. 369.

за остваривање права на накнаду.[85] Ако би се накнада за кашњење схватила као споредно потраживање, не би се појмовно разликовала од камате на коју поверилац такође има право. Са друге стране, прописивањем да се накнада за кашњење може остварити у извршном поступку искључиво уз захтев за испуњење главне обавезе,[86] њена правна судбина везана је за главно потраживање. Ово је аргумент у прилог томе да се ипак ради о споредном потраживању. То би онда даље значило да, у случају да је основно потраживање непуноважно или је престало да постоји, поверилац не би могао да остварује ни право на ову накнаду, односно да се њено постојање везује за постојање главног дуга.

Упркос различитим аргументима, чини се да се, према правном дејству, заправо ради о специфичној новчаној казни,[87] пеналу, коју поверилац остварује у извршном поступку. Како Закон о роковима прописује „право" повериоца на ову накнаду, закључује се да се ради о његовом праву да тражи изрицање и извршење накнаде, из чега онда произлази да се ради о новчаној казни.[88] Оваквом схватању додатно иде у прилог и то што поверилац право на ову накнаду остварује у извршном поступку, подношењем предлога за извршење, као и чињеница да, независно од ове накнаде, он остварује и право на трошкове извршног поступка, што за њега онда представља посебну добит, а за наше прилике је тада свакако реч о високој накнади, односно својеврсној казни за дужника.[89] С обзиром да нови режим испуњења новчаних обавеза у трговинским уговорима уводи и прекршајну одговорност дужника, па тиме и високе прекршајне казне које ће он бити обавезан да плати, нејасна је потреба за успостављањем овакве додатне казне. Свакако да тако нешто може позитивно утицати на понашање дужника када је у питању спречавање кашњења са плаћањем, али такође у пракси може довести до злоупотреба и подстицања негативног понашања на страни повериоца. Оваквим дефинисањем накнаде за кашњење није остварена сврха Директиве, где право на накнаду првенствено служи

85 Привредни апелациони суд – питања и одговори – радни материјал са XXIV саветовања привредних судова Републике Србије, Златибор, 2016, *www.pa.sud.rs* и утврђени заједнички одговор на седницама Одељења за привредне спорове 7.11.2016. године и 8.11.2016. године.

86 Закон о роковима, чл. 10 ст. 3.

87 *Ibid.*

88 *Ibid.*

89 М. Николић, 47.

да обезбеди повериоцу надокнаду трошкова које он заиста трпи у процесу наплате свог главног потраживања од дужника.

3. Начин остваривања накнаде за кашњење

Накнада за кашњење у испуњењу новчане обавезе се у нашем праву остварује искључиво у извршном поступку, и то уз захтев за испуњење главне обавезе.[90] Овакав начин остваривања накнаде који прописује Закон о роковима иде у прилог становишту да је ипак реч о споредном потраживању које је акцесорно главном. Треба напоменути да у пракси постоје тумачења да би поверилац могао да иницира извршни поступак предлогом за извршење само на основу захтева за изрицање и извршење накнаде за кашњење, и то у случају да је дужник измирио своју новчану обавезу *у доцњи*.[91]

Сходно правилима Закона о извршењу и обезбеђењу, извршни поступак покреће се на основу извршне или веродостојне исправе. Поверилац у предлогу за извршење треба да означи идентификационе податке о извршном повериоцу и извршном дужнику, извршну исправу, своје потраживање, средство и предмет извршења, као и да приложи извршну исправу са потврдом извршности или другу исправу одређену тим законом.[92] Дакле, у случају да дужник касни са испуњењем своје новчане обавезе, поверилац је дужан да приложи веродостојну исправу којом доказује да је дужник закаснио са плаћањем, односно веродостојну исправу у којој је садржана доспела неизмирена новчана обавеза дужника, као што је на пример фактура, привремена или окончана ситуација или електронска фактура.[93] Из ове исправе мора бити могуће за суд да са сигурношћу утврди да су уговорени рокови предвиђени Законом о роковима истекли, односно да је дужник у доцњи са испуњењем новчане обавезе.[94] Суд ће

90 Закон о роковима, чл. 10 ст. 3.

91 Привредни апелациони суд – питања и одговори – радни материјал са XXIV саветовања привредних судова Републике Србије, Златибор, 2016, *www.pa.sud.rs* и утврђени заједнички одговор на седницама Одељења за привредне спорове 07.11.2016. године и 08.11.2016. године.

92 Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 – аутентично тумачење и 10/2023 – др. закон., чл. 59 ст. 1 и 2 (даље у фуснотама: ЗИО).

93 Закон о роковима, чл. 2, тач. 5, 6, 6а.

94 Привредни апелациони суд – питања и одговори – радни материјал са XXIV саветовања привредних судова Републике Србије, Златибор, 2016,

затим, у складу са начелом формалног легалитета извршног поступка,[95] донети решење о извршењу по том предлогу за извршење. Овим решењем се истовремено изриче и накнада за кашњење и одређује њено извршење. Уколико извршни дужник приговором побија део решења о извршењу којим је изречена накнада за кашњење, суд ће ставити ван снаге решење у том делу и предмет доставити парничном одељењу на поступак као по тужби.[96]

Врховни суд је заузео став да извршном повериоцу није потребна посебна извршна или веродостојна исправа у вези са обавезом дужника да исплати накнаду за кашњење, зато што се његово право на ову накнаду заснива на самом закону.[97] Овај став се заснива на ограничењу тадашњег Закона о извршењу и обезбеђењу и то у његовом првом члану, где је, у сврху одређивања садржине, прописано да се ради о принудном остваривању потраживања на основу домаће или стране извршне или веродостојне исправе *ако посебним законом није другачије одређено*.[98] Тај посебни закон је управо Закон о роковима.

Језичким и циљним тумачењем Закона о роковима, долазимо до закључка да не би било могуће подношење тужбе у парничном поступку ради наплате износа од 20.000 динара на име накнаде за кашњење (која је, као што је већ поменуто, несамостална обавеза) и такву тужбу би требало одбацити, као недозвољену.[99] Према тумачењу наших судова, не би било дозвољено ни повериоцу да иницира извршни поступак у коме би тражио намирење новчане обавезе, а након тога поднео предлог за извршење ради остварења права на накнаду за кашњење ако је у међувремену његова новчана обавеза намирена.[100] Ово је у складу са схватањем о казненој природи накнаде за кашњење и идејом финансијског дисциплиновања страна у трговинским уговорима. Међутим, како је смисао накнаде у Директиви покривање повериочевих интерних трошкова наплате потраживања,

www.pa.sud.rs, и утврђени заједнички одговор на седницама Одељења за привредне спорове 07.11.2016. године и 08.11.2016. године.

95 Никола Бодирога, *Нови извршни поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023, 239.

96 ЗИО, чл. 90.

97 Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда Србије.

98 *Ibid.*

99 Билтен судске праксе Привредног апелационог суда, бр. 4/2016.

100 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда Пж 729/2015 од 2.9.2015. године.

чини се да би ипак требало дозволити повериоцима да остварују накнаду за кашњење и у парничном поступку, уз захтев за исплату главног дуга.

4. Услови за остваривање права на накнаду за кашњење у испуњавању новчане обавезе

Пре доношења Закона о роковима, последице доцње (закашњења са плаћањем) су биле благе, а дужници су калкулисали и одлучивали да намерно касне са плаћањем, што је, услед недостатка негативних последица, доводило до појаве моралног хазарда.[101] Као што је већ поменуто, Закон о роковима је уведен ради сузбијања ове појаве, а специфичан институт накнаде за кашњење додатно доприноси том циљу. У наредним поглављима биће размотрени услови за остваривање права на ову накнаду, као и њихов однос са условима које прописује Директива.

4.1. Закашњење са плаћањем

Први услов за остварење права на накнаду за кашњење од стране повериоца везан је за доцњу дужника у измирењу новчане обавезе. Наш Закон о роковима употребљава формулацију „*новчана обавеза није измирена у роковима* утврђеним одредбама чл. 3 и 4 овог закона".[102] То значи да је услов да дужник, као привредни субјект, није измирио своју новчану обавезу у максималном року од 60 дана (или другом краћем уговореном року), или да дужник, као јавни сектор, није измирио новчану обавезу у максималном року од 45 дана (или другом краћем уговореном року). Питање измирења новчане обавезе се решава према општим правилима, те ће се сматрати да је дужник измирио своју обавезу онда када повериочева банка прими новац.[103] Дакле, ако дужник касни у измирењу доспеле новчане обавезе (доцња), поверилац ће имати право да против њега поднесе предлог за извршење са захтевом за накнаду за кашњење.

Директива прописује да ће поверилац имати право на накнаду (*compensation for recovery costs*) када *камата постане платива*. Даље, Директива индиректно, кроз одредбе о праву на камату, одређује да

101 М. Радовић (2013б), 374.

102 Закон о роковима, чл. 5 ст. 1.

103 М. Радовић (2013б), 391.

кашњење са плаћањем постоји када „поверилац није примио дуговани износ на време“ („*the creditor has not received the amount due on time*“).[104] Оваква формулација се разликује од оне у нашем Закону о роковима, утолико што не прецизира да ли, у условима безготовинског плаћања, плаћање мора да се изврши лично повериоцу или другом лицу (банци).[105]

4.2. Опомена

Закон о роковима не помиње опомену дужника од стране повериоца.[106] У складу са римском максимом *Dies interpellat pro homine*, односно рок опомиње уместо човека, може се закључити да опомена није нужни услов за стицање права на накнаду за кашњење, а будући да је рок за испуњење обавезе у комерцијалним трансакцијама дефинисан.[107] Поверилац, сходно томе, није дужан да опомиње и подсећа дужника на овај рок, а његовим протеком он ће пасти у доцњу[108] и бити дужан да плати цену, а поверилац ће стећи и право на накнаду за кашњење. Закон о роковима такође одређује да ће се, када рок плаћања није одређен уговором, применити диспозитивно законско правило о року плаћања.[109] То значи да ће се, поред уговорених дужих рокова, и у свакој ситуацији када рок није одређен он свести на максималан прописан Законом о роковима. Дужник ће свакако бити дужан да измири новчану обавезу у року од најкасније 60 дана, односно 45 дана.

Директива употребљава израз „*without the necessity of a reminder*“, односно изричито прописује да нема потребе за опоменом дужнику када је у питању накнада за кашњење на коју поверилац има право.[110]

На овај начин, не поштујући основни принцип уговорног права, принцип истовременог испуњења обавеза, и Закон о роковима и Директива омогућавају „одложено плаћање“ дужнику. Циљ ова два

104 Late Payment Directive, Art. 3(1)(b), Art. 4(1)(b).

105 О времену испуњења новчане обавезе у случају безготовинског плаћања у комерцијалним трансакцијама више вид.: М. Радовић (2013б), 390–392.

106 М. Радовић (2013б), 390.

107 *Ibid.*, 392.

108 ЗОО, чл. 324.

109 М. Радовић (2013б), 392.

110 Late Payment Directive, Art. 6(1).

акта је управо сузбијање кашњења са плаћањем, па се у том смислу чини логичнијим прописати обавезу истовременог испуњења, а не омогућити кредитирање дужника и тако додатно ослабити положај повериоца.

4.3. Одговорност дужника

У нашем праву, одговорност дужника за кашњење у испуњењу новчане обавезе је апсолутна. То значи да ће дужник бити одговоран за плаћање накнаде за кашњење без обзира на то да ли је одговоран за доцњу. Оваква регулатива је у складу са Бечком конвенцијом о уговорима о међународној продаји робе, која такође дужнику не ставља на располагање механизме за ослобађање од одговорности.[111]

Супротно томе, Директива прописује да ће поверилац имати право на накнаду, осим ако дужник није одговоран за закашњење („*unless the debtor is not responsible for the delay*").[112] Оваква одредба може створити проблеме у пракси зато што не појашњава како одредити да ли је дужник одговоран за закашњење.[113] На пример, може се десити да је дужник инсолвентан или да није успео да обезбеди екстерно финансирање, па није јасно да ли би у том случају био ослобођен одговорности.[114]

4.4. Испуњење обавеза од стране повериоца

Овај услов за стицање права на накнаду прописан је Директивом, али не и Законом о роковима. Наиме, у нашем праву испуњење обавеза од стране повериоца није услов за стицање права на накнаду за кашњење, али јесте за стицање права на камату,[115] као једну од последица трговачке доцње са плаћањем. Закон о роковима прописује да ће поверилац стећи право на камату под условом да је испунио све *уговорене* обавезе. Оваква одредба упућује на закључак да се ради о свим његовим обавезама из трговинског уговора, чак и оним од мањег значаја и споредним обавезама, што је свакако превелики терет за

111 Бечка конвенција, чл. 79.

112 Late Payment Directive, Art. 6(1), 3(1)(b), 4(1)(b).

113 Cara Bilotta, „Ending the Commercial Siesta: The Shortcommings of European Union Directive 2011/7 on Combating Late Payments in Commercial Transactions", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 38:2, 2013, 720.

114 *Ibid.*

115 Закон о роковима, чл. 7 ст. 2.

повериоца. Остаје нејасно зашто Закон о роковима не прописује овај услов и за стицање права на накнаду, уз то додатно прецизирајући његово значење.

Директива, пак, прописује овај услов и за камату и за накнаду за кашњење („*the creditor has fulfilled its contractual and legal obligations*“) и додаје да поверилац треба да испуни своје уговорне, али и своје *законске обавезе*, односно све обавезе везане за уговор, а које прописује трговинско право. Међутим, како утврдити испуњеност овог услова? Наиме, он има обрнут правни значај у односу на приговор неиспуњења уговора (*exceptio non adimpleti contractus*). Ако дужник касни са испуњењем своје обавезе и основано истакне овај приговор, не могу наступити последице доцње, што заправо значи да доцња наступа тек ако је поверилац испунио своје обавезе.[116] Овакво схватање је у складу са нашом теоријом облигационог права и схватањем о каузи уговора као испуњењу обавезе друге уговорне стране, па то додатно иде у прилог идеји да би овај услов требало прописати и за стицање права на накнаду за кашњење као субјективно имовинско право повериоца.[117]

Ипак, решењу Директиве се упућује критика, јер она, када су у питању и накнада за кашњење и камата, овај услов прописује увек, чак и када је уговорено авансно плаћање (плаћање унапред), што није у складу са њеном сврхом, јер тако заправо долази до олакшавања положаја дужника.[118] Критика је оправдана, јер се оваквом крутом применом правила о приговору неиспуњења уговора у комерцијалним трансакцијама не постиже циљ заштите повериоца услед негативних последица дужниковог кашњења са плаћањем, будући да поверилац код авансног плаћања не би могао да захтева накнаду за кашњење од дужника, јер он није испунио своју обавезу.

5. Судска пракса

Након описане материјалноправне регулативе овог института у нашем праву, а у циљу детаљније анализе, бавићемо се и његовим процесноправним аспектом. Пошто се ради о релативно новом институту и посебном режиму испуњења новчаних обавеза у трговинским уговорима за наше право, потребно је да судови формирају праксу, а

116 М. Радовић (2013б), 394–395.

117 *Ibid.*

118 *Ibid.*, 397.

ово је интересантно, будући да се ради о институту имплементираном у наше право из комунитарног права. Такође, показало се да привредни субјекти често злоупотребљавају право на накнаду за кашњење, па су се због тога у судској пракси појавила бројна питања у вези са начином примене одредаба Закона о роковима.

5.1. Уставни суд и Врховни суд

Чак се и Уставни суд, поступајући по уставној жалби једног привредног друштва, бавио проблематиком накнаде за кашњење. Наиме, једно привредно друштво је поднело предлог за извршење који је одбачен у делу захтева за наплату износа од 20.000 динара на име кашњења у испуњавању новчане обавезе због непостојања основа прописаног Законом о извршењу и обезбеђењу, а ову одлуку је у поступку по приговору потврдило и другостепено извршно веће. Привредно друштво је, сматрајући да се ради о његовом законском праву, уложило уставну жалбу. Уставни суд се у својој одлуци позвао на детаљно, јасно и уверљиво[119] образложење већ поменутог правног става Грађанског одељења Врховног касационог суда од 13.05.2014. године и усвојио уставну жалбу, утврдивши да извршни поверилац има право да предлогом за извршење захтева и накнаду за кашњење без посебне извршне или веродостојне исправе, те наложио првостепеном суду да поново одлучи о приговору извршног повериоца.

О наведеном правном ставу Врховног суда је већ било речи. Његов значај се огледа у томе што накнаду за кашњење дефинише као право повериоца које има свој основ у самом закону и које доспева падањем у доцњу дужника новчане обавезе.[120] Самим тим, у складу са Законом о извршењу и обезбеђењу, за поступак њеног принудног остваривања повериоцу није потребна извршна или веродостојна исправа, већ је може захтевати у предлогу за извршење неизмирене новчане обавезе из уговора, без посебног доказа у односу на накнаду за кашњење. Поступак решавања спорног правног питања које је покренуо Привредни суд у Крагујевцу, а на чију иницијативу је и донет овај правни став један је од првих случајева у пракси где је поверилац захтевао накнаду за кашњење по основу тада новог Закона о роковима. Будући да је накнада за кашњење тада била нов правни институт, овај правни став је утолико значајнији, јер је успоставио сигурност за повериоце да ће бити заштићени и да им је наплата накнаде за кашњење у

119 Из образложења одлуке Уставног суда Уж 8240/2015 од 16.3.2017. године.

120 Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда Србије.

извршном поступку олакшана, што је управо и био циљ коме је законодавац тежио доношењем Закона о роковима.[121] Дакле, поверилац не мора издати посебан рачун или имати другу веродостојну исправу када је у питању захтев за накнаду за кашњење, јер се он не заснива на веродостојној исправи, већ на закону, а веродостојна исправа гласи на накнаду за главно потраживање – у односу на њега накнада за кашњење је несамостална.[122]

Одлучујући по ревизији једног привредног друштва, Врховни суд је заузео и став да обрачун накнаде за кашњење припада повериоцу по свакој поднетој веродостојној исправи која гласи на накнаду за главно потраживање, а којом је покренут извршни поступак, без обзира што је потом по изјављивању приговора од стране дужника и започињању парнице, дошло до спајања поступка који су започети по више таквих предлога, а ради једновременог расправљања. Побијаном другостепеном одлуком је одлучено о захтеву за исплату потраживања на име дуга за извршене услуге, уз обрачун накнаде за кашњење према броју поднетих предлога за извршење.[123]

5.2. Привредни судови и Привредни апелациони суд

За спорове који произилазе из примене Закона о роковима надлежни су привредни судови, а у другом степену Привредни апелациони суд. Осврtом на неке од одлука тих судова биће анализирано која питања су се појавила као спорна у пракси када је у питању право повериоца на накнаду за кашњење, као и на који начин су судови, у циљу решавања тих питања, примењивали одредбе Закона о роковима.

Пресудом првостепеног суда тужени је обавезан да тужиоцу плати износ од 590,48 динара са законском затезном каматом од одређеног датума до исплате, а одбијен је тужбени захтев којим је тужилац тражио да се обавеже тужени да му на тај износ плати законску затезну камату и тужбени захтев којим је тужилац тражио да се обавеже тужени да му плати износ од 20.000,00 динара на

121 Загорка Мунижаба, „Накнада за кашњење у испуњењу новчаних обавеза – према Закону о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* vol. 86, бр. 12, 2014, 760.

122 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда, Пж 3547/16 од 19.1.2017. године.

123 Из образложења решења Врховног касационог суда, Прев. 19/2020 од 17.9.2020. године.

име накнаде за кашњење. Суд је закључио да је износ од 590,48 динара законска затезна камата на коју тужилац има право будући да је током поступка учињено неспорним да је тужени исплатио дуг у доцњи. Привредни апелациони суд је потврдио ову одлуку првостепеног суда, наводећи да је правилно поступио када је одбио захтев тужиоца за исплату накнаде за кашњење, јер се она не може захтевати самостално, без захтева за испуњење новчане обавезе, а имајући у виду да се новчане обавезе, у смислу Закона о роковима, односе искључиво на обавезу плаћања цене (главног потраживања). Тужени је главни дуг платио пре утужења, а сада тужилац потражује законску затезну камату (споредно потраживање), па како обрачун те камате није новчана обавеза у смислу Закона о роковима, он нема право да уз њу захтева накнаду за кашњење.[124] Такође, ако тужилац не истакне захтев приликом иницирања извршног поступка по рачунима издатим за главно потраживање, већ покрене посебан извршни поступак након намирења главне обавезе ради наплате накнаде за кашњење, губи право на ову накнаду.[125] Овакав став суда није оправдан. У случајевима када дужник измири своју новчану обавезу у доцњи, то би према ставу суда лишило повериоца права на накнаду за кашњење. Међутим, неисправно је тумачити накнаду за кашњење искључиво као средство притиска на дужника да испуни обавезу. То није у складу са циљем Директиве, која прописује да накнада треба да покрије интерне трошкове наплате повериочевог потраживања. Суд се оваквим тумачењем удаљава од основног циља – решавање проблема кашњења са плаћањем. У складу са тим, требало би дозволити повериоцу да иницира извршни поступак предлогом за извршење на основу захтева за изрицање и извршење накнаде за кашњење, односно дозволити повериоцу наплату накнаде за кашњење увек када је дужник каснио, без обзира да ли је платио главни дуг.

Суд је у једном поступку одбио тужбени захтев када је тужилац захтев за исплату накнаде за кашњење истакао у парничном поступку, као супротан члану 10 став 3 Закона о роковима, који прописује да се право на ову накнаду остварује искључиво у извршном поступку.[126] У оваквој ситуацији, чини се логички исправнијим да се овакав

124 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда Пж 1581/20 од 3.6.2020. године.

125 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда Пж 729/2015 од 2.9.2015. године.

126 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда Пж 6921/16 од 29.3.2018. године.

тужбени захтев одбаци и то због недостатка процесних претпоставки за мериторно одлучивање. Уколико поверилац поседује извршну или веродостојну исправу на основу које може да реализује своје главно потраживање у извршном поступку,[127] може да истакне и, без посебне исправе, захтев за накнаду за кашњење. Он тада једноставно нема правни интерес за подношење тужбе, те би је требало одбацити као недозвољену. Међутим, шта се дешава у случају да поверилац не поседује извршну или веродостојну исправу? Наш законодавац у потпуности занемарује смисао Директиве. Циљ увођења накнаде за кашњење је првенствено заштита повериоца и покривање његових интерних трошкова наплате, али и демотивација дужнику да касни са испуњењем своје новчане обавезе. Због тога, повериоцу у том случају треба законском одредбом изричито дозволити истицање захтева за накнаду за кашњење у парници, уз захтев за исплату главног дуга.

Занимљиво питање које је постављено на Саветовању привредних судова Републике Србије је и да ли тужилац, који је адвокат и у парничном поступку тражи наплату потраживања за адвокатске услуге које је пружао туженом у поступку стечаја, након што је од стране стечајног управника именован за пуномоћника, а с обзиром на то да трошкове није наплатио у стечајном поступку, има право на накнаду за кашњење? Првобитни став Привредног апелационог суда био је да нема, будући да се адвокатске услуге не сматрају комерцијалним трансакцијама у смислу Закона о роковима. Међутим, алтернативно, суд се изјаснио да би у таквој ситуацији адвокат туженог стечајног дужника могао да оствари наплату свог потраживања у стечајном поступку, јер се ради о обавезама стечајне масе.[128] Тужилац и тужени су били у односу властодавца и пуномоћника, где се тужилац обавезао туженом да му, у његово име и за његов рачун, пружа одређене услуге уз накнаду, па би он могао захтевати накнаду у оквиру стечајног поступка. Уколико накнаду није остварио тада, могао би да покрене извршни поступак подношењем предлога за извршење (уз који би приложио рачун на име извршених адвокатских услуга) уз захтев за накнаду за кашњење. Додато је још и да би адвокат који је обвезник пореза на додату вредност имао право да у рачуну дода припадајући порез на додату вредност на извршени обрачун накнаде и

127 Никола Бодирога, *Парнични поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022, 242–243.

128 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 103.

трошкова.[129] Овакав став образложен је ослањањем на Правни став Врховног суда из 2014. године, по коме поверилац има право да захтева накнаду за кашњење у предлогу за извршење неизмирене новчане обавезе без прилагања посебне извршне или веродостојне исправе у вези обавезе дужника за исплату ове накнаде.[130] Међутим, како пружање адвокатских услуга уз накнаду није комерцијална трансакција,[131] те се на односе између адвоката и његовог клијента не би примењивао Закон о роковима, остаје нејасно по ком основу би се онда дуговала накнада за кашњење.

Већ је поменуто да је устаљена пракса да поверилац има право на једну накнаду за кашњење у износу од 20.000 динара чак и ако поднесе предлог за извршење по основу већег броја рачуна, јер би се у супротном неосновано обогаћивао. Међутим, судска пракса у том аспекту није у потпуности уједначена. На седници Одељења за привредне спорове у новембру 2016. године утврђен је, поред оваквог, и алтернативни заједнички одговор. Према том схватању, како се Закон о роковима односи на комерцијалне трансакције, које, свака за себе, подразумевају посебну трговинску и финансијску операцију, поверилац би могао да истакне више захтева за накнаду за кашњење у једном предлогу за извршење. Закон о роковима не узима у обзир износ новчане обавезе коју дужник није испунио, нити број исправа које садрже новчану обавезу која није испуњена, па како у том смислу нема ограничења, не би требало ускратити повериоцу право на истицање више захтева за накнаду за кашњење у предлогу за извршење.[132] У пракси се догодило да је тужилац иницирао три извршна поступка на основу веродостојне исправе против туженог из јавног сектора тражећи исплату главног дуга и накнаде за кашњење. У току парничног поступка, парнице су спојене, па се поставило питање да ли тужилац има право да тражи накнаду за кашњење у износима од по 20.000 динара по сваком доспелом рачуну чије је плаћање иницирано посебним предлозима за извршење, а у укупном износу од

129 Привредни апелациони суд – питања и одговори – радни материјал са XXVII Саветовања привредних судова Републике Србије, Златибор, септембар 2019. године – *www.pa.sud.rs*.

130 Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда Србије.

131 Закон о роковима, чл. 2 ст. 1 тач. 1.

132 Привредни апелациони суд – питања и одговори – радни материјал са XXIV саветовања привредних судова Републике Србије, Златибор, 2016, *www.pa.sud.rs* и утврђени заједнички одговор на седницама Одељења за привредне спорове 7.11.2016. године и 8.11.2016. године.

60.000 динара. Како је према утврђеном чињеничном стању тужени примио утужене рачуне и у време утужења се налазио у доцњи са испуњењем своје новчане обавезе, суд је закључио да је основано потраживање за исплату накнаде у пуном износу од 60.000 динара, будући да се ради о новчаној казни за дужника.[133]

Оваква разилажења у судској пракси нису ретка. И мада је схватање о накнади за кашњење као новчаној казни у складу са смислом и циљем нашег Закона о роковима, неоправдано обогаћивање повериоца добијањем износа вишеструко већег од појединачног главног потраживања на име накнаде за кашњење то свакако није. Непоштовање начела економичности није у духу нашег процесног права и подношење више предлога за извршење на основу више рачуна који произлазе из једног уговорног односа и неминовно повећавање трошкова већ скупог извршног поступка није целисходно. Са друге стране, Директива не забрањује подношење кумулативних захтева и изричито прописује да минимални фиксни износ од 40 евра служи да покрије интерне трошкове наплате повериоца. Циљ Директиве је јасан – заштита повериоца и сузбијање кашњења са плаћањем. Оваква разлика у тумачењу Директиве и Закона када је у питању појам накнаде и неразумевање њеног смисла је само један од примера како долази до проблема у пракси. Стога би требало ревидирати одредбе нашег Закона о роковима које се односе на накнаду за кашњење, те прописати износ накнаде сразмеран висини главног потраживања, али и одредити јој намену коју јој је дала и Директива – покривање интерних трошкова наплате повериоца. Тек тада би могућности злоупотребе права биле смањене и могла би се дозволити исплата кумулативних износа на име накнаде за кашњење, када су у питању периодична плаћања.

6. Осврт на комунитарно право – Директива 2011/7/ЕУ и нови предлози

6.1. Решавање проблема кашњења са плаћањем

Директива 2011/7/ЕУ о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима усвојена 11. фебруара 2011. године регулише комерцијалне трансакције између јавних власти и предузећа, и између предузећа. Она прописује да органи јавне власти морају да плате добра

133 Из образложења решења Привредног апелационог суда Пж 4537/15 од 27.1.2016. године.

и услуге које набављају у року од 30 дана или, изузетно, у року од 60 дана. Дужи рок је могућ под условом да је то изричито уговорено и да није крајње неправично према повериоцу. У случајевима кашњења са плаћањем, поверилац има право (али не и обавезу) на најмање 40 евра, као накнаду за трошкове наплате (*compensation for recovery costs*), а уговорна одредба која искључује право на ову накнаду сматраће се крајње неправичном.[134]

Усвајањем Директиве 2011/7/ЕУ стављена је ван снаге Директива 2000/35/ЕЗ, такође о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима.[135] Још 1995. године Европска заједница је донела Препоруку о роковима плаћања између привредних субјеката, али она није успела да да очекиване резултате, што је довело до Директиве 2000/35/ЕЗ, која је прва дефинисала рокове плаћања за приватне компаније, као дужнике.[136] Међутим, и даље није било изричитог прописа о висини накнаде за кашњење, као јасно дефинисаној додатној санкцији дужнику и одговарајућем механизму заштите повериоца. Директива 2000/35/ЕЗ само прописује право повериоца на накнаду трошкова које би имао у поступку наплате од дужника, осим ако дужник није одговоран за кашњење. Овакву правну регулативу задржава и Директива 2011/7/ЕУ, али уводи и додатни начин одвраћања дужника од кашњења, будући да ће он сада први пут бити у обавези да плати и накнаду за кашњење у минималном фиксном износу од 40 евра, поред камате.

Нова Директива појачава и одредбе о крајње неправичним уговорним клаузулама,[137] на начин да ће се одредба или клаузула у уговору која искључује право на накнаду за кашњење, сматрати крајње неправичном.[138] У националним упоредним правима решења су, пак, различита. Док белгијско, шпанско и италијанско право предвиђају ништавост такве клаузуле, холандско право прописује да је таква клаузула непостојећа. Крајњи ефекат је исти, те таква клаузула неће

134 Late Payment Directive, Art. 6(3), Art. 7(3).

135 Директива 2000/35/ЕЦ о сузбијању закашњења са плаћањем у комерцијалним трансакцијама, 2000 (Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions, *OJ*, L 200, 8.8.2000).

136 Isabelle Maque, Leire San-Jose, „Understanding and Solving Late Payment: The Role of Organizational Routines“, *Management international / International Management / Gestiòn Internacional* 2017, 22(1), 147.

137 Late Payment Directive, Art. 7.

138 C. Bilotta, 710.

имати никакво правно дејство. У немачком праву, таква клаузула може бити ништава или рушљива, у зависности од околности. Француско право предвиђа санкцију за продавца који не укључи накнаду за кашњење у своје опште услове пословања, и то административну казну од 75.000 евра за предузетнике, па до 2.000.000 евра за остале привредне субјекте. [139]

Позадина овакве регулативе у Европској унији је стварање и регулисање заједничког унутрашњег тржишта, као и успостављање слободне трговине на том подручју.[140] Већ је било речи о последицама закашњења са плаћањем, које могу да буду поготово лоше за мања предузећа у њиховим односима са моћнијим дужницима, који намерно плаћају касније и то виде као легитиман извор финансирања.[141] Идеја Директиве је јасна: натерати предузећа и јавне власти да не касне са извршавањем својих новчаних обавеза.

Новији извештаји показали су да четири од пет привредних субјеката и даље имају проблема са закашњењем у плаћању, те да Директива до сада није имала већи утицај на понашање дужника и сузбијање кашњења са плаћањем.[142] Зато су се јавили и нови предлози за решавање овог проблема. Наиме, Европска комисија је 12. септембра 2023. године донела предлог Уредбе о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима,[143] са циљем заштите малих предузећа, успостављањем фер услова за њихово пословање, као и повећањем њихове отпорности у комерцијалним трансакцијама. У овом делу рада биће анализирани нови предлози за решавање и даље нерешеног проблема кашњења са плаћањем, као и пракса Суда правде Европске уније кроз један случај.

---

139 Leon Gloden; National law of EU countries, *https://n-lex.europa.eu/n-lex/index* (11.8.2024).

140 I. Tot, 223.

141 C. Howorth, N. Wilson, „Late payment and the small firm: an examination of case studies", 1998, у: I. Maque *et al.* (2017), 147.

142 Извештај Европске комисије о имплементацији Директиве 2011/7/ЕУ, 2016 (*European Commission Report (2016) to the European Parliament and the Council on the implementation of Directive 2011/7/E of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions*, Brussels, 26.8.2016).

143 Предлог Уредбе о сузбијању закашњења са плаћањем у комерцијалним трансакцијама, 2023 (*Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions – Late Payment Regulation Proposal*, Strasbourg, 12.9.2023).

6.2. Тумачење Суда правде Европске уније

DOMUS-SOFTWARE-AG (у даљем тексту: Домус) и *Marc Braschoß Immobilien GmbH* (у даљем тексту: МБИ), два привредна друштва регулисана немачким правом, закључили су уговор о одржавању софтвера који је купио МБИ. Месечна рата била је 135 евра уз ПДВ, а плаћање је вршено почетком месеца. Домус је, у складу са тим, узастопно издавао рачуне, а МБИ их је примао дан након што су издати. Међутим, како те фактуре нису плаћене на време, Домус је поднео тужбу пред судом у Минхену, тражећи да му МБИ плати неплаћену главницу, камату и накнаду за кашњење у фиксном износу од 40 евра за сваку неплаћену фактуру, а како их је било три – износ од 120 евра. Суд у Минхену пресудио је у корист тужиоца у погледу главног дуга. Међутим, наложио је туженом да плати, уз камату, само један фиксни износ од 40 евра и сматрао је да, у случају једног уговора у коме су уговорена периодична плаћања, тужилац има право само на један фиксни износ. Домус је уложио жалбу против те пресуде пред Окружним судом у Минхену, тражећи исплату суме од 80 евра, што одговара износу накнаде за кашњење за преостале две фактуре. Суд је затим одлучио да прекине поступак и упути предмет Суду правде Европске уније, са питањем да ли се члан 6 Директиве, а у вези са чланом 3 Директиве, тумачи тако да значи да, у случају периодичних захтева за плаћање који произилазе из јединственог уговорног односа, постоји право на исплату фиксног износа од најмање 40 евра за сваки појединачни захтев за исплату?

Суд правде Европске уније тумачио је одредбе члана 6 Директиве на следећи начин: „минимални фиксни износ од 40 евра, дужник повериоцу који је испунио своје обавезе дугује за свако плаћање које није извршено о доспелости као накнаду за пословну трансакцију потврђену у рачуну или одговарајућем захтеву за плаћање, укључујући случај више закаснелих плаћања периодичних испорука робе или периодичних пружања услуга, извршених у оквиру једног те истог уговора, осим ако дужник није одговоран за та закашњења. Она има за циљ не само одвраћање од кашњења у плаћању, спречавајући да она постану финансијски привлачна дужницима због ниских каматних стопа зарачунатих у таквој ситуацији, односно њиховог непостојања, него и учинковиту заштиту повериоца од таквих кашњења, тиме што му се осигурава што потпунија накнада насталих трошкова наплате. Ти трошкови би такође требало да укључе наплату административних трошкова и накнаду интерних трошкова претрпљених због закаснелог

плаћања и, с друге стране, накнада у фиксном износу би требало да има за циљ ограничење административних и интерних трошкова везаних за наплату. У том смислу, чињеница да дужник може каснити са плаћањем неколико периодичних испорука робе или периодичних пружања услуга, у оквиру извршавања једног те истог уговора, не може имати за последицу смањење минималног фиксног износа који се дугује на име накнаде трошкова наплате за свако закаснело плаћање на један, јединствени фиксни износ. Таквим би се смањењем, пре свега, одузео смисао члану 6 Директиве, чији је циљ, као што је то претходно истакнуто, не само одвраћање од таквих кашњења у плаћању, него и то да се исплатом тих износа надокнаде „повериочеви властити трошкови наплате“, при чему се ти трошкови, логично, повећавају сразмерно броју плаћања и износима које дужник не плаћа о доспелости. Наведено смањење би било једнако томе да се дужнику одобри одступање од права на фиксни износ из члана 6 става 1 Директиве, а да то одступање није оправдано никаквим „оправданим разлогом“ из члана 7. Коначно, смањењем би се дужник ослободио дела финансијског терета који произлази из његове обавезе да, на име сваког неизмиреног плаћања, плати фиксни износ од 40 евра. С обзиром на наведено, када један те исти уговор предвиђа периодичне испоруке робе или периодична пружања услуга, при чему се за сваку, односно за свако од њих, цена мора платити унутар одређеног рока, минимални фиксни износ од 40 евра на име накнаде за трошкове наплате дужник дугује повериоцу за свако закаснело плаћање.“[144]

Суд је сматрао да члан 6 и члан 3 Директиве не дефинишу да ли неизмирена плаћања треба да произилазе из једног или из више засебних уговора, па се у свом образложењу позвао на уводну напомену бр. 17 Директиве која само каже „када поверилац нема на располагању износ који дугује на датум доспећа“ и, да би поткрепио своје тумачење, узео је у обзир циљ Директиве, а то је заштита повериоца, на чију ликвидност може утицати кашњење дужника са плаћањем.[145] Одредбе Директиве о накнади за кашњење из члана 6 би биле лишене практичног ефекта ако би се тумачиле као наметање једног фиксног минималног износа који се плаћа као надокнада за

144 DOMUS-SOFTWARE-AG v Marc Braschoß Immobilien GmbH (2022), Eur-Lex, Case C-370/21, p. 7.

145 Erica Gabarretta, „CJEU interprets compensation for recovery costs under Late Payments Directive“, *The Malta Independent*, 2023, *https://www.independent.com.mt/articles/2023–01–11/local-news/Law-report-CJEU-interprets-compensation-for-recovery-costs-6736248775* (22.7.2024).

трошкове наплате више потраживања, а такво одступање би у ствари ослобађало дужника финансијског терета који Директива намерава да му наметне.[146]

Овакво тумачење Суда правде Европске уније је занимљиво зато што је супротно тумачењу наших судова. И док је тачно да право не треба примењивати круто и да законске одредбе треба прилагодити друштвеном контексту у којем се примењују, чини се да је тумачење Суда правде ближе смислу и идејама Директиве. Наиме, језичким и систематским тумачењем члана 6 Директиве долази се до закључка да државе треба да обезбеде плаћање накнаде за кашњење, односно фиксног износа од 40 евра готово аутоматски, и без опомене дужнику. Такође, ради се о износу који првенствено треба да покрије интерне трошкове наплате повериоца, који, логично, расту сразмерно броју фактура које дужник не измири на време. Иако је непрописивањем изричитог правила у овом смислу Директива (а и наш Закон о роковима)[147] отворила пут злоупотребама, примарни циљ је заштита повериоца и сузбијање праксе кашњења дужника са измиривањем својих новчаних обавеза, па би накнаду за кашњење требало досуђивати за сваку неизмирену фактуру, осим ако се ради о очигледној злоупотреби права од стране повериоца.

6.3. Предлог Уредбе о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима (*Late Payment Regulation*)

Након више студија и процена спроведених од стране Европске комисије, утврђено је да тренутни правни оквир Европске уније за борбу против кашњења у плаћању у комерцијалним трансакцијама није адекватан за решавање овог проблема.[148] Идентификовано је неколико главних недостатака у постојећој Директиви, а највећи су недостатак превентивних мера и делотворног спровођења, као и механизама обештећења који би били лако доступни малим и средњим предузећима.[149]

146 *Ibid.*

147 Поверилац би могао, на пример, да подноси више предлога за извршење на основу више фактура за неизмирена периодична потраживања, а која произлазе из једног уговорног односа и тако, у збиру, добије износ на име накнаде који је много већи од самог потраживања.

148 European Comission (2023), *Questions and Answers: Late Payment Regulation*, *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_23_4412* (22.7.2024).

149 *Ibid.*

Како би отклонила ове недостатке, Европска комисија је одлучила да ревидира ова правила и 12. септембра 2023. године представила је нови предлог Уредбе о сузбијању закашњења са плаћањем у трговинским уговорима (*Late Payment Regulation*).

Најважнија и прва очигледна разлика је да Европска комисија предлаже *уредбу* уместо директиве. Уредба је обавезујући законодавни акт који се у целости примењује у свим државама чланицама Европске уније, те док директива оставља простора за државе чланице да саме осмисле њену имплементацију у своје право и тако остваре њене циљеве, уредба се примењује непосредно.[150] Поред тога што не дефинише појам „комерцијалне трансакције", предложена уредба изгледа готово исто као и досадашња Директива и не укључује ниво детаља неопходан за уредбу, будући да се она директно примењује у државама чланицама.[151] Ово би могло довести до проблема и спорова у њеној примени.

Главна промена у регулативи је скраћивање најдужег дозвољеног рока плаћања у комерцијалним трансакцијама са досадашњих 60 дана на 30 дана. Актуелна Директива дозвољава привредним субјектима да уговарају дуже рокове плаћања, ако то није крајње неправедно[152] према било којој страни, што не би било могуће према Уредби.[153] Ова уговорна слобода је неопходна за привредне субјекте у којима се обртни капитал, производња и други кључни оперативни елементи не уклапају у нови рок од 30 дана.[154] Зато је Европски парламент дозволио да се овај рок продужи, али најдуже до 60 дана, а 120 дана за „робу која се споро креће или сезонску робу".[155]

150 Types of legislation, *https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/law/types-legislation_en* (23.7.2024.).

151 Charles Thain *et al*, „The European Commission proposes an updated late payment regime for the EU", 2023, *https://www.mayerbrown.com/en/insights/publications/2024/05/late-payment-regulation-the-european-parliament-introduces-amendments-as-it-adopts-its-first-reading-position* (24.7.2024).

152 Уредба не помиње термин „крајње неправедно" (*grossly unfair*), који и јесте нејасан.

153 Daniel de Burca, „EU's Late Payment Regulation: Exposing the need for better public discourse", 2024, *https://www.tradefinanceglobal.com/posts/eus-late-payment-regulation-exposing-the-need-for-better-public-discourse* (24.7.2024)

154 *Ibid.*

155 C. Thain *et al.*; Сезонска роба се дефинише као она код које се тражња повећава током одређеног периода у години, а роба која се споро креће је она која се налази у поседу трговца на мало од снабдевања од стране прозвођача или велепродавца дуже од 60 дана до малопродаје. Пре

Следећа разлика је да ће се камата плаћати аутоматски и уговорним странама је забрањено да је се одрекну. Камата се обрачунава 8% изнад референтне каматне стопе. Иако ово може да спречи кашњење у плаћању, слобода да изаберу такву стопу или да се договоре о нижој је често показатељ процене уговорних страна о снази њиховог односа и кредитном ризику друге стране.[156] Такође, предвиђено је да државе чланице одреде органе који ће бити одговорни за примену Уредбе, што ствара додатне трошкове.

Након предлога Уредбе, следе преговори између Европске комисије, Европског парламента и Европског савета ради проглашења коначног текста, а Уредба ће ступити на снагу након што се све три стране сложе. Интересантне су разлике између предлога ова три тела. Парламент је предложио измену у погледу опомене, бришући део одредбе који гласи: „без потребе за опоменом", као и у погледу повериочевог права да се одрекне права на примање паушалне накнаде. Он иначе нема могућност да се одрекне овог права, с тим да Парламент додаје: „ако је дужник јавно тело или велико предузеће". Дакле, Парламент предлаже да се као услов за остваривање права на накнаду уведе опомена дужнику од стране повериоца и да се искључи право повериоца на одрицање од права на накнаду ако је дужник јавно тело или велико предузеће.[157]

Извештај Комитета за унутрашње тржиште и заштиту потрошача Европске уније усвојен од стране Парламента предвиђа да ће дужник бити дужан да, на име накнаде за повериочеве трошкове наплате, плати између 50 и 150 евра. У зависности од вредности главног потраживања, дужник ће бити дужан да повериоцу плати 50 евра ако је вредност главног потраживања до 1.500 евра, 100 евра ако је између 1.501 и 15.000 евра, и 150 евра ако износ главног потраживања прелази 15.000 евра. Такође је предвиђено да поверилац неће моћи да се одрекне свог права на ову накнаду.[158]

примене Уредбе, Комисија би требало да објави техничке смернице које се тичу прецизирања ових термина. Више вид.: R. Thun und Hohenstein, „Commercial transactions: combating late payment, 2023/0323(COD), text adopted by Parliament, 1st reading", EP Legislative Observatory, 2024, 28, *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9–2024–0156_EN* (24.7.2024).

156 Michael Huertas, „The EU's Late Payments Regulation proposal – key points and problems", 2024, *https://legal.pwc.de/en/news/articles/the-eu-s-late-payments-regulation-proposal-key-points-and-problems* (24.7.2024.).

157 Таква одредба била би ништава.

158 Roza Thun und Hohenstein, 12.

Мане нове регулативе су бројне и питање је како ће нове одредбе утицати на понашање дужника. Међутим, повећање фиксног износа који ће дужник бити дужан да плати зарад покрића повериочевих трошкова наплате и његово везивање за вредност главног дуга, када је у питању накнада за кашњење, може бити одговарајући подстицај за дужника да не касни са плаћањем. Будући да се ради о износу за који дужник зна од самог почетка свог односа са повериоцем, повећање ове суме може утицати на сузбијање негативног финансијског понашања, а поготово на оне дужнике који кашњење са плаћањем виде као извор финансирања, с обзиром да ће цена таквог „зајма" бити већа.

7. Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе

Бечка конвенција је документ значајан са становишта међународне трговине, потписан 1980. године,[159] а Србија ју је ратификовала 1984. године.[160] Примењује се у ситуацији када купац и продавац имају седишта у различитим државама потписницама или ако би правила међународног приватног права упутила на примену права државе потписнице Бечке конвенције.[161] Код нас, режим плаћања успостављен Законом о роковима важи истовремено са режимом Бечке конвенције, а како Бечка конвенција има примат у односу на национално право, то даље значи да ће се Закон о роковима примењивати само на уговоре о продаји робе код којих купац и продавац имају седиште у Републици Србији и на међународне уговоре о продаји робе где правила међународног приватног права упућују на примену српског права.[162] Међутим, како Конвенција не познаје институт накнаде за кашњење, то значи да ће дужник, у том случају, уколико касни са плаћањем цене из уговора о међународној продаји робе, имати право на накнаду за кашњење по одредбама нашег националног права. Дакле, празнина у Конвенцији у погледу

159 Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе, 1980, (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, opened for signature 11 April 1980, 1489 UNTS 3 (entered into force 1 January 1988)*).

160 Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/84.

161 Бечка конвенција, чл. 1 ст. 1.

162 М. Радовић (2013а), 258.

накнаде за кашњење значи да у случају кашњења са испуњењем обавезе треба применити правила Закона о роковима, будући да се ради о питању које је изван домашаја регулативе Конвенције.[163] Треба имати у виду и то да се њене одредбе не примењују када је у питању продаја робе за личну употребу или производи домаћинства, као и у одређеним другим случајевима, а тада се по правилу неће примењивати ни одредбе Закона о роковима. У Европској унији, пак, међународни уговор о продаји робе може бити регулисан одредбама Конвенције или Директиве. Владајуће становиште је да Директива није интернационални споразум, те Конвенција има предност у примени.[164]

Директива и Закон о роковима су блажи према купцима од Бечке конвенције, те им пружају повољније окружење за обављање својих трансакција.[165] Наиме, Бечка конвенција усваја основни принцип облигационог права када су у питању синалагматични уговори – принцип истовременог испуњења обавезе[166] – па кредитирање купца од стране продавца није правило, за разлику од нашег Закона о роковима.[167] И док Закон о роковима и Директива на тај начин стављају продавца у неповољнији положај, дајући купцу 60 дана, односно 30 дана одложеног плаћања, Конвенција својом одредбом на бољи начин решава проблем кашњења са плаћањем. Закон о роковима, посредно, и Директива, непосредно, прописују да право повериоца на накнаду и камату доспева након протека прописаних рокова за испуњење обавезе. Са друге стране, Конвенција јасно одређује да продавац стиче право на камату у тренутку доспелости обавезе, управо зато што купац мора да плати робу у тренутку испоруке.[168] Међутим, Конвенција не уређује изричито висину каматне стопе,[169]

163 Питања која Конвенција уопште не уређује решавају се применом домаћих правила (у том случају немогуће је користити општа начела), док се питања која се тичу материја уређених Конвенцијом, а која нису изричито решена у њој, решавају према њеним општим начелима или према праву меродавном на основу правила међународног приватног права. Вид.: Бечка конвенција, чл. 7 ст. 2.

164 C. Bilotta, 712.

165 *Ibid.*, 721.

166 Бечка конвенција, чл. 58.

167 М. Радовић (2013а), 259.

168 C. Bilotta, 719.

169 Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, *Transnational Commercial Law*, Oxford University Press 2015, 253–257. Висина каматне стопе није изричито прописана Бечком конвенцијом и требало би је утврђивати у складу са основним принципима Конвенције. У случају да је то немогуће, треба се

што даље значи да ће се, чак и у случају примене Конвенције, свакако применити одредбе нашег Закона о затезној камати, па ће продавац у оба случаја добити исти износ каматне стопе као и да је примењен наш Закон о роковима, само раније.[170] Ово показује да Конвенција успоставља повољније услове када је у питању повериочево право на камату.

Бечка конвенција, такође, не прописује да продавац мора да опомене купца, те обавеза плаћања цене доспева и без његове опомене,[171] што значи да продавац аутоматски стиче право и на накнаду, управо због купчевог кашњења у плаћању цене, а о чему је било речи раније.

У једном аспекту се наш Закон о роковима, ипак, више приближава Конвенцији у односу на Директиву, а ради се о одговорности купца. Већ је поменуто да Директива садржи одредбу којом се повериоцу даје право на камату (па и накнаду), осим ако дужник није одговоран за кашњење. Овај услов доста слаби позицију продавца зато што даје начин дужнику да се ослободи своје обавезе плаћања камате (аналогно и накнаде), али и због свог недовољно јасног одређења.[172] Супротно томе, и Конвенција и Закон о роковима предвиђају апсолутну одговорност дужника, које се он не може ослободити.[173] На овај начин, Закон о роковима одлази корак даље у борби против кашњења са плаћањем.

Када је у питању накнада за кашњење у испуњењу новчане обавезе (*compensation for recovery costs* по Директиви, односно интерни трошкови наплате повериоца), Бечка конвенција је изричито не предвиђа. У случајевима када су испуњени услови за стицање права на ову накнаду, а када Конвенција има примат, требало би примењивати правила Конвенције о накнади штете.[174] Смисао тих одредби Конвенције ипак није кажњавање дужника, већ потпуна накнада штете, односно довођење повериоца у стање у којем би био да није дошло до кашњења са плаћањем, што је заправо сврха и накнаде у Директиви – накнада повериочевих интерних трошкова

ослонити на домаће право. Више о односу Конвенције и Директиве вид. C. Bilotta, 712–713.

170 C. Bilotta, 719–720.

171 *Ibid.*

172 C. Bilotta, 720.

173 Бечка конвенција, чл. 79; Закон о роковима чл. 5 и 7.

174 Бечка конвенција, чл. 74–77.

наплате, односно његово обештећење. Дакле, ако би се накнада за кашњење овако схватала, онда не би могла да се наплати код уговора о међународној продаји робе, с обзиром да Конвенција предвиђа сопствену регулативу накнаде штете када су у питању повериочеви трошкови. Такође, поверилац би, у режиму Конвенције, морао да доказује предвидљивост својих трошкова.[175] Како Конвенција не садржи конкретна правила о одређивању висине накнаде штете, то би суд требало да је сам одмери. На тај начин, Конвенција заправо усваја строжи режим од Директиве када је у питању накнада. То је главна разлика у односу на наше право, где се накнада за кашњење схвата као вид новчане казне, па поверилац може остваривати и накнаду за кашњење и накнаду штете по одредбама Конвенције, те се неосновано обогаћивати.

8. Предлози за унапређење регулативе

Дуги рокови за плаћање и кашњење са испуњавањем новчаних обавеза су пословне праксе које предузетницима и другим привредним субјектима стварају огромне трошкове. Негативан утицај, поготово на мала и средња предузећа, њихово довођење до банкротства услед недовољне количине новчаних средстава, злоупотреба од стране дужника и узимање својеврсног „кредита“ неблаговременим испуњењем својих обавеза и тиме кршењем уговорних одредби, су последице овог феномена у пракси. Почевши од препорука Европске Уније деведесетих година прошлог века, па све до најновијег предлога Уредбе о сузбијању кашњења са плаћањем, циљ законодаваца био је решавање овог проблема. Заштита права поверилаца, стварање бољег привредног окружења и утицај на фер понашање пословних субјеката у комерцијалним трансакцијама су први кораци ка томе. Међутим, за многе велике привредне субјекте, чак и рок од 60 дана није довољан за обављање пословне трансакције. Неки од могућих начина који би утицали на однос дужника према благовременом испуњењу својих обавеза и бољи монетарни статус привредних субјеката су скраћивање (неадекватних) рокова плаћања и промена висине каматних стопа.

Српски законодавац је подбацио када је институт накнаде за кашњење имплементирао у наше право, заобилазећи његов смисао и значај у борби против кашњења са плаћањем. Члан 5 Закона о

175 Бечка конвенција, чл. 74.

роковима би требало ревидирати и прецизирати суштинско значење института накнаде за кашњење, а то је надокнада трошкова које поверилац сноси у својим покушајима да се наплати од дужника. На тај начин би казнена природа накнаде и схватање њене правне природе као новчане казне ишчезли и она би могла испуњавати сврху која јој је намењена, те не би служила неоснованом обогаћењу поверилаца. Тада би био створен и правни оквир за одредбу којом би се дозволило подношење кумулативних захтева, ако се ради о периодичним плаћањима, што би додатно утицало на дужнике.

Такође, како је износ од 20.000 динара је крајње арбитраран, то би га требало изменити. Паушална накнада у минималном фиксном износу предвиђена Директивом је успешнији корак у борби против кашњења, али би, по нашем мишљењу и када је у питању српско право, свакако представљало већи утицај на дужника прилагодити је тако да буде сразмерна висини дуговане новчане обавезе (главног потраживања). Оваквим системом би било лакше одвратити дужника од кашњења, будући да је унапред свестан висине износа који ће, поред накнаде осталих трошкова и камате, дуговати, али и могућности његовог повећања у случају кумулативних захтева. Такође се успоставља мање ригидан механизам, али који је ипак у довољној мери конкретан и подобан за практичну примену.

Када су у питању услови за остварење права на накнаду, требало би прописати услов који се односи на испуњење обавеза од стране повериоца, будући да је он изричито прописан за остварење права на камату. Међутим, таква одредба би се требало и детаљније уредити, тако да се односи на испуњење само главне обавезе повериоца, а не на све уговорне обавезе, односно и оне споредне.

И мада *посебно* тело које би било одговорно за спровођење Закона о роковима и поштовање прописаних рокова плаћања од стране дужника у теорији није лоша идеја, чини се да у српској пракси не постоје адекватни механизми за успостављање такве врсте надзора. Оваква новина би такође стварала додатне трошкове.

Неблаговремено испуњење новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама је проблем који са собом носи многе негативне последице, али то не значи да је његово решавање немогуће. Почевши од детаљне академске анализе, па до осврtања на упоредноправна решења и комунитарно право, а затим њихово прилагођавање домаћој друштвеној стварности, могуће је успешно учествовати у процесу супротстављања овој свеприсутној појави.

COMPENSATION AS A CONSEQUENCE OF DEBTOR'S LATE PAYMENT IN COMMERCIAL TRANSACTIONS

Iva Ristanović, M.A.*

In this paper, the author elaborates in detail the institution of compensation for recovery costs, which is a relative novelty in Serbian law and how it came to be introduced. In addition to the law of the European Union, ways of harmonizing it with our law and comparative law solutions, the author analyzes the importance of introducing compensation for recovery costs into Serbian law, its concept, law regulation, but also the procedural aspect of this institute, in order to see the practical implications of different solutions in practice – how the Serbian courts apply the provisions of the new law which implements the Late Payment Directive, when it comes to deadlines for monetary obligations in commercial transactions – all through a review of the legal position of the Supreme Court of Serbia on the compulsory realization of this compensation from 2014, the position of the Constitutional Court and the many verdicts of the commercial courts and the Commercial Court of Appeal.

Key words: *compensation for recovery costs, commercial transaction, monetary obligation, commercial law, late payment.*

* Judicial Trainee at the Higher Court in Belgrade, e-mail: *iva.ristanovicoo@gmail.com*.

Литература

Bilotta C., „Ending the Commercial Siesta: The Shortcommings of European Union Directive 2011/7 on Combating Late Payments in Commercial Transactions“, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 38:2, 2013.

Goode R., Kronke H., McKendrick E., *Transnational Commercial Law,* Oxford University Press, Oxford 2015

Maque I., San-Jose L., „Understanding and Solving Late Payment: The Role of Organizational Routines“, *Management international / International Management / Gestiòn Internacional*, 2017, 22(1)

Tot I., „Pravna osnova i ciljevi Direktive 2011/7/EU o suzbijanju zakašnjenja s plaćanjem u trgovačkim ugovorima“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 59, l/2013

Twomey D., Jennings M., *Anderson's Business Law and the Legal Environment*, South-Western Cengage Learning, Mason, Ohio 2011

Бодирога Н., *Нови извршни поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2023

Бодирога Н., *Парнични поступак*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2022

Јовановић Н., Радовић В., Радовић М., *Трговинско право*, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2021

Манојловић М., „Камата као последица дужничке доцње“, *Право и привреда* 4/2020

Мунижаба З., „Накнада за кашњење у испуњењу новчаних обавеза – према Закону о роковима измирења новчаних обавеза у комерцијалним трансакцијама“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* vol. 86, бр. 12, 2014

Николић Ђ., *Облигационо право, „Projuris“ – Организација за правну едукацију и културу права*, Београд 2020

Николић М., „Ограничавање рокова плаћања у трговинским уговорима и накнада за кашњење (за и против)“, *Право и привреда* 1–3/2019

Радовић М., „Нови правни режим рокова измирења новчаних обавеза из трговинских уговора“, *Право и привреда* бр. 7–9/2013 (2013а)

Радовић М., „Правне последице закашњења са плаћањем у трговинским уговорима“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013 (2013б)

ИЗВОДИ ИЗ АКТУЕЛНЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У СТАТУСНИМ (КОМПАНИЈСКИМ) СПОРОВИМА

Милољуб Мишковић*

Увод

Удружење за стечајно право у овогодишњем издању наставља са анализом судске праксе из области компанијског права, превасходно у вези примене Закона о привредним друштвима.

Одабрани примери судске праксе биће изложени на тај начин што ће из конкретне судске одлуке/одлука бити уобличена сентенца, као суштински закључак аутора изведен анализом предметне одлуке/одлука, која ће бити детаљније образложена кроз сажетак или извод из образложења одлуке/одлука, уз евентуалне напомене (коментаре) аутора.

1. Сентенца:

(Из пресуда Привредног суда у Београду 38 П 1734/2024 од 12.06.2024. године и Привредног апелационог суда 1 Пж 4027/24 од 25.09.2024. године)

Одлуком скупштине друштва о повећању основног капитала, којом се удео једног члана смањује, а другог повећава, умањују се стечена права члана чији је удео смањен, због чега таква одлука може бити пуноважна само ако је донета уз сагласност тог члана.

* Судија Привредног суда у Београду, *miloljub.miskovic@bg.pr.sud.rs.*

Из образложења:

Првостепеном пресудом је усвојен тужбени захтев којим је тужилац тражио да се поништи одлука о повећању основног капитала друштва, донета на седници скупштине друштва – туженог. Овом одлуком удео тужиоца је смањен са 33,40% на 21,53%, док је удео другог члана (чија је позајмица друштву конвертована у основни капитал друштва) повећан са 66,60% на 78,47%. Примарни разлог за усвајање тужбеног захтева и поништај наведене одлуке, суд је утврдио применом члана 376. став 1. тачка 1) Закона о привредним друштвима, будући да седница скупштине на којој је донета побијана одлука није била сазвана у складу са законом и статутом (тужилац, као члан, није био уредно позван на седницу скупштине друштва). Као други, алтернативни, разлог за поништај ове одлуке наводи се да је смањењем удела тужиоца извршено умањење његовог утврђеног права, због чега је таква одлука могла бити донета само уз његову сагласност (члан 142. став 2. Закона о привредним друштвима).

Изложено становиште Привредни апелациони суд прихвата у поступку по жалби. У другостепеној одлуци тог суда се наводи (у делу образложења који је релевантан за сентенцу) да „правилно првостепени суд указује и на то да, с обзиром да се Одлуком о повећању основног капитала друштва од 10.04.2019. године, заправо умањују стечена права тужиоца, односно удео тужиоца у основном капиталу туженог, који је смањен са 33,40% на 21,53%, то је предметна одлука могла бити донета само уз сагласност тужиоца као члана друштва на кога се та одлука односи, тј. којом одлуком се мењају његова утврђена права".

2. Сентенца:

(Из пресуда Привредног суда у Београду 4 П 988/2023 од 16.05.2024. године и Привредног апелационог суда 2 Пж 4131/24 од 14.11.2024. године)

Члан и законски заступник друштва, који на основу кривотворених сагласности осталих чланова и без пословног интереса за друштo јемчи и потом отплаћује банци обавезе из кредита себи повезаног лица, одговара за штету према друштву, због повреде посебне дужности пажње из члана 63. Закона о привредним друштвима.

Из образложења:

Предмет тужбеног захтева је накнада штете коју привредно друштво потражује од свог члана и директора, због повреде дужности пажње из члана 63. Закона о привредним друштвима.

Првостепени суд је у целости усвојио тужбени захтев и обавезао туженог на накнаду штете у захтеваном износу, утврђујући да је тужени извршио повреду посебне дужности пажње према друштву и да по том основу одговара за проузроковану штету, јер је искључивом радњом умањио имовину друштва (тужиоца) за дуг трећег лица. Првостепени суд образлаже да је „првенствено својим радњама а у вези са радњама чланова своје породице – кћеркама, овде тужена која је у моменту доношења Одлуке скупштине друштва тужиоца и закљученог уговора о јемству била законски заступник тужиоца прекршила посебне дужности које је као законски заступник имала према друштву ... Ово јер је без знања и сагласности осталих чланова сачинила Одлуку скупштине друштва тужиоца и исту употребила у сврху закључења уговора о јемству којим је тужилац преузео обавезу као јемац платац за дуг друштва чији је законски заступник и власник кћерка тужене. На тај начин тужена је ставила лични интерес испред интереса друштва чији је власник удела и директор била у моменту доношења спорне Одлуке и закључења уговора о јемству“. Првостепени суд надаље наводи да „закључењем наведеног Уговора о јемству тужилац је преузео обавезу којој не одговара никаква узајамна престација на страни друштва „N...“ , за чије испуњење обавезе је закљученим уговором јемчио“ и да „Закључење предметног уговора о јемству није имало никаквог значаја за пословне интересе и стицање добити тужиоца, па стога и на страни тужене не постоји стандард „пажње доброг привредника“ “.

Другостепени суд прихвата примену материјалног права и разлоге првостепеног суда, наводећи да „Тужена, која је била директор тужиоца у спорном периоду, спада у круг лица која по Закону о привредним друштвима имају посебне дужности према друштву. Поступање са дужном пажњом подразумева поступање са већом пажњом, пажњом доброг привредника и да то лице савесно, имајући у виду околности, које су му познате, користи сва стручна знања и искуства, како би деловао у интересу друштва, најбоље што може. Тужена је била дужна да као директор тужиоца поступа савесно, са повећаном пажњом и да делује у најбољем интересу друштва. Правилно је првостепени суд из доказа изведених током поступка, закључио да тужена није поступала са дужном пажњом, када је јемчила за обавезе привредног

друштва „N...“, чији је оснивач и власник била њена кћерка. Правилно првостепени суд закључује да тужена, као директор, није поступала савесно, јер пре него што је донела одлуку да јемчи за обавезе наведеног правног лица, а имајући у виду да се ради о фирми, коју је основала њена кћерка, морала је знати у каквом је финансијском положају привредно друштво „N...“, да је привредно друштво у поступку рефинансирања кредита и да постоји велика вероватноћа да се кредит наплати из средстава обезбеђења. Правилно налази првостепени суд да је тужена ставила свој лични интерес изнад интереса привредног друштва чији је била директор у том тренутку, односно није радила у најбољем интересу друштва. Постојање личног интереса несумњиво постоји када се ради о повезаним лицима у смислу члана 61. Закона о привредним друштвима, што је овде случај. Лица која поступе супротно члану 63. Закона о привредним друштвима, одговорна су за штету, која је због таквог поступања настала за друштво. Тужена, као директор није показала потребан степен пажње приликом давања јемства за привредно друштво „N...“, због чега је за тужиоца настала штета, услед наплате повериоца из средстава обезбеђења које је тужена као директор дала фирми, чији је оснивач њена кћерка. Тужилац је претрпео штету у утуженом износу, који износ је неспорно наплаћен са рачуна тужиоца“. Другостепени суд додатно образлаже да су неосновани жалбени наводи да је целокупно потраживање по основу уговора о кредиту исплаћено, на који начин је угашена обавеза туженог, будући да „Извршењем обавезе из Уговора о јемству угасила се обавеза према повериоцу, али није искључена одговорност тужене према тужиоцу, јер приликом давања средстава обезбеђења тужена је свој лични интерес ставила изнад интереса тужиоца, чији је директор била у том тренутку“.

Напомена аутора:

На битно сличним разлозима засноване су одлуке Привредног суда у Београду 6 П 4661/20 од 01.09.2022. године и Привредног апелационог суда 4 Пж 8455/22 од 05.10.2024. године. У питању је парнични поступак између истих странака, у коме је због претходно наведених разлога тражено искључење туженог из привредног друштва, са позивом на повреду посебне дужности према друштву из члана 63. Закона о привредним друштвима. Повреда ове дужности представља основ за искључење члана друштва у смислу члана 196. став 1. истог закона. Следи да су применом Закона о привредним друштвима у два судска поступка, која су вођена са другачијим тужбеним захтевом, то јест по другачијем правном основу, изречене две правне последице по

туженог. Прва, према којој је због повреде посебне дужности пажње обавезан да друштву накнади штету и друга, према којој је искључен као члан из тог привредног друштва.

3. Сентенца:

(Из пресуде Привредног апелационог суда
2 Пж 644/23 од 19.09.2024. године)

Акционар банке, над којом Народна банка Србије спроводи корективне мере, нема право на учешће у добити исплатом дивиденди док трају ове мере, а самим тим нема право ни на досуђење законске затезне камате на износ утврђене дивиденде у периоду од датума предвиђене исплате до датума престанка корективних мера, јер банка за то време није у доцњи.

Из образложења:

„Жалбени наводи да је на основу одредбе члана 271. став 2. Закона о привредним друштвима у вези члана 324. став 1. Закона о облигационим односима банка у доцњи са исплатом дивиденди овде тужиоцу, те да стога тужиоцу припада и право на наплату законске затезне камате за цео период доцње нису основани, и исти су већ истицани у првостепеном поступку и правилно цењени од стране првостепеног суда. Како се на банке у погледу исплате дивиденде не примењују само одредбе Закона о привредним друштвима већ и посебни прописи, конкретно Закон о банкама (Сл. гласник РС бр. 107/05, 91/10 и 14/15), то је правилно првостепени суд закључио да је на страни тужене, која је почев од 10.06.2014. године била под корективним мерама НБС, наступила објективна немогућност испуњења обавеза плаћања дивиденди која је отклоњена престанком наведених корективних мера, након чега је и извршена исплата до тада дугујућих дивиденди. Наиме, корективне мере Народне банке Србије код туженог су биле на снази у периоду од 10.06.2014. године, дакле и пре доношења одлуке о исплати дивиденде од 04.06.2015. године, која је најранија од одлука скупштине туженог на којима је заснован тужбени захтев у овој парници, па ни из наведеног разлога није могла наступити доцња туженог, јер је банка у периоду за који тужилац потражује исплату законске затезне камате била под корективним мерама, што је једно од ограничења за исплату дивиденди акционарима банке из члана 25. ст. 1. тач. 5 Закона о банкама, како то правилно образлаже и првостепени суд“.

4. Сентенца:

(Из пресуда Привредног суда у Београду 2 П 3759/2022 од 08.11.2023. године и Привредног апелационог суда 8 Пж 1464/24 од 09.05.2024. године)

Не може се тужбом основано тражити утврђење ништавости регистроване одлуке о повећању основног капитала друштва, по тужби члана друштва, у ситуацији када из накнадно насталих разлога тај члан није у могућности да унесе нови улог у друштво по предметној одлуци.

Из образложења:

Предмет тужбеног захтева је утврђење ништавости одлука скупштине привредног друштва - туженог, на основу којих је тужилац, као једини члан, извршио повећање основног капитала друштва. Тужбени захтев је образложен наводима да је тужилац у својству скупштине донео одлуке о повећању основног капитала друштва и у складу са овим одлукама је требало да унесе у привредно друштво, као неновчани улог, право својине на радним машинама, за које је закључио уговор о продаји. Одлуке о повећању основног капитала друштва су регистроване код Агенције за привредне регистре. С обзиром на то да је након регистрације ових одлука раскинут уговор о куповини радних машина, тужилац је тврдио да није у могућности да унесе нови неновчани улог у друштво. Зато је тражио утврђење ништавости ових одлука.

Насупрот наводима тужбе, првостепени суд образлаже да су наведене одлуке донете у свему у складу са одредбама Закона о привредним друштвима и са одредбама оснивачког акта туженог, затим, да Законом о привредним друштвима није предвиђена могућност да се из наведених разлога захтева утврђење ништавости одлука о повећању основног капитала друштва, као и да се члан може ослободити обавезе уплате, односно уноса улога само у поступку смањења капитала уз примену члана 147а, односно члана 319. овог закона о заштити поверилаца. Другостепени суд прихвата изложено становиште првостепеног суда, те додаје да би у конкретном случају „требало поступити у складу са чланом 46 став 3 Закона о привредним друштвима, односно применити правила о смањењу капитала из члана 147а овог закона, уз обавештавање познатим повериоцима, чија појединачна потраживања износе најмање 2.000.00,00 динара, о одлуци да се смањи основни капитал“.

Напомена аутора:

Почетни део текста сентенце садржи реч „основано“ који је неопходан како би се нагласило да је изложени закључак судова материјалноправне, а не процесне природе. Изостављање наведеног термина, по оцени аутора, могло би да доведе до забуне да су судови изразили став који се односи на дозвољеност тужбе, као процесне претпоставке за утужење, што није случај.

5. Сентенца:

(Из пресуда Привредног суда у Београду 12 П 5573/2022 од 12.10.2023. године и Привредног апелационог суда 6 Пж 1687/24 од 16.05.2024. године)

Оснивачки улог који је један од супружника унео у привредно друштво приликом оснивања, пре закључења брака, његова је посебна својина, па касније остварена корист на основу тог удела (улога) представља посебну имовину тог супружника, без обзира што је настала у току трајања брачне заједнице.

Из образложења:

Предмет спора је утврђење права сусвојине тужиље према туженом (бившем супругу) и осталим туженима, на непокретности – пословном простору, у обиму удела од ½, по основу стицања права својине у браку.

Тужиља и првотужени су закључили брак дана 10.06.1998. године, а заједница живота је фактички престала 2003. године. Брак је разведен на основу пресуде суда у Италији од 17.03.2013. године, која је постала правноснажна дана 15.01.2014. године. За време трајања заједнице живота дана 10.01.2001. године закључен је и потом судски оверен уговор о купопродаји непокретности, на основу кога је првотужени од друштва „Ф...“ д.о.о. Београд купио непокретност у изградњи у Београду. Првотужени је 1987. године основао привредно друштво „F...LLC“ у САД, које је оснивач друштва „Ф...“ д.о.о. Београд (продавца). Према садржини обавештења о задужењу са рачуна, дана 24.01.2001. године рачун друштва „F...LLC“ задужен је за износ од 276.097,62 ЕУР, као веза плаћања наведен је уговор од 15.01.2001. године, а овај износ уплаћен је на рачун продавца „Ф...“ д.о.о. Београд.

Полазећи од напред утврђених битних чињеница, првостепени суд одбија тужбени захтев, наводећи „да је купопродајна цена за предметни локал исплаћена дана 24.01.2004. године, продавцу, односно

фирми Ф... доо из Београда, од стране фирме F... LLC, која је основана 1987. године у САД-у, од стране првотуженог као јединог члана са 100% удела... Код неспорне чињенице да је F... LLC, која је извршила плаћање купопродајне цене предметног локала, основана од стране првотуженог као јединог члана 1987. године, пре него што су тужиља и првотужени закључили брак и пре заснивања њихове ванбрачне заједнице, која је према тврдњама тужиље отпочела 1991. године, суд налази да предметни локал, иако је стечен по Уговору од 10.01.2001. године, не може представљати заједничку имовину супружника, стечену радом у току трајања заједнице живота у браку, у смислу члана 171 Породичног закона. Наведено имајући у виду да првотужени у тренутку оснивања наведене фирме, преко које је даље основао и F... I... S.R.L, неспорно није био ни у брачној ни у ванбрачној заједници живота са овде тужиљом, те је као оснивачки улог могао унети само своју посебну имовину, из чега следи и да добит тог друштва представља посебну имовину првотуженог, посебно имајући у виду да тужиља током поступка није указивала, нити предложила доказе на околност да је првотужени, накнадно, у току трајања брачне заједнице вршио унос додатних улога у капитал друштва (повећавао оснивачки капитал друштва), а да је повећање капитала друштва вршено из заједничке имовине супружника“.

Другостепени суд прихвата изложени материјалноправни закључак и разлоге првостепеног суда, те додаје да ,,оснивачки улог унет у привредно друштво F...LLC, представља посебну имовину првотуженог и приход остварен у том друштву представља његову посебну имовину“, као и да ,,обзиром да је купопродајна цена исплаћена са рачуна привредног друштва, не може се радити о заједничкој имовини супружника, у смислу члана 171. Породичног закона, већ исти у смислу члана 168. Породичног закона може представљати посебну имовину првотуженог или имовину привредног друштва уколико је непокретност купљена као основно средство друштва, а никако не може представљати заједничку имовину тужиље и првотуженог“.

6. Сентенца:

(Из пресуда Привредног суда у Београду 21 П 4942/2022 од 09.06.2023. године и Привредног апелационог суда 11 Пж 5132/23 од 26.09.2024. године)

Чињеница да називи из пословног имена привредних друштава, тужиоца и туженог, садрже исту реч није довољна да се по тужби тужиоца наложи туженом промена назива, уколико назив туженог посматран у целини не доводи до заблуде релевантног дела потрошача о идентитету друштва у односу на тужиоца.

Из образложења:

Пресудом Привредног суда у Београду одбијен је тужбени захтев којим је тужилац тражио да се обавеже тужени да изврши промену назива привредног друштва (будући да је назив из пословног имена тужиоца (једна реч) садржан у називу из пословног имена туженог (који се састоји од три речи)).

У образложењу своје одлуке првостепени суд наводи да „чињеница да називи привредних друштава садрже исту реч „р...“ није довољна за изрицање туженом налога за промену назива, јер посматран у целини назив туженог није такав да доводи у заблуду о идентитету са друштвом тужиоца“. Другостепени суд уважава примену материјалног права и образложење првостепене пресуде, наводећи да је првостепени суд правилно закључио да у конкретном случају нису учињене повреде из члана 28. става 1. и 2. Закона о привредним друштвима, имајући у виду да „назив туженог није истоветан називу тужиоца, јер у свом називу поред речи „р...“ садржи и реч „t…“, те сагледано свеобухватно, као целина, што неспорно значи да се назив туженог разликује од назива тужиоца“. Другостепени суд надаље образлаже да „за поређење назива привредних друштава битан је општи утисак који називи, свеобухватно, као целина, изазивају код релевантног дела јавности, па је важно ко су потрошачи, ко су конзументи услуга које пружају тужилац и тужени. Део јавности који користи услуге тужиоца и туженог је сужен, а конзумација услуга повремена и без континуитета. Не ради се о производима и услугама које се свакодневно, уобичајено уживају, нити се ради о услугама са веома ниским ценама, због чега би било уобичајено да пажња потрошача у промету буде релативно ниског интензитета“.

7. Сентенца:

(Из пресуде Привредног апелационог суда
1 Пж 3848/23 од 30.05.2024. године)

У поступку по тужби ради утврђења ништавости оснивачког акта привредног друштва пасивно је легитимисано то привредно друштво, а не његов оснивач.

Из образложења:

Предмет спора је утврђење ништавости одлуке о оснивању привредног друштва А... Тужбени захтев, који је усмерен против оснивача тог привредног друштва, првостепено је одбијен, због непостојања пасивне легитимације на страни туженог. Другостепени суд прихвата примену материјалног права и разлоге ожалбене пресуде, наводећи да „Правилно је првостепени суд закључио да је привредно друштво А... д.о.о. активно привредно друштво и као такво располаже страначком способношћу и у таквој ситуацији је пасивно легитимисано у овој парници, а не његов оснивач".

8. Сентенца:

(Из пресуда Привредног суда у Београду 2 П 375/2021
од 15.11.2023. године и Привредног апелационог суда
9 Пж 1341/24 од 03.10.2024. године)

Уговор по којем два или више субјеката удружују своја средства ради реализације одређеног пословног подухвата и остваривања одређеног заједничког пословног циља, представља уговор о конзорцијуму. Члан конзорицијума има право да на основу тог уговора тражи исплату припадајућег дела остварене имовинске користи од другог члана/ова конзорцијума који су наплатили накнаду (корист) из главног посла.

Из образложења:

Првостепени суд је делимично усвојио тужбени захтев тужиоца за исплату потраживања, из следећих одлучних разлога:

„Тужилац тужбу заснива на наводима да су тужилац и тужени основали конзорцијум у циљу закључења Уговора о грађењу са наручиоцем радова,... Београд, те да је договор тужиоца и туженог као чланова конзорцијума била подела добити на пола, при чему је тужени сходно члану 6 Уговора о грађењу након завршених радова

примио од наручиоца целокупан износ уговорене накнаде, а тужиоцу његов део учешћа у добити није исплатио.

Тужени је у току поступка оспорио постојање конзорцијума између странака.

Уговор о конзорцијуму за предмет има уговарање заједничког наступа поводом одређеног пословног подухвата. По својој правној природи, уговор о конзорцијуму јесте уговор о ортаклуку који није регулисан нормама позитивног законодавства, већ се на њега примењују правна правила из параграфа 723 – 758 Српског грађанског законика, на основу члана 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 06. априла 1941. године и за време непријатељске окупације. У складу са параграфом 723 СГЗ ортаклук је уговор којим се два или више лица обавезују да ће заједнички искоришћавати своја добра у циљу постизања имовинске користи и поделе добити.

Није било спорно да тужилац и тужени нису закључили Уговор о конзорцијуму у писаној форми...

У циљу разјашњења спорне чињенице, да ли су тужилац и тужени уговорили конзорцијум суд је одредио извођење доказа саслушањем законских заступника странака и других лица која су учествовала у реализацији Уговора о грађењу.

Искази свих саслушаних лица су сагласни у битном, и у том делу прихваћени, да је тужилац имао потребну радну снагу и опрему за извођење грађевинских радова, док је тужени имао потребан грађевински материјал као и да су пословну сарадњу странака уговорили... испред тужиоца, док је испред туженог, иступао...“.

У жалбеном поступку, другостепени суд прихвата примену материјалног права нижестепеног суда, те одбија жалбу туженог и потврђује првостепену пресуду, наводећи следеће образложење:

„Уговор о конзорцијуму представља привремено удруживање два или више лица, на уговорној основи, ради остварења одређеног заједничког циља. У конкретном случају, уговор о конзорцијуму је акцесоран у односу на главни уговор (уговор о грађењу) јер је тај уговор био сврха због које је конзорцијум формиран. Конзорцијум се и ствара управо зато што одређена лица нису могла самостално да обаве неки подухват. У конкретном случају, носилац конзорцијума био је тужени, па је у складу са овом улогом законски заступник туженог... потписала уговор о грађењу. Тумачењем одредбе члана 6. овог уговора, изводи се закључак да су чланови конзорцијума били изједначени и равноправни с обзиром на то да је уговорено да се у случају

блокаде рачуна туженог, уплата вредности извршених радова изврши на рачун тужиоца. У наведеном смислу, једнака расподела обавеза међу члановима, по својој правној природи водила би ортаклуку. А потписивањем уговора о грађењу, законском заступнику туженог, као носиоцу конзорцијума, не би могло остати непознато да је на тај начин остварена дефинитивна сврха (подела добити), која је била и циљ удруживања лица у конзорцијум“.

Напомена аутора:

Разлозима првостепеног и другостепног суда, са којима сам сагласан, може се додати да удруживање више лица ради остваривања заједничког пословног и економског циља не мора нужно бити правно квалификовано као конзорцијум или ортаклук, већ да ужива правну заштиту и на основу општег правила уговорног права из члана 10. Закона о облигационим односима, према којем су стране у облигационим односима слободне да у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја своје односе уреде по сопственој вољи.

9. Сентенца:

(Из решења Привредног апелационог суда
1 Пвж 340/24 од 20.11.2024. године)

Поступак уписа у судски регистар је ванпарнични поступак у коме се не утврђују чињенице, већ оцењује испуњеност формалних и материјалних услова за захтевани упис. Регистарски суд се не може упуштати у оцену правилности процедуре доношења и садржину одлуке која представља исправу за упис, већ испитује законитост ове исправе само у погледу надлежности за њено доношење и њене сагласности са општим актима субјекта уписа.

Из образложења:

Првостепеним решењем Привредног суда у Београду усвојен је захтев предлагача за промену – брисање уписа у судском регистру у погледу лица овлашћеног за заступање субјекта уписа.

Наведено решење је потврђено у жалбеном поступку.

У образложењу своје одлуке другостепени суд, у погледу жалбених навода да нису били испуњени материјални услови за спровођење предметног уписа, наводи да је „поступак уписа у судски регистар ванпарнични поступак у ком се, имајући у виду његову правну

природу, не утврђују чињенице већ само околности везане за захтевани упис. У поступку оцене испуњености формалних услова регистарски суд ценио је да ли су достављена сва потребна писмена, а све у складу са цитираном одредбом члана 5. став 1. Закона о поступку уписа у судски регистар. У поступку оцене материјално правних услова за извршен упис регистарски суд се не може упуштати у правилност процедуре доношења одлуке која представља исправу за тражени упис, већ регистарски суд испитује само законитост доношења одлуке која представља исправу за упис у погледу надлежности за њено доношење и у погледу њене сагласности са општим актима субјекта уписа. Из наведених разлога регистарски суд не може утицати на садржај одлуке која представља исправу односно основ на основу које се врши упис, регистарски суд је везан садржајем те одлуке и дужан је извршити тражени упис ако је он у сагласности са одлуком на основу које се предметни упис тражи. Уколико учесник у поступку или друга заинтересована страна сматра да је предметна одлука незаконита или неправилна, своја права може остварити употребом правних средстава прописаних одредбом члана 62. Закона о поступку уписа у судски регистар, а која прописује да се може поднети тужба за утврђење да је упис ништав, уколико подносилац сматра да је упис извршен на основу лажне исправе, на основу неистинитих података или исправа издата у незаконито спроведеном поступку“.

10. Сентенца:

(Из пресуде Врховног суда Рев 10830/2024 од 10.10.2024. године)

Стамбена заједница, односно професионални управник стамбене заједнице, као законски заступник, не може поднети тужбу суду уколико претходно није донета одлука скупштине станара о покретању тог спора.

Из образложења:

Тужбом поднетом суду тужилац (стамбена заједница) је тражио да се обавеже тужени да уклони светлећу рекламу фирме са фасаде стамбене зграде и да се туженом забрани да убудуће на фасади стамбене зграде поставља рекламне ознаке. Тужбу је у име стамбене заједнице поднео пуномоћник – адвокат, на основу овлашћења професионалног управника те стамбене заједнице.

Првостепени суд је одбацио тужбу, са образложењем да тужилац није доставио записник из ког произлази да је скупштина станара донела одлуку о покретању спора, што је услов за подношење тужбе, јер у случају губитка спора трошкове поступка солидарно сносе сви станари, због чега је потребна њихова сагласност за покретање поступка.

Наведена одлука је потврђена у жалбеном поступку.

У ревизијском поступку, Врховни суд је заузео становиште да су нижестепене одлуке правилне. Према разлозима ревизијског суда, заснованим тумачењем Закона о парничном поступку и Закона о становању и одржавању зграда „управник – професионални управник је извршни орган што би значило да он у свом раду уопште, па ни када је заступање у питању, није самосталан, већ је његова функција да извршава одлуке другог органа – Скупштине стамбене заједнице. Закон је само прописао надлежности управника и у тај делокруг уврстио и заступање, али у вези чега и на који начин ће управник заступати стамбену заједницу одлучује Скупштина. Зато је управнику – професионалном управнику неопходна одлука скупштине стамбене заједнице, и то не само за подношење тужбе (независно од тога да ли се тужба подноси против трећег лица или неког од станара зграде), већ и за предузимање других радњи у поступку (када је стамбена заједница тужена) за које је чланом 78. ЗПП-а прописано да је заступнику правног лица потребно посебно овлашћење. У одређеним случајевима, професионални управник може подносити тужбу и без посебне одлуке Скупштине стамбене заједнице. Он то може чинити ако би овлашћење за подношење тужбе било садржано у програму одржавања зграде који на предлог управника сваке године усваја Скупштина стамбене заједнице својом одлуком, ако су у том акту предвиђена средства за те намене, као и ако је то предвиђено актом који Скупштина стамбене заједнице може (а не мора) донети – правила о међусобним односима (члан 17. став 3. и 4. Закона). У овом случају, на рочиште које је одржано на основу члана 294. ЗПП-а, тужилац се није позвао на ове акте Скупштине стамбене заједнице који би му давали овлашћења да без њене посебне одлуке поднесе тужбу, нити је Скупштина стамбене заједнице накнадно донела одлуку о подношењу тужбе и тако оснажила ту радњу професионалног управника“.

ИЗВОДИ ИЗ АКТУЕЛНЕ СТЕЧАЈНЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ

др Вук Радовић, LL.M.*

др Марко Радовић**

Увод

Удружење за стечајно право већ ствара традицију са објављивањем актуелне судске праксе из области стечајног права. Аутори у наредним редовима излажу примере, који су по становшту Удружења, значајни за развој стечајног права и судске праксе.

Изнети примери су образложени првенствено уобличавањем сентенце, која представља суштински закључак Удружења за стечајно право о становишту суда презентованом у судској одлуци, а потом је интерпретирана суштина образложења саме одлуке или става суда, уз идентификационе податке о самој одлуци или ставу суда.

Поводом последњег питања изложене су сентенце из одлука првостепеног и другостепеног суда, првенствено због квалитетне аргументације, као и мотивисања научне и стручне јавности на дискусију поводом изнетих ставова у тим одлукама.

---

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду, *vuk@ius.bg.ac.rs*.

* Судија Привредног суда у Београду и доцент на Правном факултету, Универзитета „Унион“, *markoradovic985@yahoo.com*.

1. Сентенца:

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 374/24 од 25.12.2024. године)

Нема места спајању поступака поводом више поднетих предлога за отварање стечајног поступка, већ се сваки предлог испитује посебно.

Из образложења:

Стечајни поступак је по својој природи ванпарнични поступак. Зато нема места сходној примени правила из Закона о парничном поступку у вези са литиспенденцијом, односно правила о одбацивању тужбе која је поднета против истог лица у истој правној ствари, ако је претходно већ поднета тужба са истим захтевом, односно ако је ранија парница већ почела да тече. Због тога нема могућности ни да се споје различити стечајни поступци у ситуацији када је поднето више предлога за покретање стечајног поступка, већ се сваки испитује посебно. Кад се донесе одлука о отварању стечаја остали предлози се одбацују. О овим питањима је дат и одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда од 18. марта 2021. године.

2. Сентенца:

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 226/2025 од 14.08.2025. године)

Мере обезбеђења се одређују у претходном стечајном поступку само ако постоји опасност да ће стечајни дужник отуђити имовину или уништити документацију до отварања стечајног поступка.

Из образложења:

У конкретном случају предлагач није доставио доказе да постоји опасност за отуђење имовине од стране стечајног дужника на штету поверилаца или, пак, да постоји опасност да ће стечајни дужник у претходном стечајном поступку до утврђивања постојања стечајног разлога уништити документацију стечајног дужника или је, пак сакрити, односно учинити недоступном стечајном управнику, правилно је првостепени суд одлучио када је одбио предлог предлагача за одређивање мере обезбеђења, опредељеног уз предлог за покретање стечајног поступка.

3. Сентенца:

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 88/2025 од 11.04.2025. године)

Приликом одлучивања о отварању стечајног поступка суд треба да цени приговор застарелости потраживања предлагача према стечајном дужнику, који је поднео оснивач стечајног дужника или треће заинтересовано лице.

Из образложења:

У поступку по предлогу за отварање стечајног поступка који је поднео поверилац, заступник стечајног дужника није спорио постојање стечајног разлога. Међутим, оснивач стечајног дужника је истакао приговор застарелости потраживања предлагача. Првостепени суд је отворио стечајни поступак, а приговор застарелости није ценио, уз образложење да је истакнут од стране трећег лица.

Привредни апелациони суд налази да се одлука првостепеног суда не може прихватити као правилна. Суд ће у поновном поступку ценити да ли је потраживање предлагача према стечајном дужнику застарело или није, уз примену одредаба Закона о облигационим односима.

4. Сентенца:

(Из решења Привредног суда у Београду Ст 101/2015
од 05.02.2025. године, решења Ст 101/2015 од 17.09.2025. године,
и решења Привредног апелационог суда Пвж 66/2025
од 28.05.2025. године)

О законитости поступања стечајног управника првостепени стечајни судија води рачуна по службеној дужности током трајања читавог стечајног поступка, а не само до решења којим је констатована продаја имовине стечајног дужника у погледу које су уочене неправилности у раду стечајног управника.

Образложење:

У првостепеном поступку, приликом доношења решења Привредног суда у Београду Ст 101/2015 од 05.02.2025. године, утврђено је да је стечајни управник спроводио уновчење имовине непосредном погодбом без претходног спровођења процене вредности имовине и прибављања сагласности одбора поверилаца. Ова продаја констатована је решењима суда и иста су постала правноснажна.

Првостепени суд је, приликом доношења одлуке о разрешењу стечајног управника истакао да се ради о незаконитом поступању стечајног управника, јер је спроводио уновчење имовине без претходне процене њене вредности у стечајном поступку и прибављања сагласности одбора поверилаца. То је један од разлога због којег је донето решење о његовом разрешењу.

У поступку по изјављеној жалби, Привредни апелациони суд је, решењем Пвж 66/2025 од 28.05.2025. године, истакао да нису основани разлози за разрешење стечајног управника то што је стечајни управник уновчавао имовину стечајног дужника без претходног вршења процене и сагласности одбора поверилаца за продају методом непосредне погодбе. Наведено из разлога што након извршених продаја у стечајном поступку и обавештења стечајног управника о исплати цене, стечајни судија врши контролу законитости поступка продаје пазећи по службеној дужности на евентуалну ништавост и доноси решење о констатацији продаје. У конкретном случају решењима је констатована продаја и иста су постала правноснажна, па из наведног произлази да је законитост и правилност спроведеног поступка продаје ценио првостепени суд приликом доношења наведних решења. Притом, против решења о констатацији продаје се може изјавити жалба. Како је то изостало, произлази да су решења о констатацији продаје правилна и законита, па начин на који је спроведен поступак продаје није од утицаја и не може бити основан разлог за разрешење стечајног управника.

У поновном поступку првостепени суд је, решењем Ст 101/2015 од 17.09.2015. године, истакао да суд по службеној дужности води рачуна о законитости поступања стечајног управника током читавог трајања стечајног поступка. У том смислу, чињеница да су решења о констатацији продаје постала правноснажна може утицати искључиво на правну обавезност ових решења. Међутим, то не значи да стечајни судија не може и након њиховог доношења, односно и по њиховој правноснажности, да утврди незаконитост рада стечајног управника у поступку саме продаје. Сходно томе, стечајни судија је овлашћен да стечајног управника разреши и због незаконитих радњи које су имале за последицу доношење правноснажних решења о констатацији продаје.

5. Сентенца:

(Из решења Привредног апелационог суда Пвж 377/24 од 06.02.2025. године)

Након првобитног повлачења предлога за покретање стечаја у складу са Унапред припремљеним планом реорганизације (даље: УППР) не може се дати предност у решавању по новоподнетом УППР-у, уколико је у међувремену поверилац поднео предлог за отварање стечајног поступка.

Из образложења:

Стечајни дужник је у предмету Рео. 15/2023 (стари број: Рео. 1/2023) поднео предлог за покретање стечаја у складу са УППР-ом дана 30. јануара 2023. године, дакле пре него што је било одлучено о предлогу разлучног повериоца за покретање стечајног поступка. Међутим, стечајни дужник је повукао овај предлог, која ситуација се може уподобити ситуацији у којој је предлог за покретање стечајног поступка у складу са УППР-ом одбачен. Након тога, стечајни дужник је поднео нови предлог плана и то након подношења предлога разлучног повериоца за покретање стечајног поступка. У овој ситуацији не може се више дати предност новоподнетом предлогу, већ се у складу са императивном одредбом и члана 158. став 10. Закона о стечају, прво одлучује о предлогу за покретање стечајног поступка који је поднео разлучни поверилац.

6. Сентенца из првостепене и другостепене одлуке:

(Из решења Привредног суда у Београду Ст 41/24 од 04.06.2025. године и решења Привредног апелационог суда Пвж 241/2025 од 10.09.2025. године)

Из одлуке првостепеног суда:

Стечајни судија није дужан да именује лице предложено од стране предлагача -повериоца за стечајног управника, већ је дужан да у образложењу наведе да је предлог размотрио, а именовање управника подлеже искључиво његовој процени да ли је целисходно ангажовати предложеног стечајног управнка или стечајног управника одређеног методом случајног одабира.

Из образложења:

Смисао одредбе члана 20 став 3 Закона о стечају јесте да суд разматра предлог стечајног повериоца за именовање стечајног управ-

ника, ако исти постоји, па на основу своје процене дискрециono одлучује о томе да ли ће именовати предложеног стечајног управника или је у конкретном случају целисходније именовати управника методом случајног одабира.

Суд је става да би чињеничним образлагањем разлога због којих суд није прихватио предлог стечајног повериоца за именовање стечајног управника ушао у чињенична питања која би могла водити потпуном ограничавању дискреционе оцене суда у погледу тога да ли ће именовати стечајног управника означеног у предлогу од стране повериоца - предлагача. Овакво тумачење не би било у складу са обележјем стечајног поступка као хитног поступка у складу са чл. 8 Закона о стечају, нити са улогом стечајног судије у стечајном поступку.

Да је интенција законодавца била да је дужност стечајног судије да именује стечајног управника кога предложи стечајни поверилац - предлагач, законом би било изричито предвиђено да је суд дужан да одреди предложеног стечајног управника, осим ако евентуално не постоје разлози за његово изузеће. Евентуално постојање сукоба интереса било би могуће утврдити тек детаљним истраживањем чињеница због којих стечајни управник не би требало да поступа у конкретном случају, које тумачење није у духу члана 20 став 3 Закона о стечају, који захтева од стечајног судије да у одлуци о именовању стечајног управника наведе да је имао у виду да је поверилац - предлагач предложио одређено лице за стечајног управника, али стечајни судија има право на дискрециону оцену да ли ће именовати то лице за стечајног управника или ће применити метод случајног одабира. У прилог оваквог тумачења говори и став Привредног апелационог суда изражен у „Билтену судске праксе привредних судова“ бр. 3/2024 на страни 161 дат кроз одговор на 19. питање, из ког произлази да када поверилац у предлогу предложи именовање одређеног стечајног управника, па уколико се стечајни управник кога је предложио поверилац, пре самог рочишта за испитивање стечајног разлога изјаснио да не би могао да прихвати дужност из личних разлога, предлагач више нема овлашћење да поново предложи стечајног управника, јер је то могао учинити само у предлогу.

Дакле, не постоји обавеза да предложени стечајни управник буде именован од стране суда („Билтену судске праксе привредних судова“ бр.3/2024, сте. 161 и 162). Суд је само дужан да у својој одлуци наведе да је разматрао и предлог повериоца, али је у оквиру своје дискреционе оцене, коју има само стечајни судија одлучио да за стечајног управника именује лице методом случајног одабира.

У супротном, надлежност за именовање и процена целисходности именовања одређеног лица за стечајног управника била би пребачена на другостепени суд уколико се исти не слаже са тумачењем члана 20 Закона о стечају са провостепеним судом“.

Из другостепене одлуке:

> Суд мора образложити своју одлуку и навести разлоге који су га водили приликом одлучивања да предлог повериоца за именовање стечајног управника прихвати или не, али разлози образложења свакако не могу бити засновани на претпоставкама, односно непровереним подацима или тврдњама.

Из образложења:

Не стоје наводи из образложења побијаног решења да је првостепени суд дужан да у својој одлуци само наведе да је разматрао и предлог повериоца за именовање стечајног управника, будући да се не ради о дискреционој оцени већ о обавези суда да исти предлог размотри. При том, нејасан је навод образложења да би у конкретном случају, у циљу заштите поверења свих поверилаца у поступку стечаја било оправдано именовати стечајног управника методом случајног одабита и да повериоци међусобно могу имати различите интересе, а нарочито предлагач и остали повериоци који нису предложили отварање стечајног поступка.

Из законских одредби произлази да је именовање стечајног управника тзв. аутоматским одабиром правило. Тачно је да стечајни судија није везан предлогом повериоца у смислу да за стечајног управника мора именовати предложено лице под условом из одредбе члана 20. став 3. Закона о стечају и да је у обавези да исти предлог размотри. То даље значи да је у обавези да своју одлуку образложи и да наведе разлоге који су га водили приликом одлучивања да такав предлог прихвати или не, али разлози образложења свакако не могу бити засновани на претпоставкама, односно непровереним подацима или тврдњама.

НАПОМЕНА:

Због квалитета аргументација изнетих у одлукама првостепеног и другостепеног суда, Удружење за стечајно право је одлучило да сентенама образложи обе одлуке, у циљу мотивисања научне и стручне јавности на дискусију поводом изнетих ставова у тим одлукама.

ИЗВОДИ ИЗ АКТУЕЛНЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ ИЗВРШНОГ И ВАНПАРНИЧНОГ ОДЕЉЕЊА ПРИВРЕДНОГ СУДА У БЕОГРАДУ

Душка Масловара*

Увод

Другу годину заредом Удружење за стечајно право објављује актуелну судску праксу коју је прикупило извршно и ванпарнично одељење Привредног суда у Београду. На овај начин се полако ствара традиција објављивања најзанимљивијих одлука овог суда, као и Привредног апелационог суда у овој области.

Изнети примери уобличени су сентенцом, као суштинским становиштем суда заузетим у судској одлуци, а потом је интерпретирана суштина образложења саме одлуке или става суда.

1. Сентенца:

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 161/23 од 10.05.2023. године)

Нема места примени одредбе члана 543. став 7. Закона о привредним друштвима у поступку принудне ликвидације.

Из образложења:

Неосновано се жалбом указује да у конкретном случају има места примени одредбе члана 543. став 7. Закона о привредним друштвима, обзиром да је привредно друштво „ЦД....“, према решењу

* Судија Привредног суда у Београду, *duska.maslovara@bg.pr.sud.rs*.

Агенције за привредне регистре од 14.07.2022. године, брисано у поступку принудне ликвидације, а наведена одредба се односи на друштва која су брисана у поступку редовне, добровољне ликвидације, како то правилно закључује првостепени суд.

Закон о привредним друштвима у свом деветом делу регулише поступак и услове за ликвидацију друштва, где су у тачкама 1. до 5. прописан начин, услови и поступак ликвидације, с тим што се у овом делу закона налази и одредба члана 543. Закона, којом је регулисано окончање ликвидације и одговорност за штету. У претходним тачкама ове главе регулисан је у потпуности поступак доборовољне ликвидације. У овој глави под тачком 6. налазе се услови у разлози и поступак за спровођење принудне ликвидације.

Из тих разлога, ценећи да је нормирањем одредби деветог дела законодавац примену одредбе члана 543. закона предвидео само за редовну ликвидацију, а ценећи правилним закључак првостепеног суда да се одредбе Закона о привредним друштвима које регулишу принудну ликвидацију не упућују на примену одредбе члана 543. Закона о привредним друштвима, исте се и не могу применити на последице брисања друштва из регистра након окончаног поступка принудне ликвидације, обзиром да су последице прописане одредбом члана 548. Закона о привредним друштвима. Из наведених разлога се неосновано жалбом указује да у поступку принудне ликвидације има места примени одредбе члана 543. став 7. Закона о привредним друштвима.

2. Сентенца

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 220/23 од 21.06.2023. године)

Одредбе Закона о задужбинама и фондацијама не прописују могућност да се задужбини или фондацији именује привремени заступник. Према Закону о задужбини и фондацијама једино се у случају ликвидације и стечаја, могу применити одредбе Закона о привредним друштвима.

Из образложења:

Према одредбама Закона о задужбинама и фондацијама сходна примена Закона о привредним друштвима прописана је само у одредби члана 53. Закона, која регулише питање ликвидације и стечаја задужбине и фондације, а која упућује прво на примену закона којим

се уређује ликвидација и стечај удружења, па уколико тим законом нису утврђене ствари од значаја, упућује се на сходну примену одредби којим се уређује ликвидација и стечај привредних друштава. Овај Закон не упућује, сем стечаја и ликвидације, на сходну примену Закона о удружењима. Другостепени суд указује да Закон о привредним друштвима у одредби члана 221 и члана 397 Закона, прописује да се уколико друштво остане без директора, а нови не буде регистрован у року од 30 дана, члан друштва или друго заинтересовано лице могу тражити да су у ванпарничном поступку постави привременог заступника друштва. Ове две одредбе законодавац у Закону о привредним друштвима, није предвидео за све облике привредних друштава, већ само за облике организовања друштва са ограниченом одговорношћу и за акционарско друштво. Наведена могућност именовања привременог заступника није предвиђена нити ортачком друштву, нити командиитном друштву. Из наведеног другостепени суд закључује да се неосновано жалбом указује да у конкретном случају има места сходној примени Закона о привредним друштвима ради попуњавања правне празине, с обзиром на то да Закон о задужбинама и фондацијама није прописао ситуацију када фондација остане без законског заступника. Другостепени суд је мишљења да из наведеног произилази да воља законодавца није била да ни свим облицима привредних друштава пропише ову могућност, а да би одредбе о именовању привременог заступника биле применљиве на фондације и задужбине, морао би Закон о задужбинама и фондацијама упућивати на примену одредби Закона о привредним друштвима.

3. Сентенца

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 278/24 од 18.12.2024. године)

О признању стране судске одлуке примењују се одредбе ванпарничног поступка и то одредбе које се примењују на двостраначки поступак.

Из образложења:

Полазећи превасходно од одредби члана 101. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, намеће се закључак да је нужно да се пружи могућност другој страни у поступку, односно противнику предлагача, да се изјасни о свим околностима, наводима и доказима од значаја за одлучивање о основаности предлога. Како у конкретном случају противник предлагача у тренутку подношења

предлога за признање стране судске одлуке не постоји, с обзиром да је брисан из регистра привредних субјеката дана 11. фебруара 2019. године, то не постоји ни услов који је потребан за двостраначки поступак да се противник предлагача изјасни о свим околностима, наводима и доказима од значаја за одлучивање о основаности предлога.

4. Сентенца

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 147/24 од 20.06.2024. године)

Код предлога за утврђење цене акција у принудном откупу сходно члану 521. став 1. Закона о привредним друштвима, у ситуацији када има више предлагача који имају пуномоћника из реда адвоката, предлагачи немају право на накнаду увећаних трошкова поступка на име заступања више лице јер исто не представља оправдани трошак.

Из образложења:

Предлог за утврђење цене акција у принудном откупу сходно члану 521. став 1. Закона о привредним друштвима може да поднесе сваки акционар, што је неспорно право сваког предлагача, међутим правне последице одлуке и начин поступања по предлогу су исте, када су као предлагачи наведени више акционара или по предлогу у којем је предлагач један акционар, из чега следи да је било код од акционара могао поднети предлог за утврђење цене акција и одлука по његовом предлогу би се односила на све акционаре, што значи да није било нужно у предлогу означити више акционара. Самим тим, увећање не би представљало оправдани трошак који пада на терет противника предлагача.

5. Сентенца

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 210/25 од 23.07.2025. године)

Чињеница да је у време подношења захтева за увид у документа и акта друштва, предлагач био директор противника предлагача, не утиче на његово право да, као оснивач, захтева судским путем увид у документацију друштва, уколико су за то испуњени услови из члана 81. и члана 241-244. Закона о привредним друштвима.

Из образложења:

У жалби се поново истичу наводи да је предлагач био истовремено и законски заступник противника предлагача. Без утицаја је на одлуку питање да ли је дошло до пропуштања предлагача да у својству директора друштва поступи у складу са наведеним законским одредбама и та околност може бити од значаја у неком другом евентуалном поступку, али не доводи до искључења права оснивача да судским путем приступи актима и документима друштва, као то правилно оцењује првостепени суд.

6. Сентенца

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 11/25 од 29.01.2025. године)

Обавезна документа која представљају део финансијског извештаја књиговодствене документације, активно привредно друштво мора да има без обзира у ком формату.

Из образложења:

Основано у делу жалбе предлагач указује да су тражена документа која мора да поседује одређено привредно друштво, имајући у виду да одређена документа мора да се сачињавају ради разрађивања финансијког извештаја и ради које се чине књиговодствену документацију имајући у виду и правилник о садржини и форми образаца финансијских извештаја и садржини форми образаца статистичког извештаја за привредна друштва (задруге и предузетнике), па је сходно законским одредбама одлучио као у ставу другом изреке, имајући у виду да тражена документа под тачком 3,4,5,6 и 8 представљају обавезна документа која представљају део финансијског извештаја књиговодствене документације, активно привредно друштво мора да има без обзира у ком формату.

7. Сентенца

(Из решења Привредног апелационог суда
Пвж 103/25 од 08.05.2025. године)

Одредбом члана 244. Закона о привредним друштвима није искључена примена члана 81. истог Закона, који члан садржи опште одредбе о праву на информисање и праву приступа

актима и документима друштва, које се односе на све правне форме привредних друштава.

Из образложења:

Насупрот жалбеним наводима, првостепени суд је правилно ценио благовременост иницијалног акта у овом поступку и правилно применио одредбу члана 81. Закона о привредним друштвима када је исти одбацио, јер је правилно утврдио да се предлагач дана 13.01.2025. године обратио противнику предлагача ради омогућавања приступа актима и докуметнима, који захтев је противник предлагача примио и исти одбио, о чему је обавсетио предлагача поднеском достављеним путем е-мејла дана 19.01.2025. године.

Како је одредбом члана 81. став 4. Закона прописан рок од 30 дана за подношење предлога надлежном суду да у ванпарничном поступку наложи друштву да му омогући приступ актима и документима друштва, за случај да друштво у року од 8 дана од дана пријема захтева не поступи по истом, то се наведени рок за подношење предлога надлежном суду односи и на друштво са ограниченом одговорношћу, јер одредба члана 244. Закона не прописује други рок нити садржи другачију посебну одредбу о року за подношење предлога која би искључила примену опште одредбе из члана 81. став 4. Закона о привредним друштвима.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Текстови се пишу ћирилицом и по правилу не треба да буду дужи од два ауторска табака. Један табак износи 16 страна од 28 редова са 66 знакова у реду, односно 28.800 знакова, фонт Times New Roman 12.

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводи се у првом реду академска титула, име и презиме аутора, а у другом реду установа у којој је аутор запослен или друга афилијација и звање аутора.

Текст намењен за рубрику „Чланци“ мора да на почетку садржи резиме с основним налазима рада, обима до 20 редова, и до осам кључних речи. На крају текста се налази резиме (*summary*) приближног обима и до осам кључних речи, са насловом рада на енглеском језику. Након текста рада и резимеа на енглеском језику, рад мора да садржи списак коришћене литературе испод одељка под називом Литература.

Цео рад, укључујући и резиме на страном језику, подлежу стручној лектури и анонимним рецензијама.

Наслов чланка се пише на средини, великим словима (верзалом) (фонт 14). Наслови унутар рада се пишу на следећи начин:

- први ниво наслова се пише на средини, великим словима (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима (1., 2., 3., итд.);
- други ниво наслова се пише на средини, прво слово велико, а остала мала (фонт 12) и нумеришу се арапским бројевима (1.1., 1.2., 1.3., итд.);

– трећи ниво наслова се пише на средини, италик словима, прво слово велико, а остала мала (фонт 12) и нумерише се арапским бројевима (1.1.1., 1.1.2., 1.1.3., итд.).

Пример:

1. ПРАВНО УРЕЂЕЊЕ

1.1. Правно уређење у Србији

1.1.1. Закон о привредним друштвима

Радови се предају у електронском облику на адресу: *info@stecajnopravo.rs.*

За објављивање се предају искључиво оригинални радови, који не представљају део објављене монографије или књиге, као и они који нису објављени или понуђени другом часопису. О томе аутор доставља изјаву приликом слања текста Редакцији. У супротном, Редакција задржава право да с аутором прекине сарадњу.

Сваки рад предат за објављивање подлеже двострукој анонимној рецензији.

Редакција задржава право да прилагођава рад општим правилима уређивања часописа и стандарду српског и енглеског језика у погледу правописа и граматике.

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге се наводе на следећи начин: име и презиме аутора, назив курзивом (италик), издавач, место издања, година издања, број стране. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Када се наводи број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., p., pp., ff., dd. и слично). После места издања не ставља се зарез.

Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример: Ивица Јанковец, Привредно право, Службени лист СРЈ, Београд 1999, 35.

Уколико књига има више издања, након назива се наводи издање.

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: Вук Радовић, *Основи стечајног права*, 2. издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2020, 39 фн. 83.

2. Чланци се наводе на следећи начин: име и презиме аутора, отворени наводници, назив чланка курентом – обично, затворени наводници, назив часописа курзивом (италик), број и година, број стране (као и код цитирања књига). Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: Бранко Радуловић, „Унапред припремљени планови реорганизације и проблем негативне селекције“, *Анали Правног факултета у Београду* 3/1995, 65.

3. Уколико постоји више аутора књиге или чланка (до три), њихова имена и презимена раздвајају се зарезом.

Пример: Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Компанијско право – Право привредних субјеката*, 3. издање, Универзитет у Београду – Правни факултет, Београд 2023, 300.

Уколико се цитира књига или чланак са више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице речи *et alia* (*et al.*) курзивом. Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.

Пример: Reinier Kraakman *et al.*, *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3rd Edition, Oxford University Press, New York 2017, 78.

4. Уколико се у раду цитира само један текст одређеног аутора, код поновљеног цитирања тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи само број стране и тачка (без додатака *op. cit.*, нав. дело и сл.).

Пример: С. Петровић, 53.

Уколико се цитира више радова истог аутора, било књига или чланака, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају латинична слова a, b, c, d, итд., после чега следи само број стране.

Пример: С. Петровић (2020), 67.
З. Арсић (2021a), 349; З. Арсић (2021b), 153.

5. Уколико се цитира текст са више страна које су тачно одређене, оне се раздвајају цртицом, после чега следи тачка. Уколи-

ко се цитира више страна које се не одређују тачно, после броја који означава прву страну наводи се „и даље“ с тачком на крају.

Пример: С. Петровић, 53–67.
С. Петровић, 53 и даље.

6. Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница за *ibidem* у курзиву, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора).

Пример: *Ibid*.

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *ibid*., наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају.

Пример: *Ibid*., 69.

7. Када се цитира рад у зборнику радова, после назива зборника који је писан италиком, у загради се наводе имена уредника. Испред имена уредника ставља се скраћеница за ознаку уредника (ур., ed., Hrsg.), а ако има више уредника зборника радова на енглеском језику, назнака пре њихових имена је „eds.“.

Пример: Klaus J. Hopt, „Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron“, *After Enron, Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US* (eds. J. Armour, J. A. McCahery), Oxford (Hart), 2006.

Tobias Hartwig, „§ 119 Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen“, *Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar* (Hrsg. Eberhard Braun), 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2022, 258.

Бранко Радуловић, „Унапред припремљени планови реорганизације у Републици Србији – упоредно правна и емпиријска анализа“, *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније (2013)* (ур. Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, 79-81.

8. Прописи се наводе пуним називом у куренту – обично, потом се курзивом наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања, поново у куренту – обично.

Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати.

Пример: Закон о дигиталној имовини – ЗДИ, *Службени гласник РС*, бр. 153/2020.

Уколико је пропис мењан и допуњаван, наводе се сукцесивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о привредним друштвима – ЗОПД, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

Приликом поновљеног цитирања одређеног прописа наводи се његов пун назив или скраћеница уведена приликом првог цитирања, скраћеница чл., ст., тач. и број одредбе.

Пример: Закон о стечају, чл. 13 или ЗОПД, чл. 250, ст. 2.

9. Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач., а иза броја се не ставља тачка.

Пример: чл. 5, ст. 2, тач. 3 или чл. 5, 6, 9 и 10 или чл. 4–12, итд.

10. Прописи на страном језику се цитирају на следећи начин: назив прописа преведен на српски језик, година објављивања, односно усвајања, напомена о години последње измене прописа, отворена заграда, назив прописа на оригиналном језику курзивом, евентуално скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати, евентуално број службеног гласила у коме је објављен изворни текст прописа, затворена заграда, уобичајена скраћеница за ознаку одредбе Art., §, s. и број одредбе.

Пример: Немачки Трговачки законик из 1897. године са последњим изменама из 2022. године (*Handelsgesetzbuch – HGB*), §29.

Британски Компанијски закон из 2006. године са последњим изменама из 2021. године (*Companies Act*), s. 67.

Директива (ЕУ) 2017/1132 о одређеним аспектима компанијског права из 2017. године, са последњим изменама из 2021. године (Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law – Company Law Directive, *OJ* L 169), Art. 3.

11. Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

12. Латинске и друге стране речи, интернет адресе и сл. се пишу курзивом.

13. Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив организације која је израдила текст (ако постоји), назив цитираног текста, додатне податке о цитираном тексту (ако постоје), адресу интернет странице исписану курзивом, датум приступа страници стављену између заграда, а ако има нумерацију, онда и број странице. Ако је реч о чланку или књизи, онда се цитира као чланак или књига, с том разликом што се на крају додаје адреса интернет странице исписану курзивом и датум приступа страници стављену између заграда.

Пример: U.S. Securities and Exchange Commission, Certificates of Deposit, *https://www.investor.gov/introduction-investing/investing-basics/investment-products/certificates-deposit-cds* (1.2.2023.).

Paul Krüger Andersen *et al*., European Model Company Act (EMCA), 1st Edition, 2017, Nordic & European Company Law Working Paper No. 16-26, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348* (1.2.2023.).

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

347.72/.73

ПОСЛОВНИ изазови / главни и одговорни уредник Вук Радовић. – 2023– . – Београд : Удружење за стечајно право : Универзитет у Београду, Правни факултет, 2023– (Нови Сад : Сајнос). – 24 cm

Годишње.
ISSN 2956-2171 = Пословни изазови
COBISS.SR-ID 116846345