

Godina XVII

2015.

Broj 1

ISSN 1450-7986

UDK 34: 061.1(4)

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Glavni i odgovorni urednik

prof. dr Radovan D. VUKADINOVIĆ

Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac

Izdavač

Udruženje za evropsko pravo
34000 Kragujevac

Redakcija

Miloš Baltić, Aleksandar Ćirić, Duško Lopandić, Miroslav Paunović, Vuk Radović, Maja Stanivuković, Mirko Vasiljević, Slobodan Samardžić, Radovan D. Vukadinović.

Međunarodna redakcija

Steven Blockmans (Holandija), Rajko Knez (Slovenija), Nevenko Misita (Bosna i Hercegovina), Vitomir Popović (Republika Srpska), Zoran Rašović (Crna Gora), Oliver Remien (Nemačka), Siniša Rodin (Hrvatska), Allan Tatham (Engleska), Darko Samardžić (Nemačka), Takis Tridimas (Engleska).

Glavni i odgovorni urednik: Radovan D. Vukadinović

e-mail: radevuk@jura.kg.ac.rs

Zamenik glavnog urednika: Jelena Perović

Urednik: Jelena Vukadinović

Sekretar: Mirjana Glintić

Radovi podležu anonimnoj recenziji. Radovi svrstani u rubriku "članci" se tretiraju kao izvorni naučni radovi, a oni svrstani u rubriku "prilozi", kao stručni radovi.

Časopis izlazi periodično, Tiraž: 300

Štampa: Interprint, Kragujevac.

Predlog za citiranje: REP., XVII(2015) 1. U elektronskom formatu Revija je dostupna na: <http://www.pravo.eu.org/revija-za-evropsko-pravo.html>

Izdavanje ovog broja Revije finansijski podržala Fondacija za otvoreno društvo, Beograd.

Na osnovu mišljenja Ministarstva za nauku i tehnologiju broj 413-00-435/99-01, od 13. 01. 2000. godine, Revija je oslobođena poreza.

REVIJA ZA EVROPSKO PRAVO

Periodični časopis Udruženja za evropsko pravo

Godina XVII

2015.

Broj 1

SADRŽAJ

ČLANCI

Radovan D. Vukadinović	Od ugledanja na jevropske uzore do regionalne harmonizacije - Druga strana medalje	5
Slavko Đorđević	Good Faith Acquisition of Used Motor Vehicles Purchased Abroad - Some Observations and Critical Remarks on Serbian Case Law	27
Vladimir Medović	Reforma institucionalnog okvira za rešavanje sporova u Energetskoj zajednici	43
Jasmina Labudović Stanković	Osiguranje ključne osobe	63
Njegoslav Jović	Regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine karakteristično za pravo Evropske unije	87
Danijela Glušac	Nepravične odredbe i ugovor o osiguranju	99

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Association for European Law

Volume XVII

2015

No. 1

CONTENTS

ARTICLES

Radovan D. Vukadinović	From Emulation of the European Models to Regional Harmonization - The other Side of the coin	5
Slavko Đorđević	Good Faith Acquisition of Used Motor Vehicles Purchased Abroad - Some Observations and Critical Remarks on Serbian Case Law	27
Vladimir Medović	Reform of the Dispute Settlement Mechanism in the Energy Community	43
Jasmina Labudović Stanković	Key Person Insurance	63
Njegoslav Jović	Regional exhaustion of Intellectual property rights which is characteristic of European Union law	87
Danijela Glušac	Unfair clauses and Insurance contract	99

ČLANCI - ARTICLES

Radovan D. Vukadinović*

UDK:340.018:339.923]:340.137(4-672EU)

str. 5-25.

OD UGLEDANJA NA JEVROPEJSKE UZORE DO REGIONALNE HARMONIZACIJE - DRUGA STRANA MEDALJE**

Sažetak

Harmonizacija prava predstavlja složen proces koji izaziva značajne političke, ekonomske i pravne posledice u državi koja je sprovodi. Autor posmatra harmonizaciju prava ne samo kao proces usvajanja rešenja iz prava EU, već i kao deo opšteg procesa "ugledanja" na strane uzore u pravu i kao deo procesa standardizacije. Tako shvaćena, harmonizacija svoje korene vuče iz antičkog perioda i rimskog prava, a bila je sprovedenja i u srednjem veku kroz proces stvaranja novog prava trgovaca. U ovom kontekstu autor navodi uticaj koje je vizantantijsko pravo imalo na srednjevekovno pravo Srbije u toku donošenja Dušanovog zakonika, od 1343. godine, kao i prilikom donošenja Srpskog građanskog zakonika od 1844.

Današnju harmonizaciju koju Srbija sprovodi u sklopu priprema za prijem u EU autor kritički ocenjuje kao neusklađenu sa unutrašnjim očekivanjima i

* Redovni profesor Pravnog fakulteta u Kragujevcu.

** Rad je predstavljen na Međunarodnom naučnom skupu "Odnos prava u regionu i prava Evropske unije, održanom 25. 10. 2014. godine, na Pravnom fakultetu na Palama.

ekonomskim prilikama i kao nesinhronizovanu sa prioritetima koje ima EU u narednom periodu u pogledu prijema novih članica

Ključne reči: EU, harmonizacija, ugledanje, regionalna harmonizacija, uputstva, kodifikacija, pravni transplant, iritanti.

1. Uvodna razmatranja

Harmonizacija kao proces prihvatanja stranih rešenja i njihovo unošenje u unutrašnje propise je regularni postupak koji se u različitim oblicima i pod različitim nazivima koristi od vremena rimskog prava. Tako se može govoriti o harmonizirajućem uticaju ideje prirodnog ili univerzalnog prava na rešenja u rimskom pravu, o recepciji rimskog prava u srednjevekovnim državama, o ugledanju na jevrejske nacionalne kodifikacije od sredine 19. veka, i o savremenim procesima evropeizacije i globalizacije koja se obavljaju harmonizacijom i unifikacijom prava. Međutim, osim po nazivu, ono što ove procese razlikuje u različitim vremenskim razdobljima jesu sredstva i metodi koji se pri tome korišćeni i ciljevi zbog kojih se vršeni. Ono što im je zajedničko jeste uverenje da pravo kao univerzalna vrednost treba da bude jednako za sve ljude, te da razlike koje postoje u nacionalnim pravima same po sebi otežavaju promet imovinskih vrednosti, odnosno robe i usluga. Zavisno od toga kojim motivima je davana prednost, "ugledanje" na strane uzore kroz pozajmljivanje ili recepciju stranih rešenja, kao implantanata, u domaće propise, je opravdavano ili željom za evropeizacijom ili, u poslednje vreme, željom da se ubrza integracija u Evropsku uniju. Ipak, bez obzira na motive, harmonizacija se ne može posmatrati samo kao pravni, već i kao politički proces, opredeljen spremnošću konkretne države da ga sprovede. Kao razlozi podržavanja harmonizacije najčešće se navodi želja za modernizacijom postojećih propisa i uverenje da će se harmonizovanim propisima ubrzati međunarodni promet, koji usporavaju razlike u nacionalnim pravima. Međutim, manje se govori o "drugoj" strani harmonizacije: o neproverenom verovanju da razlike između pravnih sistema same po sebi otežavaju međunarodni promet robe i usluga i predstavljaju prepreku slobodnom prometu i drugo, i da se u ime "viših" interesa oličenih u vesternizaciji ili evropeizaciji žrtvuju nacionalne osobenosti pa čak i pravna sigurnost.

Polazeći od ovih premisa, u radu je u prvom delu prikazan istorijski osvrt na opšte korene harmonizacije, sa posebnim osvrtom na iskustva srednjevekovne i moderne Srbije. U drugom delu su analizirani motivi, očekivanja i do sada ostvareni rezultati u harmonizaciji domaćih propisa sa pravom EU koji se vrši kroz prihvatanje komunitarnih tekovina i sprovođenje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju.

2. Terminološke dileme

U pravnoj i političkoj teoriji¹ se za međusobni uticaj različitih pravnih sistema, koriste brojni termini, kao što su: standardizacija, globalizacija, evropeizacija, unifikacija, usklađivanje, približavanje, konvergencija, ugledanje, recepcija, transpozicija prava ili propisa.² U primarnim i sekundarnim izvorima prava EU se za ono što se u domaćoj teoriji prevodi i razume kao "harmonizacija", koriste izrazi: usklađivanje, približavanje i koordinacija. Termin "usklađivanje" (*harmonization*), se u Lisabonskom Ugovoru o osnivanju Evropske unije (UEU) pominje u članu 45, dok se u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije (UFEU), pominje u sledećim članovima: 2(5), 19(2), 79(4), 83(2), 84, 113, 114(4)(5)(7)(8)(10), 149, 151, 153(2), 165(4), 166(4), 167(5), 168(5), 173(3), 189(2), 191(2), 195(2), 153(2a), 196(2), 197(2), 20(6) i 352(3). O "približavanju prava" (*approximation*) se govori u glavi VII UFEU, koja je naslovljena kao "približavanje" i posebno u trećem delu, čl. 114-115. UFEU. O koordinaciji (*coordination*), uglavnom raznih politika, se govori u članovima 5, 119, 127, 145, 146, 150, 67, 173(2), 168(2), 171(2). UFEU.

Izrazi usklađivanje (*harmonisation*),³ približavanje (*approximation*)⁴ i kordinacija (*coordination*)⁵ se koriste i u tekstu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) na engleskom jeziku (i na ostalim stranim jezicima), ali su prva dva izraza prevedeni kao usklađivanje ili harmonizacija, pri čemu nije određeno značenje

¹ Vid. M. H. Andenæs, M. T. Andenæs, C. B. Andersen, *Theory and Practice of Harmonisation*, Edward Elgar Publishing, 2012, C. Eiden, *Die Rechtsangleichung gemäß Art. 100 des EWG-Vertrages*, 1984, Duncker&Humblot, 15; A. Ihns, *Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung*, Tom 9 knjige *Studien zum öffentlichen Recht, Völker- und Europarecht*, Lang, 2005, 15; K. Riesenhuber, K. Takayama, *Grundlagen, Methoden und Inhalte: Deutsch-Japanische Perspektiven*, Tom 10 knjige *Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht*, Walter de Gruyter, 2006.

² Vid. R. Vukadinović, *Kako usklađivati domaće propise sa pravom Evropske unije*, Kragujevac, 2004.

³ Vid. čl. 61(1): propisi u transportu, čl. 78(2)(b): pravo zaštite potrošača, čl. 92: pravo o odgovornosti za unutrašnju kontrolu i spoljnu računovodstvenu saradnju.

⁴ Vid. čl. 1(d): približavanje zakonodavstva Srbije pravu EU, čl. 59(3): pružanje usluga, naslov IV: približavanje zakona, primena zakona i pravila konkurencije (čl. 72(1), 72(2), 72(3), 72(4), 97: poljoprivreda i agroindustrijski sektor, 99: carine, 116: finansijska saradnja i pomoć – približavanje prava održivog razvoja, smanjenje siromaštva i zaštite okoline, u Protokolu broj 7, član 2 (c)

⁵ Čl. 51(1) pravila o koordinaciji šeme socijalne sigurnosti, čl. 82(2): vize, upravljanje granicama, azil i migracije, čl. 92: prava o odgovornosti za internu i spoljnu računovodstvenu kontrolu, čl. 111, 117, 118,

pojma "harmonizacija." Takvo korišćenje nekih, a naročito, stranih izraza, nije neuobičajeno u domaćoj praksi. Čak je i veliki Ivo Andrić u jednoj od svojih beleški kao primer takvog korišćenja zapisao reč "privreda", koju svi koriste, a da nikada nisu odredili njeno značenje.⁶ Slično je i sa korišćenjem pojma harmonizacija. Samo je u retkim raspravama ukazivano da između njih postoje razlike prema stepenu i intezitetu ostvarene usklađenosti, ali i da je u praksi teško sprovesti razlikovanje.⁷ U radu će se za sve navedene oblike, kao i za unifikaciju koristiti zbirni izraz "standardizacija."

U jezičkom smislu izraz "harmonizacija" je izveden iz imenice grčkog porekla "harmonija", koja ima dva značenja: mitološko i opšte. U grčkoj mitologiji Harmonija je bila boginja sloge i harmonije. Prema jednoj verziji, Harmonija je bila kći boga rata Aresa i boginje ljubavi Afrodite, a prema drugoj, kći boga Zeusa i boginje Elektre. U opštem značenju, "harmonija" (grčki; *harminia*) označava sklad, skladnost, pravilan odnos između delova neke celine, a u muzici, spajanje različitih tonova u skladnu celinu.⁸ Međutim, osim ovog osnovnog i uobičajenog značenja, za boginju Harmoniju se vezuje i druga - tamna strana. Kao Kadmove žena, Harmonija je kao svadbeni dar dobila ogrlicu koju je radio Hefest, a koja onome kod koga je donosi razne nesreće. Prema drugoj verziji, u pitanju je ogrtač "umogućen u zločin."⁹

⁶ I. Andrić, Zlostavljanje, *Izbor pripovedaka 2*, Slovo ljubve, Beograd 1980, 28-29.

⁷ Vid. N. Lochner, Was bedeuten die Begriffe Harmonisierung, Koordinierung und gemeinsame Politik in den Europäischen Verträgen? 118(1962) *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 35, 48. U domaćoj literaturi: R. Vukadinović, Opšta pitanja slobode osnivanja preduzeća i harmonizacije prava trgovačkih društava u okviru EEZ-a. u: Đekić, D. (ur.). *Pravni položaj privrednih organizacija u svojinskom pluralizmu, Pravni život* 1990, 1073-1088; D. Stojanović, Pojam "harmoniziranja", "harmonizacije" i "harmonije" domaćeg prava sa pravom Evropske unije, u: *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo, prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, ured. R. Vukadinović, Kragujevac, 2001, 95-104.

⁸ Iz poslednjeg značenja je izvedena i Nauka o harmoniji ili harmonika, kao nauka o zakonima po kojima se stvaraju i vezuju akordi. Vid. M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd 1980, 990.

⁹ Vid. Wikipedia http://sh.wikipedia.org/wiki/Harmonija_%28mitologija%29 Za Harmoniju se pre svega vezuje mit o ukletoj ogrlici koju je dobila na dan svog venčanja. Kad je Atena podarila Kadmu vlast nad Tebom, Zeus mu je dao Harmoniju za ženu. Njihovoj svadbi prisustvovali su svi bogovi. Kadmo je svojoj supruzi poklonio ogrtač i ogrlicu, koju je dobio ili od Hefesta ili od Evrope. Ova ogrlica, koja se naziva Harmonijinom ogrlicom, donela je

3. Predmet i metod harmonizacije

Harmonizacija, kao "harmonijina" izvedenica i danas, kao ni u doba nastanka mitova, nema jasno ni jedno značenje,¹⁰ niti je ograničena na jedan predmet. Tako se o harmonizaciji može govoriti kao procesu koji se sprovodi u svim oblastima društvenog života sa ciljem da se uspostavi sklad, saglasje ili ravnoteža, podjednako na primer u porodičnim, kao i u poslovnim odnosima. U EU se govori o usklađivanju prava država članica, ali i politika: ekonomske, industrijske, poljoprivredne, konkurencije, zaštite potrošača i slično. Za predmet ovog rada je od značaja samo harmonizacija prava. Harmonizacija prava praktično obuhvata sve grane prava u kojima EU raspolaže prenetim legislativnim nadležnostima, bez obzira da li su u pitanju norme materijalnog ili procesnog karaktera. Tako se govori o harmonizaciji normi građanskog, kompanijskog, radnog ili porodičnog prava, ali i o harmonizaciji krivičnog, krivično procesnog prava, kao i procesnih pravila o zaštiti konkurencije, potrošača i slično.

Što se tiče pravnih sredstava i metoda, oni zavise od oblika ili stepena sprovedene standardizacije. Za pravo EU i pravo trećih država su od značaja dva oblika kojima se sprovodi standardizacija: harmonizacija i unifikacija. Zavisno od oblika ili metoda standardizacije i nivoa i načina sprovođenja, kao sredstva se koriste *instrumenti* tzv. tvrdog i mekog prava: konvencije, komunitarne uredbe i uputstva (direktive), model zakoni, vodiči, preporuke, model ugovori, jednoobrazna pravila i slično. Što se tiče *metoda*, harmonizacija prava u državama članicama sa pravom EU se vrši *neposrednom primenom* komunitarnih uredbi i odgovarajućim *implementiranjem* komunitarnih uputstava ili direktiva (eng.

nesreću svima koji su je posedovali. Prema drugim verzijama mita, Harmonija je ogrlicu dobila od nekog božanstva, možda od Afrodite ili od Atine.

Polinik, koji je nasledio ogrlicu, dao ju je Erifili, i to kao mito da bi nagovorila svog muža, Amijaraja, da krene u pohod protiv Tebe. Preko Alkmeona, sina Erifilinog, ogrlica je došla u ruke Arsinije (koja se u nekim verzijama mita zove Alfesibeja), potom u ruke Fegejevih sinova, Pronoja i Agenora i, na kraju, u ruke Alkmeonovih sinova, Amfotera i Akarnana, koji su je ostavili kao zavetni dar u hramu Atene Pronoje u Delfima.

Drugu verziju mita donosi Higin. Prema njemu, ono što je Harmonijinom potomstvu donelo prokletstvo nija bila ogrlica, već njen ogrtač, "umochen u zločin", koji su Harmoniji dali Hefest i Atena

¹⁰ Vid. D. Stojanović, *n. delo*.

directives, nem. *Richtlinien*).¹¹ Isti proces se u trećim državama sprovodi donošenjem novih ili izmenom postojećih unutrašnjih propisa koji, zavisno od cilja i preuzetih obaveza, sadrže ili ista ili usklađena rešenja. Reč je o propisima iz svih oblasti koje su navedne u SSP-u. *Posredno usklađivanje* unutrašnjih propisa sa pravom EU se vrši usvajanjem međunarodnih instrumenata koje donose tela izvan EU (na primer konvencija ili model zakona) koje su ratifikovale i države članice EU. Međutim, u slučaju međunarodne standardizacije, predmet unifikacije i harmonizacije se razlikuje od onog u EU. Međunarodne organizacije koje se bave univerzalnom standardizacijom, koja se označava i kao globalizacija, su posebno aktivne u oblasti međunarodnog trgovačkog prava.¹² S obzirom da se predmeti standardizacije koja se obavlja na svetskom i na regionalnom nivou, posebno u okviru EU, mogu preklapati, otvara se novo pitanje: kako uskladiti ili harmonizovati tako donete ili predložene instrumente. U ovom momentu već postoji preklapanje između UNIDROIT principa za međunarodne trgovačke ugovore, Bečke konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe i Predloga zajedničkih pravila za evropsku prodaju, a delimično i Principa evropskog ugovornog prava. Iako još nije izražena, valja konstatovati ovu tendenciju kao opasnost da se u narednom periodu "od lišća ne vidi šuma" ili *summa jus summa injuria*. Takvim preklapanjem se može dovesti u pitanje osnovni cilj harmonizacije koja se, bez obzira na nivo sprovođenja, može definisati kao "kombinacija ili usvajanje delova, elemenata ili povezanih stvari, tako da formiraju konzistentnu i sređenu celinu, koji pretpostavljaju 'razlike harmonizovanih predmeta'.¹³

¹¹ I. Seidl-Hohenveldern, 'Rechtsakte der Organe der EWG als Mittel der Angleichung', u: *Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Kölner Schriften zum Europarecht* Band 11, Koeln/Berlin/Bonn/Muenchen 1971, 170, 170.

¹² M. Stanivuković, *Instrumenti unifikacije i harmonizacije prava i njihov odnos prema kolizivnim normama, s posebnim osvrtom na Načela evropskog ugovornog prava u: Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo, prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, ured. R. Vukadinović, Kragujevac 2001, 29-93; L. Mistelis, *Is Harmonisation a Necessary Evil? The Future of Harmonisation and new Sources of International Trade Law*, 3-27. posebno marg. br. 1-026 do 1-039, str. 12-18, u: *Foundation and Perspectives of International Trade Law*, ed. I. Fletcher, L. Mistelis and M. Cremona, London 2001; R. Goode, *Reflections on the Harmonization of Commercial Law*, u: R. Cranston and R. Goode, *Commercial and Consumer Law, National and International Dimensions*, Oxford 1993, 3-27, 7-9; N. Fischer, 'Rechts-Harmonisierung' - Schlagwort oder Rechtsprinzip? - Kritische Anmerkungen zum Prozess der 'Rechts-Angleichung,' *Verbraucher und Recht* 10/2003, 374.

¹³ M. Boodman, *The Myth of Harmonization of Laws*, 39 (1991) *American Journal of Comparative Law*

4. Istorijski koreni harmonizacije

Harmonizaciji kao veštačkim i dirigovanim procesom koji je opredeljen uglavnom političkim i ekonomskim interesima, prethodio je proces tzv. prirodne ili organske unifikacije. Iako ne pod istim nazivom, ovaj proces je bio prisutan u antičkom pravu kroz filozofske ideje o jednakosti svih ljudi i potrebi da u pravilima prirodnog prava svi ljudi budu jednaki ne samo pred bogom, nego i između sebe, što je podrazumevalo da njihov status bude regulisan istim normama. U tom smislu razloge standardizacije treba tražiti u Ciceronovoj ideji da pravo bude "... isto u Rimu i u Atini, (koje će biti) isto danas i sutra, večno i nepromenljivo, jedinstveno za sve nacije i za sva vremena..."¹⁴

Međutim, o savremenoj standardizaciji prava, koja je u početku vršena kroz uticaj nacionalnih kodifikacija na rešenja u pravu drugih država (posebno kroz uticaj francuskog građanskog zakonika), može se govoriti od druge polovine 19. veka.¹⁵ Uticaj koji su u to vreme vršile tzv. velike kodifikacije nije bio uslovljen prethodnim kolonijalnim ili drugim vezama, niti je bio u funkciji uspostavljanja ili održavanja pravne ili ekonomske zavisnosti između država. Vladalo je uverenje da će sama unifikacija privatnog prava doneti "enoromnu korist civilizovanom čovečanstvu."¹⁶ Takvo uverenje je naročito bilo jako između dva svetska rata kad se osnivaju posebne organizacije posvećene teorijskom radu na unifikaciji i harmonizaciji, čiji su protagonisti činili tzv. "republiku naučnika" sa zadatkom da neguju i podstiču naučnu misao o unifikaciji i harmonizaciji prava. Međutim, kako je proces bio uglavnom ograničen na Evropu,¹⁷ ovaj period se označava i kao "prerušeni regionalizam."¹⁸ Druga faza je počela nakon Drugog

699, 700-701.

¹⁴ Citat iz Ciceronove "Res Publice". Navedeno prema: H. P. Kainz, *Natural Law: an Introduction and Re-examination*, *Open Court*, Chicago and La Salle, Illinois, 2004, 11, napomena br. 20

¹⁵ Vid. J. A. E. Faria, *Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?* *Unif. L. Rev/Rev. dr. Unif.* 2009. 6. Dostupno na <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2009-1&2-faria-e.pdf>. Poslednji pristup 25.12. 2014.

¹⁶ Lord Justice Kennedy, *The Unification of Law*, *Journal of the Society of Comparative Legislation*, 10(1909) 212, 214-15.

¹⁷ J. Basedow, *Worldwide Harmonization of Private Law and Regional Economic Integration - General Report*, *Acts of the Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Founding of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT)*, *Unif. L. Rev. / Rev. dr. unif.* 2003, 31, 32.

¹⁸ J. A. E. Faria, 7.

svetskog rata i karakteriše je nastojanje da se nastavi i podstiče univerzalna unifikacija koja ovog puta ne bi bila regionalno ograničena, pa se ovaj period označava i kao period "univerzalizma." U tom cilju su osnovane brojne organizacije, od kojih posebno mesto pripada Komisiji UN za međunarodno trgovinsko pravo (UNCITRAL). Ovaj period pravne harmonizacije karakteriše "interregionalizam."¹⁹

5. Koreni harmonizacije u Srbiji - nihil novi sub sole

Uobičajeno je da se o harmonizaciji prava govori kao procesu uvezenom iz stranog prava i zasnovanog na stranim iskustvima. Pri tome se navodi da se harmonizacija, iako ne pod tim imenom, pominjala i sprovodila već u okviru stvaranja *lex mercatoria*, u srednjem veku, te je ne bi trebalo smatrati novom pojavom, niti pojavom vezanom samo za EU. Kada je reč o srpskom pravu, o korenima harmonizacije se može govoriti, makar to bilo i "delimično tačno" kroz "unifikatorsku ulogu Dušanovog zakonika," od 1349. godine. Ovo se navodi kao delimično tačno, uglavnom zbog toga što namera jedinstvenog Zakonika nije bila da važi u čitavom carstvu.²⁰ Zapravo, Dušanovo zakonodavstvo se može smatrati kao "izraz želje i potrebe za pravnom unifikacijom samo u smeru od Vizantije ka srpskim zemljama."²¹ Jedan smer se odnosio ne samo na prenošenje vizantijskih pravnih normi, već i vizantijske pravne misli.

Kasnije je harmonizacija kroz ugledanje na "jeвроpejske" uzore nastavljena i u vreme nastajanja moderne Srbije, početkom 19. veka, nakon Prvog i Drugog srpskog ustanka.²² O tome svedoče zapisi o stvaranju i konstitucionalizaciji

¹⁹ J. Basedow, *n. delo*, 35.

²⁰ Vid. komentar "Zakonik cara Stefana Dušana u zakonodavstvu srednjevekovne Srbije," objavljen uz prevod Dušanovog zakonika na srpski jezik, str. 8. Prevod i kraći komentar su pod nazivom "Zakonik cara Stefana Dušana" objavili Arhimandrit Metodije, Iguman Svete carske lavre Hilandara i Radomir Radojičić, predsednik Pravoslavnog udruženja "Sveti Sava." Uvodnu studiju i prevod Zakonika na savremeni srpski jezik uradio dr Đorđe Bubalo, urednik Mišo Nikolovski. Tekst je dostupan na <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/djudal/Dusanov%20zakonik.pdf> Podsećanja radi, kodifikatorski i zakonodavni rad je obelodanjen na saboru u Skoplju, na Spasovdan 21. maja 1349. godine.

²¹ Isto.

²² Ali i pre toga. u srednjevekovnoj srpskoj državi, 1219. godine, Rastko Nemanjić (Sv. Sava), sin velikog župana Stefana Nemanje, piše prvi srpski zbornik prava pod nazivom *Nomokanon* (Zakonopravilo), koji je, u stvari, ništa drugo do transplant vizantijskog prava, pre svega Justinijanovih Novella (VI vek) i Prochirona, koji datira iz IX veka. Dakle, posredstvom

Miloševe Srbije. Nakon što je Hatišerifima od 1829. i 1830. godine Srbiji priznato "sovršeno vnutrenje pravlenije", Srbija je krenula putem evropeizacije.²³ Na potrebu pravnog izgrađivanja Srbije *po ugledu* (istakao R: V) na evropske države ukazao je i sam knjaz Miloš²⁴ na Trifunskoj skupštini u obliku državnog programa, konstatacijom da se: "Kod nas (se) sve mora stvarati, nama nedostaju zakoni, finansijska i sudska i upravna sistema....treba da pokažemo obrazovnom svetu da nismo gomila divljih razbojnika, nepodobna da sama sobom upravlja..."²⁵ Ali, već se u ovom Miloševom programu vide različiti ciljevi ondašnjeg "ugledanja" i evropeizacije kao oblika današnje harmonizacije. Miloševo ugledanje na jevropske uzore je imalo za cilj, sa jedne strane, stvaranje moderne (i pravne) države kojom će upravljati narod i Knez.

Već u tom momentu Srbija se, kao i mnogo puta kasnije i po drugim pitanjima, našla na raskrnci i pred dilemom kojim putem da krene prema Evropi: ruskim, austrijskim ili francuskim i kojom brzinom. U pogledu brzine, istoričari navode da je, prema dominantnom mišljenju, iza koga je stajao i Knez, "Srbija (je) trebalo da se evropeše odjednom, donošenjem zakonika."²⁶ Veće dileme i razlike su postojale u pogledu modela koji je trebalo odabrati za ugledanje: između ruskog, austrijskog i francuskog zakona. Ipak, bez obzira na ove dileme, svi su smatrali da tako odabrana rešenja i pravne ustanove moraju odgovarati domaćim uslovima i okolnostima jer, po rečima Dimitrija Davidovića "kako ćeš u Srbiji upotrebiti ono, što je za Engleze ili Francuze, i Nemce i Ruse sastavljeno?. Srbija treba ustojenije svojstveno, i njenim obstojateljstvama, ponjatijama i običajima

Nomokanona, u pravni život Srbije trinaestoga veka su prodrle i neka pravna rešenja poznog Rimskog carstva, odnosno rane Vizantije. Takođe treba istaći da je Nomokanon, pod nazivom *Krmčija* (Krmčaja, Kormčija) dalje presađivan u Rusiji. Neka od tih pravila su se ustalila kao srpski pravni običaji, te se mogu naći i u Dušanovom zakoniku iz 1349. godine (dopunjen 1354. godine), kao i u mnogim znatno poznijim zakonskim tekstovima. M. Đorđević, *Srbijanski Građanski zakonik iz 1844 - Legal Transplants and Serbian Civil Code of 1844*, <http://www.ius.bg.ac.rs/informacije/Miroslav%20Djordjevic%20legal%20Transplants.htm>

²³ M. Pavlović, *Pravna evropeizacija Srbije 1804-1914*, Kragujevac, 2008, str. 32.

²⁴ Kako piše M. Zdravković u "Politici", od 11.12. 2014. godine, knjaz je ovo ime dobio od Joakima Vujića. U jednom pismu iz 1833. godine Joakim Vujić mu je u želji da se što bolje dodovori napisao i sledeće: "Slatki i premili kneže moj. Vi ne treba više da nosite titulu knez. Kneževa je puna Srbija. Vi treba, po ugledu na našu braću Ruse i njihove velikaše, da nosite titulu knjaz. Znači otac moj - ne knez, nego knjaz Miloš."

²⁵ B. Kunibert, *Srpski ustanak i prava vladavina Miloša Obrenovića*, I, 337. Navedeno prema M. Pavlović, *n. delo*, 32.

²⁶ M. Pavlović, *isto*.

shodno, prosto, razumljivo, sa malim troškom skopčano, a zato opet mudro, osnovano, i polezno; dok se pak takovo zavede donde treba dosta mutna Dunava da proteče."²⁷ Kao rezultat ovakvog evropskog usmerenja knjaza Miloša nastao je Srpski građanski zakonik, donet 1844. godine, među prvima u tadašnjoj Evropi²⁸. U njegovom donošenju ugledanje se, i pored upozorenja D. Davidovića, svelo na puko prevođenje austrijskog građanskog zakonika. Bez obzira na sve zamerke koje se mogu staviti prevodiocima²⁹ i odabranom modelu, Zakon će se primenjivati sve do 1946. godine, a neke njegove odredbe i posle toga.

6. Harmonizacija usmerena na usvajanje komunitarnih tekovina (acquis communautaire), kao poseban vid ciljne harmonizacije

Proces harmonizacije je ponovo aktuelizovan opredeljenjem SRJ da nakon potpisivanja Pariskog mirovnog sporazuma ubrza proces integracije sa EU. I pored kontroverzne i još uvek nedovoljno analizirane uloge koju je EU, a posebno uloge koju su imale neke njene vodeće države članice u rastakanju Jugoslavije, nedugo nakon Pariskog mirovnog sporazuma, nova SRJ je svoju privrženost evropskim ciljevima iskazala usvajanjem posebnog zaključka o potrebi harmonizacije domaćeg prava sa pravom EU. U tom cilju Savezna Vlada je već 1996. godine preporučila usklađivanje unutrašnjih propisa sa pravom EU, čime je počelo novo i dugo "putovanje Srbije prema "Jevropi". U odnosu na ranije "ugledanje na jevrejske uzore" novi proces harmonizacije se razlikovao po ciljevima, dinamici i predmetu.

²⁷ Isto, 34.

²⁸ Pre njega su postojala samo tri građanska zakonika: Francuski iz 1804, Austrijski građanski zakonik od 1811, i Holandski iz 1838. godine.

²⁹ Građanski zakonik je dat na prevođenje zemunskom učitelju Georgiju Zaharijadesu, Grku koji nije znao ni srpski, ni nemački jezik. Vuk je za njegov prevod tvrdio da se "ništa ne razumije, a na mnogim mjestima crkao bi čovek od smija čitajući njegov prevod" Navedeno prema M. Pavlović, str. 25. Međutim, i Vuku je pripisavano kako je u redakciji prevoda i sam napravio greške koje su se pamtile do kraja života. Tako je "hipoteku" preveo na srpski kao "apoteka." "Siromah Vuk misli, da se još i sad u Srbiji može Ipoteka za Apateku prevoditi.", pisao je Garašanin Marinoviću 29. juna 1860. Navedeno prema M. Pavlović, 25. I sam Miloš je bio nezadovoljan prevodom o kome je jislilo da je u"s početka i kojekako", ali "posle je sve gore i gore, da ja ne znam ili su ti ljudi, koji su te zakone pisali bili pijani, ili sasvim ljudi!" Slobodan Jovanović: "Jovan Hadžić" (u okviru dela "Političke i pravne rasprave"), Geca Kon, Beograd, 1908. str 72. S Jovanović je pisao da da su ti zakonopisci naši mislili da 'servituti' znače 'ropstvo', a 'hipoteka' - 'apoteku". Slobodan Jovanović: "Jovan Hadžić" (u okviru dela "Političke i pravne rasprave"), Geca Kon, Beograd, 1908. str 71.

U pogledu ciljeva, nova harmonizacija je, na osnovu pomenutog zaključka, i kasnije Rezolucije narodne skupštine o pridruživanju Evropskoj uniji, od 2004. godine,³⁰ usmerena na ispunjavanje tzv. Kopenhagenskih kriterijuma³¹ za prijem u EU, preko sprovođenja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, od 2008. godine.³² Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju Srbija se obavezala da će obaveze iz Sporazuma, pa i "približavanje" domaćih propisa ispuniti u prelaznom periodu koji je jednostrano odredila na šest godina, od potpisivanja Sporazuma. U tom cilju Srbija se pomenutom Rezolucijom u tački 4. obavezala da će usklađivanje zakonodavstva Republike Srbije sa pravnim tekovinama Evropske unije dobiti prioritet u radu Narodne skupštine Republike Srbije, uključujući i uvođenje posebnih procedura za poboljšanje efikasnosti tog procesa.

7. Da li su Harmonijin ogrtač i harmonizacija umočeni u zločin

7.1. Na primeru dinamike sprovođenja SSP

Kojom brzinom i kojim sredstvima će se sprovođiti harmonizacija, zavisi od cilja koji se očekuje da bude ostvaren. Za države članice EU, on je definisan u Osnivačkim ugovorima i postepeno se menjao: počev od uspostavljanja i funkcionisanja zajedničkog i unutrašnjeg tržišta, do monetarne i ekonomske unije. U trećim državama kao što su Srbija i BiH, harmonizacija unutrašnjih propisa se sprovodi uglavnom zbog dva cilja. Prvo, da se u okviru prihvatanja komunitarnih tekovina (*acquis communautaire*) ispuni pravni uslov, kao jedan od tzv. Kopenhagenskih uslova za prijem u EU. Drugo, da se, nezavisno od pridruživanja i eventualnog prijema u EU, domaći pravni sistem učini kompatibilnim drugim pravima kako bi kao takav bio prepoznat, konkurentan i privlačan za strane investitore. U skladu sa takvim ciljevima i očekivanjima, Srbija je u SSP rok za prihvatanje komunitarnih tekovina (za sprovođenje SSP) odredila na šest godina, koji je za neke obaveze, kao što je harmonizacija domaćih

³⁰ Dostupna na http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/eu_integration/RS48-04.pdf

³¹ Reč je o sastanku Evropskog saveta u Kopenhagenu od 1993. godine, European Council in Copenhagen, Conclusions of the Presidency, (21-22 June 1993, SN 180/1/93) 12.

Kasnije na madridskom sastanku Evropskog saveta od 1994. godine dodat je i uslov o delotvornoj primeni komunitarnih tekovina preko administrativnih i sudskih organa. Vid. Commission's official website on the Accession Process: <http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/index_en.htm>.

³² Dostupno na <http://www.seio.gov.rs/dokumenta/sporazumi.193.html>

propisa, počeo da teče od dana potpisivanja Sporazuma (2008. godna), a za druge od dana stupanja na snagu Sporazuma (01.09. 2013. godina).

Kod određivanja dužine roka, treće pridružene države su obično pod pritiskom ili dela političke elite, ili većeg i manjeg broja stanovnika da bude što kraći kako bi se u EU ušlo što pre, po mogućstvu "već sutra" (*Europa zdaj*). U sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju koje je EU zaključila sa državama zapadnog Balkana, ovi rokovi su određeni od šest do 10 godina. Srbija se opredelila da Sporazum sprovede u vrlo kratkom roku od šest godina, između ostalog i zbog navedenih razloga. Poređenja radi, za slične ciljeve pred kojima su se 1957. godine našle države originerni osnivači EEZ, a koji je definisan kao uspostavljanje zajednikog evropskog tržišta, bio je određen rok od 12 godina (od 1958. do 1970. godine). Rok od 10 godina bio je prihvaćen u Evropskim sporazumima koje je EU zaključila sa državama centralne Evrope.

Dobro odmeravanje dužine roka za implementaciju se neposredno odražava na političke, ekonomske i društvene prilike u pridruženoj državi. U političkom smislu, pridružena država se ispunjavanjem preuzetih obaveza u predviđenom roku predstavlja kao kredibilan i pouzdan pregovač i budući partner ili članica. U pravnom smislu, sprovođenjem SSP obezbeđuje se usklađeni unutrašnji pravni sistem sa pravom EU, tzv. spoljna harmonija. Međutim, istovremeno se otvara pitanje tzv. unutrašnje neusklađenosti do koje može doći zbog toga što se ne menjaju i ne usklađuju svi propisi, pa se u primeni usklađenih ili "evropskih propisa" (za čije tumačenje važe posebna pravila) i ostalih domaćih propisa mogu javiti razlike. Takva primena unutrašnji poredak čini nejedinstvenim (jer Ustav ne poznaje pravo EU kao izvor prava), ali i neusklađenim. Stoga je važno da se u roku za implementaciju Sporazuma sinhronizuju i izmene u ostalim domaćim propisima, počev od Ustava do podzakonskih akata. U opštem smislu, značaj dobro određenog roka za implementaciju se manifestuje ne samo kroz odnos i stav političke elite prema integraciji u EU, već i građana. Statistika pokazuje da početno bezrezervno verovanje i boljitak koji donosi EU postepeno opada sa godinama sprovođenja i trenutno je oko polovine stanovnika za ulazak Srbije u EU. U slučaju da zbog "zamora od čekanja" podrška padne ispod polovine stanovnika, može se postaviti pitanje demokratskog legitimiteta procesa harmonizacije kao sastavnog elemeneta pridruživanja. U unutrašnjim odnosima se, ipak, najznačajniji efekti harmonizacije očekuju u ekonomskoj sferi. Krajnji cilj koji se sa stanovišta tzv. Kopenhagenskih uslova želi postići usvajanjem komunitarnih tekovina i harmonizacije jeste uspostavljanje tržišne privrede koja će biti održiva, odnosno sposobna da izdrži konkurenciju na unutrašnjem tržištu EU.

Zbog toga je bilo veoma važno dobro odrediti ne samo ukupnu dužinu, već i u okviru njega dinamiku i redosled ispunjavanja obaveza. Na postepenost u ispunjavanju obaveza iz SSP, upućuju i odredbe člana 72. Sporazuma, u kojima se govori o bavezi Srbije da obezbedi "postepeno usklađivanje postojećih zakona i budućeg zakonodavstva sa pravnim tekovinama Zajednice." Postepenost se može razumeti u dva smisla: u pogledu inteziteta usvojenih rešenja i u pogledu predmeta ili obuhvaćenih oblasti. I u jednom i u drugom slučaju, potrebno je voditi računa da se primenom usklađenih propisa ostvare, sa jedne strane, poželjni finansijski i ekonomski efekti i, sa druge strane, da ispunjenje domaćih obaveza prate korelativne obaveze EU, na primer u pogledu carina ili pristupa na unutrašnje tržište.³³ U suprotnom će nastati efekat asimetrije, kako u toku prelaznog perioda, tako i istekom prelaznog roka. Naime, harmonizaciju treba shvatiti samo kao instrument za ostvarivanje unapred zadatih ciljeva. U konkretnom slučaju, kao sredstvo prijema Srbije u EU. Drugim rečima, pridružene države očekuju da satisfkaciju svake vrste za ispunjene obaveze u toku prelaznog preriada dobiju prijemom u EU. Međutim, pošto je prijem u EU stvar političke odluke, a ne samo ispuenjenosti formalnih uslova, ako prijem izostane ili bude odložen za duže vreme, pridružena država će se naći u stanju asimetrije: da je nešto dala ili žrtvovala za nadanje, tj. da je dala ono što je izvesno radi očekivanja neizvesnog. To će se desiti u slučaju kada pridružena država u potpunosti ispuni svoje obaveze: ukine uvozne carine, omogući slobodu nastanjivanja, maksimalno liberalizuje pristup na svoje tržištu, omogući kupovinu poljoprivrednog zemljišta, a da nije primljena u članstvo. Takav status nečlanice treća država je mogla da obezbedi zaključivanjem sporazuma nižeg nivoa, koji ne podrazumevaju harmonizaciju, niti ispunjavanje drugih kriterijuma za prijem, kao što je sporazum o saradnji. U stanju asimetrije Srbija će verovatno biti u dužem vrmenskom periodu, s obzirom da pitanje proširenja nije u prioritetu novoizabrane Evropske komisije, ali i sa obzirom na krizu u kojoj se već duže vreme nalazi EU.

³³ Obostrano ispunjavanje uslova za uspostavljanje zone slobodne trgovine između pridružene države i država članica EU, kao i prema ostalim pridruženim državama, ima za cilja da pripremi pridruženu državu onim uslovima koji vladaju na unutrašnjem tržištu EU nakon što bude prijemljena u članstvo. Poželjno je da taj period bude što je moguće kraći, kako bi vreme štetnog dejstva asimetrije smanjilo. U praksi je to vreme koliko traju pregovori o prijemu: od otvaranja prvog poglavlja do odluke EU o prijemu.

7.2. Na primeru rezultata harmonizacije

Kao pojava političkog karaktera koja direktno zavisi od političke odluke vladajuće elite da pristupi jednoj ili drugoj regionalnoj organizaciji, uspešnost harmonizacije u slučaju Srbije bi trebao ceniti prema šansama za prijem u EU. Rezultati u tom pogledu su dosta skromni. Ako se uzme da je proces formalne harmonizacije počeo već 1997. godine i da sa manjim prekidama i neizvesnostima traje gotovo dve decenije, a da još nije otvoreno ni jedno od pregovaračkih poglavlja, rezultati se ne mogu oceniti kao zadovoljavajući. Kao olakšavajuće okolnosti može se uzeti činjenica da je u ovom vremenu Srbija vršila i proces privatizacije, kao i reformu političkog i ekonomskog sistema. To je svakako uticalo da se neuobičajeno mnogo vremena potroši do potpisivanja SSP (2008. godine), a i kasnije na rešavanje unutrašnjih političkih pitanja. Dok je Makedoniji i Hrvatskoj od pristupanja procesu stabilizacije i pridruživanja za neophodne pripreme za potpisivanje SSP bilo potrebno oko godinu dana, Srbiji i BiH je za to trebalo osam godina. U slučaju Srbije, razloge tome bi tražiti i u insistiranju EU da prethodno reši svoje odnose, prvo sa Crnom Gorom, a nakon toga sa Kosovom i Metohijom i u zahtevu za potpunom saradnjom sa Haškim tribunalom. I nakon potpisivanja SSP, kao ključno je opet nametnuto političko pitanje odnosa prema samoproglašenoj Republici Kosovo. Tako se proces pridruživanja sveo na rešavanje statusa samoproglašene republike Kosovo. Čak je i otvaranje pregovora uslovljeno otvaranjem poglavlja 35. koje je posvećeno, ako ne formalnom, onda svakako faktičnom priznanju Kosova, kroz "kreativno" tumačenje Briselskih sporazuma, čije samo postojanje narušava jedinstvo unutrašnjeg pravnog poretka Srbije.

Kada je reč o propisima koji su u proteklom periodu doneti kao usklađeni, o njihovoj suštinskoj usklađenosti i delotvornosti ocenu će dati Evropska Komisija u postupku skrininga pred otvaranja pregovora o pojedinim poglavljima.

Sa stanovišta stvaranja "kompatibilnog i prepoznatljivog" pravnog okruženja koji bi bio atraktivan za strane investitore, već sad se može govoriti o potpunom neuspehu harmonizacije. Nakon što je u skladu sa harmonizovanim propisima izvršena privatizacija preko 3000 privrednih subjekata, domaći BDP je i dalje daleko od onog iz 1989. godine, industrijska proizvodnja je opala, stopa nezaposlenosti i spoljne zaduženosti je porasla. Tako se pokazalo da su u rezultate harmonizacije više verovali domaći privredni i politički subjekti, od kojih se neki nazivaju "tajkunima", nego strani investitori. Takvi rezultati otvaraju ozbiljno pitanje gde bi trebalo tražiti uzroke za rezultate tako sprovedene harmonizacije: u pogrešno shvaćenoj ulozi harmonizacije, ili u promenjenoj politici EU. U domaćoj teoriji preovladava više politička, nego

pravnoteorijska ocena samog procesa, pa se uspešnost procesa harmonizacije ceni prema političkim zahtevima i očekivanjima, pod kojima se podrazumevaju očekivanja političke elite, ili se uspešnost meri brojem formalno usklađenih propisa. Ne postoji, međutim, sveobuhvatna ekonomska analiza i ocena dejstva primene tako harmonizovanih propisa, kao i procena troškova izmene postojećih i usvajanja novih propisa.

U poređenju sa rezultatima koje su ostvarile uporedive države Zapadnog Balkana u procesu stabilizacije i pridruživanja, već sad se može konstatovati da je Srbija ostala u drugoj grupi manje uspešnih zemlja, iza Hrvatske i Crne Gore.

8. Poželjnost i opravdanost harmonizacije

S obzirom da se proces harmonizacije sprovodi i u trećim državama i u državama članicama EU, potrebno je razlikovati razloge zbog koji se to čini u jednom i u drugom slučaju.

Kao što je već rečeno, u državama članicama EU harmonizacija se sprovodi sa ciljem da se učini lakšim ostvarivanje u Ugovorima o osnivanju dogovorenihih ciljeva, kao što su uspostavljanje zajedničko tržište, unutrašnjeg tržišta, monetarne i ekonomske unije. Pri tome se kao osnovni razlog harmonizacije privatnog prava, a posebno ugovornog prava, navodi uverenje da razlike koje postoje u nacionalnim pravima same po sebi poskupljuju, otežavaju ili usporavaju prekogranični i intrakomunitarni promet robe i usluga.³⁴

Međutim, u jednom (manjem) delu pravne teorije, kao i u praksi takve pretpostavke se dovode u pitanje kao neproverene.³⁵ U prilog tome govore

³⁴ Vid. *Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, Brussels, 1.7.2010 COM(2010)348 final tačka 3, s. 4. Dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:EN:PDF>
Komentar odgovora na opcije koje su ponuđene u Zelenoj knjizi vid. u: *Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final*, *Rabel Journal of Comparative and International Private Law (RabelsZ)*, Vol. 75, No. 2, pp. 371-438, April 2011, *Max Planck Private Law Research Paper No. 11/2*. Dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1752985

³⁵ Vid. npr. preambulu Rezolucije 2205(XXI) o osnivanju UNCITRALA gde se poziva na "verovanje" da ove razlike konstituišu prepreke za razvoj svetske trgovine. Vid. i Arthur S. Hartkamp, *Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope*, Acts of the Congress to Celebrate the 75th Anniversary of the Founding of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *Unif. L. Rev./Rev. dr. unif.* (2003), 81, 82.

statistički podaci i odgovori pojedinih firmi koje su u sklopu "javne diskusije" konsultovane o poželjnosti harmonizacije ugovornog prava.³⁶ Istraživanja su pokazala da 49% ispitanih smatra da čak i potpuna pravna harmonizacija ne bi uticala na obim prekogranične trgovine, 37% ispitanih smatraju da bi to uticalo na malo povećanje obima, a samo 9% ispitanih veruje da bi to značajno uticalo na povećanje obima trgovine.³⁷ Statistika pokazuje i da se neočekivano veliko broj veletrgovaca uzdržava od prekogranične trgovine (70%) i da bi se u slučaju harmonizacije kompletnog privatnog prava, ovaj procenat smanjio samo na 60%. Drugačije rečeno, navedeni podaci pokazuju relativno mali uticaj postojanja ili nepostojanja harmonizovanih pravila privatnog prava (ugovornog, poreskog, deliktnog, kompanijskog, prava o zaštiti podataka i proizvođačkoj odgovornosti), tj. da ugovorno pravo "igra minornu ulogu i za poslovne ljude i za potrošače."³⁸ U prilog teze da razlike u ugovornom pravu i postojanje različitih pravnih sistema ne predstavljaju same po sebi prepreke trgovini navodi se i činjenica da su one prisutne i u složenim državama, u SAD, između kantonskih provincija ili u trgovini između Engleske i Škotske³⁹.

Sa druge strane, prilikom odlučivanja pristupiti harmonizaciji domaćih propisa mora se imati vidu postojeće iskustvo država članica koje govori da harmonizacija samo jednog broja unutrašnjih propisa dovodi do disharmonije pravnog poretka, povećava pravnu nesigurnost i utiče na organizaciju i rad domaćih sudova. Narušavanju unutrašnje harmonije posebno doprinosi Sud pravde Evropske unije, obavezivanjem nacionalnih sudova da primenjuju načela tzv. "treće generacije"⁴⁰, kao što je princip delotvorne sudske zaštite⁴¹ ili princip

³⁶ Response to the Green Paper of the European Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (COM(2010) 348 final). Dostupno na http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/5_en.pdf

³⁷ Vid. Standard Eurobarometer 57.2 –Flash Eurobarometer 128 (2002), 57.

³⁸ Linklaters Response to the Green Paper of the European Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses (COM(2010) 348 final). Dostupno na http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/229_en.pdf, posebno str. 3. Vid. i Arthur S. Hartkamp, *n. članak*, 82

³⁹ E. McKendrick, *Harmonisation of European Contract Law: The State We Are In*, u: S. Vogenauer and S. Weatherill (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford 2006, 15 i 21

⁴⁰ D. Curtin and K. Mortelmans, *Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script* u: D. Curtin and T. Heukels (eds.),

nacionalne proceduralne autonomije.⁴² Primena ovih principa može zahtevati od domaćih sudova da "preotvare" sudske i upravne predmete koji su prema domaćem pravu smatrani konačnim i pravnosnažnim,⁴³ da *ex nunc* ispita zakonitost nacionalnog naloga o proterivanju pozvajući se na propisa koji su doneti nakon odluke,⁴⁴ da produže rokova zastarelosti mimo rešenja u domaćim pozitivnim propisima, da dosude posebnu štetu koja nije predviđena u domaćim propisima nastalu zbog pogrešnih odluka domaćih sudova i suda poslednje instance u slučaju povrede komunitarnog prava,⁴⁵ da preispituju i odluke koje se prema shvatanju domaćeg javnog poretka prema domaćem pravu ne mogu više preispitivati⁴⁶ i da privremeno odbiju da primene nacionalne propise donete na osnovu komunitarnih propisa do donošenja odluke o njihovoj zakonitosti od strane Suda pravde,⁴⁷ kao i da široko tumače pojam "zainteresovane strane" i uvedu tzv. zaštitne norme (*Schutznormen*).

Osim što može dovesti do unutrašnje disharmonije, prihvatanjem stranih rešenja u postupku harmonizacije menja se nacionalna pravna kultura i pravna svest. Nacionalna prva svest može biti izgrađenoj na načelu savesnosti i poštenja (*Treu*

Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Dordrecht: Nijhoff 1994, 423.

⁴¹ Vid. predmet 222/84 *Johnston* [1986] ECR 1651. Komentar vid. u: R. Vukadinović, *Stvaranje i ostvarivanje i ostvarivanje komunitarnih prava u Evropskoj uniji*, Beograd (Institut za evropske studije) 1998, 222-228.

⁴² Vid. S. Prechal, R. H. Van Ooik, J.H. Jans and K.J.M. Mortlemans, 'Europeanisation' of Law: Consequences for the Dutch Judiciary, dostupno na http://www.google.rs/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCQQFjAA&url=http%3A%2F%2Fdspace.library.uu.nl%2Fbitstream%2Fhandle%2F1874%2F11420%2FOoijk_Rapport%2520Europeanisering%2520-%2520Final.pdf%3Fsequence%3D2&ei=vnuvVPvcF4q2UeHSgdgM&usg=AFQjCNGeppUYoje3OMjCG4V_CWEbGcQm1w&sig2=2uuLQGxYKAWCzsNql-Ccxw&bvm=bv.83339334,d.d24_24.12.2014.

⁴³ Vid. predmet C-453/00, *Kühne & Heitz NV v Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, [2004] ECR I-837.

⁴⁴ C-482/01 i C-493/01, *Georgios Orfanopoulos and Others and Raffaele Oliveri v Land Baden-Württemberg*, [2004] I-5257.

⁴⁵ Vid. predmet C-224/01, *Koebler* [2003] ECR I-10239. Za englesku praksu vid. A. Zuckerman, *Appeal to the High Court against House of Lords decisions on the interpretation of Community law- Damages for judicial error*, *CLJ* 2003.

⁴⁶ Vid. predmet 222/84 *Johnston* [1986] ECR 1651

⁴⁷ Vid. združene predmete C-143/88 and C-92/89 *Zuckerfabrik Soest und Zuckerfabrik Suderdithmarschen* [1991] ECR I-415

und glauben), na načelu dobre vere (*good faith*), ali i na "principima koji su kao osnovni priznati u pravu država članica Evropske unije" (čl. II-7:301 DCFR). Navedene razlike mogu strane uzore i implanatante⁴⁸ učiniti "stranim tkivom" i "iritantima."⁴⁹ Otuda se izražava sumnja da bi pomenuta načela, čak i kada bi bila prihvaćena u svim državama članicama, izgubila jedinstveno značenje različitim tumačenjem od strane nacionalnih sudija.⁵⁰ I razlike u konkretnim rešenjima mogu otežati, pa čak učiniti nemogućim harmonizaciju u pojedinim oblastima.⁵¹

U tom smislu se može zaključiti da uspeh harmonizacije zavisi i od adekvatne pravne "infrastrukture:" odgovarajućih procesno pravnih sredstava zaštite, ali i obučenosti sudija,⁵² koji su razlikuju po pravnom i intelektualnom "mentalitetu."⁵³

9. Iskustva Miloševe Srbije

Da je harmonizacija politički obojeni proces pokazalo je i ugledanje na evropske uzore iz Miloševog vremena. Već na početku izgradnje savremene srpske države, ustanici su i za vreme knjaza Miloša na izbor jednog ili drugog pravnog modela gledali kao na "ulog za poboljšanje svog međunarodnog položaja."⁵⁴ Jedni su smatrali da bi se ugledanjem na ruske zakone iskazala ili odanost prema Rusiji ili bi se i odužili za njenu naklonost i konkretnu pomoć. Drugi su, pak, smatrali da

⁴⁸ Vid. A. Watson, *Legal Transplants*, 2nd edn, University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1993; U. Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, (1994) 14 *International Review of Law and Economics*, 3.

⁴⁹ Kao pokušaj nametanja tuđih rešenja, kroz ugradnju tzv. implantanata, trebalo bi smatrati i pokušaj reformisanja ZOO u BiH, uprkos činjenici da su stara (postojeća) rešenja bila široko potvrđena i prihvaćena i u teoriji i u praksi

⁵⁰ P. Legrand, *Against a European Civil Code* M.L.R. 60(1997)1, 44; H. Eidenmüller, F. Faust, H.C. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner and R. Zimmermann, *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, JZ 2008, 529, 537.

⁵¹ Vid. G. Low, *The (Ir)Relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology* 18(2010) *European Review of Private Law* 285, 287-288. . Kao takve prepreke se navode razlike u opozivnosti i neopozivosti ponude koje postoje između kontinentalni prava i engleskog prava, razlike u obavezujućem i neobavezujućem dejstvu pregovora i obavezi otkrivanja podatka u toku pregovora.

⁵² Ovome u prilog se navodi da je u Nemačkoj pre stupanja na snagu Građanskog zakonika, 1900. godine, prethodno stvoren jedinstveni sudski sistem i proceduralna pravila već 1879. godine.

⁵³ P. Legrand, *Against a European Civil Code*, (1997) 60 *M.L.R.* 44-63.

⁵⁴ M. Pavlović, 16.

bi se recepcijom austrijskih i francuskih zakona izvršila tzv. manifestaciona kupovina (budućeg prijateljstva), kao kupovinom da se za nju čuje.⁵⁵

Čini se da postoji sličnost i između Miloševog pristupa ugledanju na evropske uzore i načina na koji se donose neki od tzv. evropskih propisa (unutrašnjih propisa koji su usklađeni sa pravom EU). Svoju nesklonost i neradost da državu uređuje prema evropejskim uzorima Miloš nije krio, pa je "kao u šali" poručivao Vuku (Karadžiću) "da je bolje vladati i upravljati bez zakona, jer onako se čovek veže za artiju, pa ne može da čini ni zla ni dobra."⁵⁶ O sličnoj nesprenosti se može govoriti i danas. Kako drugačije tumačiti način na koji se sprovodi harmonizacija, ako se u Skupštini donose zakoni, za koje se već u momentu usvajanja zna da se neće primenjivati, ili da se njihova primena odlaže za kraće ili duže vreme.⁵⁷ Razlog mora biti isti, kao u vreme Knjaza Miloša: "da se vlast ne vezuje za artiju" ili da se "bagatelišu" propisi. O pojavi "bagatelisanja zakona," pisano je i na kraju 19. veka. U tom smislu se navodi pismo N. Krstića, u kome je u aprilu 1894. godine zapisao "Mi se još nismo naučili da poštujemo zakone. Mi ne umemo da radimo po onoj značajnoj devizi kneza Mihajla: 'Zakon je najviša volja.' A dok se ne dođe do toga da se zakoni poštuju i da se održavaju u svojoj punoj snazi u svim prilikama i prema svakome, donde je i badava govoriti o zakonitosti..."⁵⁸ Slika sa "izvrtnjem značenja i zakona", kao da se ponavlja pa je i danas najpreča potrebna da "... kako vlada, tako i građani poštuju zakone, te da se ovi izvršuju onako kako glase..." Stoga se kao i danas, 2015. godine, kao i "usred procesa evropeizacije (1877. godine) može pozajmiti ondašnji zaključak o evropeizaciji "Imamo institucije evropske, a nismo spremni da te institucije u istini uvedemo u život, jer nemamo elemenata potrebnih za ovakve institucije."⁵⁹ Međutim, ovoga puta razloge ne bi trebalo tražiti samo u "slaboj pravnoj svesti",

⁵⁵ *Isto*, str. 17.

⁵⁶ M. Pavlović, 22, navodi u tom smislu Lj. Stojanovića, *Život i rad Vuka Stef. Karadžića*, 187, 186, V. S. Karadžić, *Prepiska*, IV, 674; M. Gavrilović, Miloš Obrenović, II, 456.

⁵⁷ Zakon o trgovini, o organskoj proizvodnji, o zaštiti potrošača. Vid <http://www.propisi.com/paznja-pocinje-primena-nekih-od-ranije-donetih-propisa.html> Primera radi nova skupštinska većina (u Republici Srbiji) iz 2014. godine je za prvih sto dana usvojila 31 reformski zakon, ali postoje veliki problemi i kašnjenje u njihovom sprovođenju ili nepotpunoj primeni. Prema nalazu Transparentnosti Srbije umesto institucionalne kontrole postoji partijska kontrola koja s vremena na vreme daje neke rezultate http://www.transparentnost.org.rs/ts_mediji/stampa/2005/02FEBRUAR/1302-05.html

⁵⁸ N. Krstić, *Dnevnik - Javni život*, IV 166. navedeno prema M. Pavlović, 476.

⁵⁹ N. Krstić, *Dnevnik - Javni život*, II, 26, 273 navedeno prema M. Pavlović, 476.

već i u strahu od nepoznatog, u neproverenim pretpostavkama, ali i zbog različitog doživljavanja nekih istorijskih događaja, kao što je NATO agresija, i učešća pojedinih država članica EU u tome.

Zaključak

Iako se proces harmonizacije ili usklađivanja nacionalnih propisa uglavnom vezuje za proces pregovaranja sa Evropskom unijom, njeni koreni i pojavni oblici su mnogo stariji. Ako se ostavi po strani evropeizirajući uticaj rimskog prava, o prvom talasu harmonizacije kao "ugledanju na strane uzore" se može govoriti već od polovine 19. veka kada su u nacionalna prava preuzimana rešenja iz poznatih građanskih i trgovačkih zakonika tog doba, pre svega iz Francuske, a kasnije Nemačke, Austrije i Rusije. I knjaz Miloš je prilikom "evropeizacije" Srbije i njenog prava, zahtevao da se zakonopisci ugledaju na poznate jevropske uzore. Ovaj vid harmonizacije se može označiti kao pojedinačna i neorganizovana harmonizacija u funkciji formiranja i jačanja nacionalnih država. Kasnije je proces "ugledanja" prerastao u proces harmonizacije koji se odvija u okvirima i u granicama regionalnih organizacija, od kojih je najpoznatija EU. Proces regionalne harmonizacije karakterišu unapred zadati ne samo pravni, već pre svega politički ciljevi koje treba ostvariti harmonizacijom, a koji se u slučaju EU svode na prijem treće države u EU. Prpratni efekat takve harmonizacije je "anacionalizacija" ili "evropeizacija" unutrašnjeg prava. Paralelno sa ovakvom, u teritorijalnom i predmetnom pogledu ograničenom i ciljanom harmonizacijom, danas se sprovodi i unuverzalna harmonizacija. Univerzalna harmonizacija nije ograničena na određeni region ili na pojedine predmete, a sprovode je univerzalne međunarodne organizacije donošenjem i preporučivanjem instrumenta tzv. mekog prava, kao što su modeli, vodiči, preporuke, jednoobrazna pravila i slično.

U radu je osnovna pažnja posvećena regionalnoj harmonizaciji koju sprovode pridružene države Evropskoj uniji, kao što je Srbija. Posebno je istaknuto višeznačno dejstvo procesa harmonizacije koje se sastoji ne samo u približavanju nacionalnih prava, već i u negativnom uticaju na jedinstvo unutrašnjeg pravnog sistema, njegovo istorijsko i kulturno nasleđe i osobenosti, čime se smanjuje međusobna konkurencija nacionalnih pravnih sistema.

Radovan Vukadinović, PhD.*

From Emulation of the European Models to Regional Harmonization - The other Side of the coin

Summary

Harmonization of law is a complex process that causes significant political, economic and legal consequences in a country that is implemented. The author considers at harmonisation of law not only as a process of adopting solutions from EU law, but also as part of the overall process, "emulation" on foreign models of law and as part of the process of standardization. Thus understood, harmonisation has its roots in ancient history, Roman law, and was the implemented in the Middle Ages through the process of creating a new law merchant (*lex mercatoria*). In this context, the author states that the impact of Byzantine law had to the law of medieval Serbia during the making of Dushan's Code of 1349, as well as during the making Serbian Civil Code of 1844.

Today's harmonization that Serbia conducts in process of preparation for EU membership is critically assessed as incompatible with the internal expectations and economic circumstances and as no synchronized with the priorities that the EU has in the coming period in respect of admission of new members.

Keywords: EU, harmonization, emulation, regional harmonization, directives, codification, legal transplants, irritants.

* Full Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac.

Slavko Đorđević*

UDK:339.56 UDK:341.932/95

str. 27-41.

GOOD FAITH ACQUISITION OF USED MOTOR VEHICLES PURCHASED ABROAD - SOME OBSERVATIONS AND CRITICAL REMARKS ON SERBIAN CASE LAW

Abstract

In the past decade Serbian courts have discussed several cases in which the main legal issue was whether the Serbian citizen who bought a used motor vehicle with hidden deficiencies from a non-owner (car dealer) in a foreign country acquired the ownership of that vehicle in good faith. In all these cases the courts directly applied Serbian property law, failing to recognize the presence of a foreign element in the legal dispute, i.e. the fact that the purchase and delivery of the vehicle occurred in a foreign country. The appearance of a foreign element in the legal relationship obliges the courts to apply the rules of private international law (i.e. conflict rules) in order to determine which national law (domestic or foreign) shall be applicable to the case. These rules have been ignored by Serbian courts which consequently led to direct application of Serbian rules on good faith acquisition that were more favorable than the rules of the law of a foreign country whose application would had been ordered by Serbian conflict rules. In this paper the author deals with the problem above by analyzing and discussing the Serbian substantial law on good faith acquisition

* Assistant Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac,
slavko.djordjevic77@gmail.com.

of ownership (particularly of motor vehicles), Serbian rules of private international law as well as Serbian case law in this matter.

Keywords: acquisition of ownership in good faith; used motor vehicles; changing the situs of the vehicles; private international law; case law.

1. Introduction

Despite the fact that there are numerous licensed professional merchants (dealers) in Serbia who sell used motor vehicles, Serbian citizens (residents) very often decide to travel to countries of Western Europe (especially to Germany, Austria, France and Switzerland) in order to buy used motor vehicles from foreign dealers and traders. Such an adventure is mainly motivated by their wish to obtain a better position to select a quality used vehicle and thereby avoid paying the "extra" margins to local dealers and importers.¹ Furthermore, Serbian residents are convinced that the risk of being cheated (e.g. by buying a vehicle with reduced mileage, stolen vehicle or vehicle with illegally changed VIN number) is lower when buying a used vehicle from dealers in countries of Western Europe than from local dealers. Therefore, in order to avoid all inconveniences that could arise while purchasing a used vehicle in Serbia, Serbian residents decide to seek a suitable vehicle abroad.²

However, sometimes Serbian residents purchase from Western European professional dealers a used motor vehicle with hidden or less obvious deficiencies (e.g. forged registration certificate, forged VIN number or engine number, etc.) which are discovered after their return to Serbia, usually in customs proceedings or in registration proceedings before Serbian police authorities. Such deficiencies suggest that the vehicle was stolen and police authorities usually decide to seize it. Then a Serbian buyer initiates the civil proceedings against the Serbian police before a Serbian court and requests the return of the vehicle arguing that he has acquired the ownership of the vehicle as a *bona fide* acquirer (i.e. good faith acquirer or acquirer a *non domino*). The cases of this kind were

¹ Trend of traveling abroad in order to buy used vehicles has been the subject of many newspaper's articles. See for example <http://vesti.mojauto.rs/Aktuelne-vesti/360416/Obratite-paznju-Uvoz-automobila-iz-inostranstva>.

² *Ibid.*

handled before Serbian courts on several occasions in the last ten years.³ In each of these cases Serbian courts directly applied the Serbian rules on good faith acquisition, i.e. the rules of Serbian Act on Basis of Ownership and Proprietary Relations⁴ (shortly: Property Law Act - PLA), ignoring the fact that the purchase and delivery of the vehicle occurred in a foreign country. The fact that the purchase and delivery occurred abroad presents a so-called foreign element in a legal dispute which obliges the courts to apply the rules of private international law (i.e. conflict rules).⁵ These rules could have referred to foreign law whose application could have produced the substantial result of a dispute that significantly differs from the result which has been produced by the application of Serbian law (e.g. according to Serbian law the buyer acquires the ownership in good faith, but according to foreign law he does not).

Our observations and critical discussion of the foregoing judicial practice begin with short presentation and analysis of Serbian substantial provisions and case law on good faith acquisition of ownership of motor vehicles (2), continue with discussing private international law issues of acquiring the vehicles abroad (3) and end with critical analysis of Serbian judicial practice, especially the decision of District Court of Novi Sad⁶ where the described problem came to the fore (4).

2. Serbian rules and case law on good faith acquisition of motor vehicles

In Serbian law, similarly to other legal systems worldwide, the *nemo dat quod non habet* rule ("no-one can give what he does not have") protects the true owner of goods and serves as a safeguard of the right of ownership. Specifically this means that a seller cannot transfer ownership of goods to a buyer, if he does not own

³ Presuda Okružnog suda u Novom Sadu (Judgment of District Court of Novi Sad), Gz. 4548/05 07.12.2006, *Pravo, teorija i praksa*, 3-4/2007, p. 64-65; Presuda Okružnog suda u Čačku (Judgment of District Court of Cacak), Gz. 46/04 18.01.2006, *Izbor sudske prakse*, 6/2006, p. 45; Presuda Okružnog suda u Čačku (Judgment of District Court of Cacak), Gz. 1696/07 28.11.2007, *Izbor sudske prakse*, 3/2007, p. 49; Presuda Okružnog suda u Užicu (Judgment of District Court of Uzice), Gz. 1649/06 10.11.2007, *Izbor sudske prakse*, 12/2007, p. 51.

⁴ Act on Basis of Ownership and Proprietary Relations [Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa], *Official Gazette of SFRY*, No. 6/80 and 36/90, *Official Gazette of FR Yugoslavia*, No. 29/96 and *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 115/2005.

⁵ The conflict rules are mandatory rules in Serbian legal system. See T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2007, p. 101-102.

⁶ Presuda Okružnog suda u Novom Sadu (Judgment of District Court of Novi Sad), Gz. 4548/05 07.12.2006, *Pravo, teorija i praksa*, 3-4/2007, p. 64-65.

them or is not entitled to sell them. However, Serbian law provides a general exception to *nemo dat* rule, well-known in civil law systems, to the benefit of the purchaser (acquirer) who was acting in good faith.

It should be stressed out that the good faith acquisition of ownership (i.e. the transfer of ownership by a non-owner) is possible only in tangible movables (goods).⁷ The exceptions are movables, such as airplanes and ships, whose acquisition is impossible without entering in public register which has a constitutional effect. Although the motor vehicles must be registered, they do not fall into this category of movables, because entering in the Serbian register of vehicles and issuance of registration certificate have an administrative character and, therefore, can be acquired in good faith as well.⁸

The rules on good faith acquisition of ownership are contained in Article 31 of Serbian PLA. According to the first paragraph of this article, a person acting in good faith shall acquire the ownership of a tangible movable, provided he acquired it for value by concluding the valid contract transferring the ownership: (a) from a non-owner who was acting in the ordinary course of business (merchant), or (b) from a non-owner, entrusted with the movable by an owner, or (c) on a public sale. The acquisition from a merchant or on a public sale is possible even if the original owner has involuntarily lost possession of movables.⁹ Article 31 (2) PLA stipulates that the previous (original) owner may request the return of the movable by reimbursing the possessor for the market price, only if the movable has a special meaning for him. This request is limited to a period of one year from the day of acquiring the ownership.

As can be seen, Serbian legislator has not defined the notion of "good faith acquirer". Serbian authors¹⁰ draw its meaning from Article 72(2) PLA that contains a general definition of bona fide possessor according to which "*possession of the thing shall be deemed in good faith, if the possessor does not know or may not know that the thing in his possession is not his*". On the basis of this provision, legal doctrine defines "acquirer in good faith" in the following manner: the acquirer acted in good faith if he neither knew nor could reasonably be

⁷ Article 31(1) of Act on Basis of Ownership and Proprietary Relations (Property Law Act).

⁸ N. Planojević, *Sticanje svojine od nevlasnika*, Kragujevac, 2008, p. 160.

⁹ See O. Stanković, M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1996, p. 80.

¹⁰ N. Planojević, *op. cit.*, p. 265; T. Delibašić, *Posebni uslovi sticanja svojine od nevlasnika*, *Sudska praksa*, 3/1996, p. 76.

expected to know that the transferor was not the owner of the movable nor had the authority to transfer the ownership of the movable at the time of the delivery.¹¹ If the acquirer, due to his own gross negligence, was not aware that the transferor was not entitled to dispose of the movable, it should be considered that he did not act in good faith.¹² Consequently, it is presumed that he acted in good faith, until it is proven otherwise.

In the case of purchasing the used vehicle from a non-owner, it is necessary to take into account some specific circumstances in order to determine whether the acquirer acted in good faith. Serbian literature¹³ and judicial practice¹⁴ have clearly pointed out that following circumstances have to be taken into consideration:

(i) *The time and place of the purchase of the vehicle as well the price of the vehicle.* If the time and place were unusual, e.g. in an empty parking lot at midnight, it could be reasonably doubted that the transferor was entitled to sell the vehicle and the acquirer acted in good faith. The same conclusion can be drawn if the purchase price was significantly below the value of the vehicle.¹⁵

(ii) *Checking the registration certificate.* The acquirer must take the registration certificate of the vehicle from the transferor and check whether it contains the

¹¹ *Ibid.*

¹² Gross negligence as degree of culpability is not mentioned in PLA. It is required by Serbian literature and judicial practice (N. Planojević, *op. cit.*, p. 273-276).

¹³ *Ibid.*, p. 277-279; T. Delibašić, Odluke parničnih sudova kojima se vraća vlasniku privremeno oduzeto vozilo - falsifikati dokumentacije i značaj ovih odluka za odluke koje slede u kaznenom postupku (kritički osvrt na sudsku praksu), *Sudska praksa*, 11-12/1994, p. 59.

¹⁴ See Presuda Vrhovnog suda Srbije (Judgment of Supreme Court of Serbia), Prev. 470/03 11.11.2004; Presuda Okružnog suda u Beogradu (Judgment of District Court of Belgrade), Gz. 9424/99; Vrhovni sud Srbije, Rev. 1550/98; Vrhovni sud Srbije (Revision of Supreme Court of Serbia), Rev. 4581/98; Vrhovni sud Srbije, Rev. 688/98; Vrhovni sud Srbije (Revision of Supreme Court of Serbia), Rev. 4634/96; Vrhovni sud Srbije (Revision of Supreme Court of Serbia), Rev. 2584/91; Presuda Okružnog suda u Čačku (Judgment of District Court of Cacak), Gz. 46/04 18.1.2006; Presuda Okružnog suda u Užicu (Judgment of District Court of Uzice), Gz. 1649/06 10.7.2007; Presuda Opštinskog suda u Čačku (Judgment of Municipal Court of Cacak), P. 275/07 7.6.2007; Presuda Okružng suda u Čačku (Judgment of District Court of Cacak), Gz. 1696/07 28.11.2007. (all available: http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.2.%20STVARNO%20PRAVO.pdf, last visited 3 July 2014).

¹⁵ Compare N. Planojević, *op. cit.*, p. 278-279.

transferor's name. If this is not the case and if the transferor is not entitled by the original owner to sell the vehicle, it should be considered that the acquirer was not acting in good faith. Sometimes, the registration certificate is counterfeit. Well-made certificate forgeries are visually identical to the original, sometimes to the smallest details, so that the acquirer is not able, despite his best efforts, to recognize the difference. Therefore, a well-made counterfeit certificate cannot alter his position of acquirer in good faith. However, when forged vehicle certificates are of poorer quality, it may be assumed that the acquirer can spot the difference by simple observation. If he fails to do that, he acts with gross negligence and cannot acquire the vehicle in good faith. The same should apply when the acquirer fails to notice the visible modifications of characters and typing errors in the registration certificate.¹⁶

(iii) *The acquirer must also check whether the engine and VIN numbers correspond to the numbers from the registration certificate.*¹⁷ If he fails to do this, it should be considered that he acts with gross negligence.

Besides acting in good faith, the acquirer must conclude the valid sale contract and obtain the possession of the movable from the transferor (*modus acquirendi*¹⁸). In respect to the acquisition of motor vehicles it is often questioned whether the registration certificate of the vehicle has to be handed over to the acquirer too? Obviously, the handing over of the registration certificate cannot in itself represent the special requirement for acquiring the ownership, but it may have an influence on the determination whether the acquirer acted in good faith.¹⁹

Out of the three situations set out in Art. 31 (1) PLA, which specify the acquisition of the ownership of the movable in good faith, the great attention in Serbian literature and judicial practice (especially in respect to the acquisition of used motor vehicles) is paid to the situation in which the movable has been acquired from a non-owner acting in the ordinary course of business (i.e. a merchant registered for selling movables of same or similar kind). Purchasing the movable from a merchant, the *bona fide* acquirer can become the owner of the

¹⁶ This view was adopted in German judicial practice (see e.g. KG, MDR 2003, 1350; LG München, ZfS 2006, S. 93). It can be also applicable in Serbian property law. See also N. Planojević, *op. cit.*, p. 279.

¹⁷ N. Planojević, *op. cit.*, p. 279.

¹⁸ Article 34 of Act on Basis of Ownership and Proprietary Relations (Property Law Act).

¹⁹ Similar N. Planojević, *op. cit.*, p. 159.

movable notwithstanding whether the original owner of the movable lost it, had it stolen or otherwise taken from him against his will.²⁰

Serbian courts handled numerous cases in which a licensed dealer (i.e. a person or a company selling the vehicles in the ordinary course of business) was involved in an acquisition of ownership of the vehicles. In the past, especially during the nineties, this way of good faith acquisition was often the subject of manipulation and abuse, because it allows the transfer of ownership of stolen or lost vehicles. It happened very often that a person sold a used vehicle with legal deficiencies (e.g. stolen vehicle or vehicle with forged VIN number and/or forged registration certificate) to another person, who was aware of these defects, for a price which was significantly below the value of the vehicle, and thereafter both of them visited a professional dealer with whom a seller concluded a commission agreement and a buyer (acquirer) the sale contract which was actually fictive.²¹ The motive for this arrangement was to provide the application of more favorable rules to secure the acquisition of ownership of a stolen vehicle.²² In many cases of this kind, Serbian courts have succeeded to reveal these attempts of fraud and ruled that the buyer acted in bad faith and the sale contract between the dealer and the buyer was invalid.²³ However, the courts clearly stated that, if the price of the vehicle have been regular (i.e. market price) and the buyer could not have been aware of buying the deficient vehicle from real licensed dealer, he would have acquired the ownership of vehicle in good faith.²⁴

²⁰ It was seen as a triumph of the interest of trade and legal certainty (O. Stanković, M. Orlić, *op. cit.*, p. 80).

²¹ See Okružni sud u Beogradu (Judgment of District Court of Belgrade), Gz. 9424/99; Vrhovni sud Srbije (Revision of Supreme Court of Serbia), Rev. 1550/98; Vrhovni sud Srbije (Revision of Supreme Court of Serbia), Rev. 4581/98; Vrhovni sud Srbije (Revision of Supreme Court of Serbia), Rev. 688/98; Vrhovni sud Srbije, Rev. 4634/96; Presuda Okružnog suda u Užicu (Judgment of District Court of Uzice), Gz. 1649/06 10.7.2007 (http://www.poslovnibiro.rs/files/File/SUDKSA_PRAKSA/3.1.2.%20STVARNO%20PRAVO.pdf, last visited 3 July 2014).

²² See very profound discussion on this matter by N. Planojević, *op. cit.*, pp. 415-418.

²³ See footnote 19.

²⁴ See Vrhovni sud Srbije (Revision of Supreme Court of Serbia), Rev. 4634/96.

3. Purchasing vehicles abroad – application of private international law rules

Comparing Serbian rules on good faith acquisition of movables with the rules of some other legal systems in Europe, such as Germany or Croatia, it can be concluded that the Serbian rules are, to a certain extent, more favorable for *bona fide* acquirer, especially when acquiring the ownership of a movable of which the owner had involuntarily lost possession. § 935 of German BGB²⁵ and Art. 118 (4) of Croatian law on ownership and other proprietary rights²⁶ explicitly prescribe that good faith acquisition of ownership does not occur if the owner lost a movable or if it was stolen or otherwise taken from him against his will. The divergences between legal systems become of great importance in cases with a foreign element where the rules of private international law have to determine which national law shall govern the case. For a *bona fide* acquirer importing a used motor vehicle to Serbia, which he has bought from a professional (licensed) car dealer in a foreign country under circumstances that could indicate that the original owner had involuntarily lost possession of that vehicle, it is important whether the Serbian law or the law of that foreign State governs the good faith acquisition of ownership of such a vehicle.

Therefore, if the purchase and delivery of the vehicle have taken place abroad, the foreign element appears in the case and Serbian court inevitably has to apply the rules of private international law (conflict rules) in order to determine which national law is to be applied to the case.²⁷ Once the applicable national law (foreign or domestic) is determined, it shall govern all conditions for acquiring the ownership of a used vehicle in good faith.

The principle source of private international law in Serbia is the Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of Other States of 1982²⁸

²⁵ Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. Juli 2014 (BGBl. I S. 1218) geändert worden ist.

²⁶ Croatian law on ownership and other proprietary rights, *Narodne novine* (Official Gazette), No. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12.

²⁷ The conflict rules are mandatory rules in Serbian legal system. See T. Varadi *et al.*, *op. cit.*, p. 101-102.

²⁸ Act Concerning the Resolution of Conflicts of Laws with Provisions of Other States [Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja], *Official Gazette SFRY* No. 43/1982. English translation of this Act can be found in D. Babić, C. Jessel-Holst, *Međunarodno privatno*

(Private International Law Act - PIL Act). Art. 18 (1) of the PIL Act contains the basic conflict rule for acquisition, content and loss of rights in rem: "*Relationships relating to ownership and other property rights shall be governed by the law of the place where the property is situated.*" (so-called *lex situs* rule). There are two common exceptions to *lex situs* rule, which are contained in Art. 18 (2) and (3) of the PIL Act: (1) in respect of movables (goods) in transit, the governing law shall be the law of the place of destination and (2) in respect to means of transportation (airplanes and ships) the law of the state of which those means have the nationality.

Unfortunately, Serbian PIL Act has not solved the problem of changing the *situs* of tangible movables (i.e. so-called *conflit mobile* problem) which appears in the cases where a used vehicle has been purchased abroad and moved to Serbia. The solution of this problem is left to the Serbian scholars and judicial practice. It is up to them to determine the moment of time at which the *situs* of a movable is relevant. Serbian authors have discussed the matter several times, while the courts missed several opportunities to finally take the stand on this issue.

The change of the *situs* of a movable (its relocation from one to another country) opens the question of changing the applicable law, i.e. creates a dilemma whether the right *in rem* shall be governed by previous or actual *lex situs*? In principle, this question may be raised in two situations which should be discussed.

In the first situation, a movable in which the right *in rem* was validly acquired in one country (former *situs*) is removed into another country (new/actual *situs*) in which a person who is entitled to such right *in rem* invokes and exercises that right. Is the law of previous or actual *situs* applicable to the content and effects of such right in rem? The problem becomes more difficult if actual (current) *situs* does not know the right *in rem* in question. According to the widely accepted opinion in literature,²⁹ the law of actual *situs* shall be applicable to the content

pravo – zbirka unutarnjih, europskih i međunarodnih propisa, Zagreb: Narodne novine, 2011, p. 4 etc.

²⁹ See for example U. Drobnig, Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market* (eds. U. Drobnig, H. J. Snijders, E. Zippo), München, 2006, p. 105 etc.; M. V. Polak, Recognition, Enforcement and Transformation of Foreign Proprietary Rights – a handful of observation and suggestions, *Divergences of Property Law, an Obstacle to the Internal Market?* (eds. U. Drobnig, H. J. Snijders, E. Zippo), München, 2006, p. 117 etc.; B. von Hoffmann, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., München, 2007, S. 523; J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Tübingen, 2001, S. 526; Morris (authors

and effects of such right *in rem*.³⁰ If the right *in rem* acquired under the law of previous *situs* is unknown to the law of actual *situs* (i.e. it does not fit in its *numerus clausus* of rights *in rem*), it may be recognized and effective in the actual *situs*, provided the law of actual *situs* knows the right *in rem* which is in substance and effects the closest equivalent to the right *in rem* acquired in previous *situs*. This means that it shall be transformed into the closest equivalent right *in rem* of the actual *lex situs*.³¹

In the second situation, a movable is removed from one to another country before all legal facts that are required for the acquisition or cessation of the right *in rem* have occurred. The question is: does the previous or actual *lex situs* govern the acquisition or cessation of right *in rem*? Serbian literature³² supports the widely³³ accepted rule that the acquisition or cessation of right *in rem* shall be governed by the law of the state in which a movable is situated at the time when the last required legal fact on which the acquisition or cessation is based has occurred (i.e. the law of actual *situs*). Thereby, where some legal facts required for acquisition or cessation of right *in rem* took place in one country, it shall be deemed that they also occurred in another country in which the last legal fact required for acquisition or cessation of such right *in rem* has occurred.

In connection with these rules the following question can be raised: How to treat the situation in which all legal facts required for the acquisition of right *in rem* in a movable under the law of actual *situs* have occurred in previous *situs* under whose law they could not produce legal effects? In our view we cannot speak of valid acquisition of right *in rem* in such a situation. Namely, where all the facts that could eventually lead to the acquisition of right *in rem* occurred when a

D. McClean, K. Beevers), *The Conflict of Laws*, 6. ed., London, 2005, p. 409. It is followed by Serbian authors M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991, p. 69; A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 2008, p. 489-490.

³⁰ The same opinion is widespread in Serbian literature. See M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *op. cit.*, p. 69; A. Jakšić, *op. cit.*, p. 489-490; S. Đorđević, *Transpozicija stranih stvarnih prava na pokretnim stvarima prema Nacrtu Zakona o međunarodnom privatnom pravu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1/2013, p. 151.

³¹ See S. Đorđević, *op. cit.*, p. 152 etc.

³² M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *op. cit.*, p. 68; A. Jakšić, *op. cit.*, p. 488, T. Varadi *et al.*, *op. cit.*, p. 362.

³³ See e.g. J. Kropholler, *op. cit.*, S. 527; G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl., München, 2000, S. 668; J. H. C. Morris, *op. cit.*, p. 409.

movable was situated in previous *situs* whose law does not recognize their effects, the right *in rem* cannot be acquired by simple relocation of such a movable to a new *situs* whose law gives a legal effect to those facts.³⁴ The retroactive application of rules of actual *situs* must not be allowed in this situation. Therefore, the law of previous *situs* shall be applied to the case, which means the right *in rem* shall not be acquired. As will be seen in the following section, Serbian courts dealt with these situations in cases involving good faith acquisition of ownership of used vehicles purchased abroad, but they unfortunately came to completely different results.

4. Critical analysis and observation of Serbian judicial practice - the decision of the District Court of Novi Sad

Several court cases on good faith acquisition of used vehicles purchased abroad have been published in Serbian law journals.³⁵ The common characteristic of all these cases is that Serbian courts did not take into account the fact that the purchase and the delivery of a used vehicle occurred abroad. The consequence of ignoring this undisputable fact was non-application of rules of private international law (conflict rules). In this section we analyze the case which was finally decided by District Court of Novi Sad³⁶ in 2006.

At the beginning of 2003 a Serbian citizen from the small town of Sremski Karlovci decided to buy a used mini-van. He contacted his nephew in Munich (Germany) in order to find the suitable vehicle in Germany. Using the Google Search Engine the nephew found a licensed dealer in the German city of Rosenheim who was selling the used "Ford Fiesta Courier" registered in Switzerland. In March 2003 the Serbian citizen traveled to Rosenheim and concluded the sale contract with the professional dealer who handed the vehicle over to him together with the Swiss registration certificate. He drove the vehicle

³⁴ In similar manner T. Varadi *et al.*, *op. cit.*, p. 362.

³⁵ Presuda Okružnog suda u Novom Sadu (Judgment of District Court of Novi Sad), Gz. 4548/05 07.12.2006, *Pravo, teorija i praksa*, 3-4/2007, p. 64-65; Presuda Okružnog suda u Čačku (Judgment of District Court of Cacak), Gz. 46/04 18.01.2006 (2006), *Izbor sudske prakse*, 6/2006, p. 45; Presuda Okružnog suda u Čačku (Judgment of District Court of Cacak), Gz. 1696/07 28.11.2007, *Izbor sudske prakse*, 3/2007, p. 49; Presuda Okružnog suda u Užicu (Judgment of District Court of Uzice), Gz. 1649/06 10.11.2007, *Izbor sudske prakse*, 12/2007, p. 51.

³⁶ Presuda Okružnog suda u Novom Sadu (Judgment of District Court of Novi Sad), Gz. 4548/05 07.12.2006, *Pravo, teorija i praksa*, 3-4/2007, p. 64-65.

back to Serbia, paid customs fees and initiated the registration proceeding before the local police authorities in Sremski Karlovci. Along with the application for registration he submitted the Swiss registration certificate and all the other documents he got from the German dealer. After checking in the Interpol Stolen Motor Vehicle Database and finding out that the vehicle was not reported as stolen, police authorities allowed the registration of the vehicle, which was completed in April 2003. However, a few weeks later the police authorities determined by forensic methods that the Swiss registration certificate was counterfeit and decided to annul the registration and seize the vehicle. Soon after the vehicle was seized, the police forensic experts also found out that the VIN number was not original.

The Serbian citizen brought proceeding against the state (i.e. Serbian police authorities) before the Municipal court of Novi Sad seeking return of the vehicle with an argument that he acquired the ownership of the vehicle in good faith. The municipal court of Novi Sad directly applied the provisions of Art. 31 of PLA to the case and decided that the Serbian resident as good faith acquirer became the owner of the vehicle at the time of the delivery. The defendant (police) lodged the appeal with the District Court of Novi Sad who rejected it and affirmed the judgment of the municipal court.³⁷

As can be seen, Serbian courts (the Municipal Court and District Court of Novi Sad) did not take into account the facts that the acquirer concluded the sale contract and took over the vehicle in Germany. These facts were undisputable and as such represented the foreign elements in the relationship between the acquirer and the transferor which necessarily activate the application of conflict rule in Art 18 PIL Act. Serbian courts were obliged to apply *lex situs* rule in order to determine which national law is applicable to the acquisition of ownership of the vehicle. Considering that the vehicle was removed from Germany to Serbia (i.e. its *situs* was changed), the courts had to recognize the problem of *conflict mobile* and solve it by applying the rules described in the previous section. So, they should have started with locally and worldwide recognized rule that the governing law for the acquisition of ownership is the law of the state in which the movable is situated at the time when the last required legal fact on which the acquisition is based has occurred. After that they should have determined that all legal facts of the case that could be relevant for acquisition of ownership of the

³⁷ *Ibid.*

vehicle (i.e. sale contract and delivery) had occurred when the vehicle was situated in Germany, which doubtlessly leads to the conclusion that German law was applicable to the case. Therefore, Serbian courts were wrong to directly apply the Serbian rules on good faith acquisition.

Could the application of the German law have produced a different substantive result, i.e. that the Serbian resident is not the owner of the vehicle? The answer might be affirmative. According to the German law (§ 932, § 935 BGB), the transferee who acted in good faith becomes the owner even if the movable does not belong to the transferor, provided that the movable has been voluntarily entrusted to the transferor by the owner or his intermediary.³⁸ § 935 (1) BGB explicitly prescribes that good faith acquisition of ownership does not occur if the owner lost the movable or had it stolen or otherwise taken from him against his will. In the presented case, the counterfeit registration certificate of the vehicle and the fake VIN number were the indications that led the police authorities to reasonably suspect that the vehicle was stolen. As Serbian courts directly applied the Serbian law, i.e. Art 31 of PLA, they did not find it necessary to insist on determining the facts which would support the police's assertion that the vehicle was stolen or otherwise involuntarily taken from the original owner. The reason for that was obvious: according to Art 31 (1) PLA, if *bona fide* acquirer purchases the movable from a merchant acting in ordinary course of business, he becomes the owner even if the movable was stolen from the original owner. However, if the courts had applied the conflict rule of Art 18 PIL Act, then the German law would have been applicable to this case and all the circumstances which could indicate that the vehicle was stolen would have been examined. If it had been proven that the vehicle was stolen or otherwise involuntarily taken from the owner, the Serbian resident could not have acquired the ownership of the vehicle, although he acted in good faith.

Applying the Serbian rules on good faith acquisition of ownership without previous application of conflict rule that would rather refer to the German law, the Serbian courts enabled the Serbian resident to acquire the ownership of the vehicle by simple relocation of the vehicle from Germany to Serbia. Direct application of the Serbian law in this case can be described as "retroactive

³⁸ About German law on good faith acquisition of ownership see H. Prütting, *Sachenrecht*, 34. Aufl., München, 2010, S. 180ff.

application" and giving effects to the facts that occurred in previous *situs* (i.e. Germany) as "convalidation". It really should not have happened.

5. Conclusion

The Serbian property law prescribes that *bona fide* acquirer may become the owner of a used vehicle, if he concluded a valid contract transferring the ownership with (a) the non-owner who sells the motor vehicle in the ordinary course of business or (b) the non-owner to whom the vehicle has been entrusted by the owner or (c) on the public sale. Attention should be paid to the situation in which a used vehicle is acquired from a non-owner (merchant) who is registered (licensed) for selling vehicles, because the transfer of ownership to the *bona fide* acquirer in this situation is possible even if the original owner has involuntarily lost possession of the vehicle or it has been stolen from him. In comparison to the rules of some other legal systems in Europe which expressly prescribe that good faith acquisition of stolen or lost movables is forbidden, one can say that the rule of Serbian law is more favorable for *bona fide* acquirer. This advantage of Serbian law may be applied only in the cases that are completely connected to Serbia or where the application of Serbian law is ordered by conflict rule. Therefore, if the case is related to more than one legal system, Serbian courts are obliged to apply the rules of private international law that have yet to determine the applicable national law (Serbian or foreign) whose substantive rules shall finally be applied to all the requirements for good faith acquisition. In the case discussed and criticized in this paper, the Serbian courts failed to apply the conflict rule of Art 18 PIL Act and directly applied the rules of the Serbian law on good faith acquisition which were more favorable than the rules of German law whose application to the case should have been imposed by Serbian private international law (Art. 18 PIL Act). This practice is wrong and must be changed.

Slavko Đorđević*,

Sticanje svojine od nevlasnika na polovnim motornim vozilima pribavljenim u inostranstvu - nekoliko napomena i kritički osvrt na domaću sudsku praksu

Rezime

U poslednjih desetak godina srpski sudovi su u više navrata rešavali sporove o sticanju svojine od nevlasnika na polovnom motornom vozilu koje je pribavljeno u inostranstvu. U svim ovim slučajevima oni nisu uzimali u obzir činjenicu da su se kupovina i predaja vozila u državinu dogodili u inostranstvu, tako da su direktno primenjivali domaće pravo, tj. čl. 31 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa (ZOSO), bez prethodnog konsultovanja kolizione norme iz čl. 18 ZRSZ koja je trebalo da pruži odgovor na pitanje koje je pravo merodavno - domaće ili strano. Direktna primena domaćeg prava redovno je favorizovala savesnog sticaoca, s obzirom da su domaća pravila o sticanju svojine od nevlasnika za njega bila povoljnija od pravila stranog prava na koja bi, eventualno, uputila koliziona norma. Stavljajući ovaj problem u središte svojih istraživanja, autor najpre analizira domaća materijalnopravna pravila o sticanju svojine od nevlasnika na pokretnim stvarima, posebno na motornim vozilima (čl. 31 ZOSO). Zatim pažnju posvećuje kolizionom pravilu *lex rei sitae* iz čl. 18 ZRSZ i problemima mobilnih sukoba zakona, uspostavljajući pravila za njihovo rešavanje koje treba primeniti kod sticanja svojine od nevlasnika na motornim vozilima pribavljenim u inostranstvu. Najzad, autor analizira i kritikuje odluku Okružnog suda u Novom Sadu (Presuda Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 4548/05 od 7.12.2006) kojom je rešen spor o sticanju svojine od nevlasnika na motornom vozilu koje je kupljeno i preuzeto u državinu u SR Nemačkoj.

Ključne reči: sticanje svojine od nevlasnika; polovna motorna vozila; *lex rei sitae*; mobilni sukob zakona; sudska praksa

* Docent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu

Vladimir Medović*

UDK: 339.923:620.9(4-672EU); UDK: 341.63
str. 43-62.

REFORMA INSTITUCIONALNOG OKVIRA ZA REŠAVANJE SPOROVA U ENERGETSKOJ ZAJEDNICI

Apstrakt

Energetska zajednica je osnovana međunarodnim ugovorom zaključenim u Atini 2005. godine između Evropske unije i država Jugoistočne Evrope. Osnovni cilj Energetske zajednice je stvaranje integrisanog tržišta za gas i električnu energiju između ugovornih strana. U ovom članku autor razmatra pitanje u kojoj meri postojeći mehanizam za rešavanje sporova odgovara potrebama i ciljevima Energetske zajednice. Po mišljenju autora, postojeći mehanizam se pokazao kao neadekvatan i predstavlja najslabiju tačku u pravnom i institucionalnom sistemu Energetske zajednice. S tim u vezi autor takođe analizira predloge koje je sačinila Grupa na visokom nivou za reformu postojećeg mehanizma koji treba da obezbede puno poštovanje i efikasnu primenu prava Energetske zajednice.

Ključne reči: Energetska zajednica, rešavanje sporova, Ministarski savet, Sekretarijat, Evropska unija.

1. Uvod

Sporovi oko izgradnje gasovoda *Južni tok* i konačno odustajanje od ovog projekta doveli su u žižu pažnje šire, ali i stručne javnosti jednu pomalo zaboravljenu organizaciju čiji je Srbija član od 2006. godine. Naravno, reč je o Energetskoj zajednici. U pitanju je organizacija sa izuzetno ambicioznim ciljem koji predviđa

* Vanredni profesor Fakulteta za ekonomiju i inženjerski menadžment u Novom Sadu.

proširenje unutrašnjeg tržišta Evropske unije za prirodni gas i električnu energiju na prostor Jugoistočne Evrope. Za postizanje ovog cilja Energetska zajednica raspolaže značajnim pravno-stvaralačkim, nadzornim i izvršnim ovlašćenjima. Pravni sistem Energetske zajednice je prevashodno zasnovan na pravnom nasleđu EU u oblasti energetike i zaštite životne sredine koje je prilagođeno potrebama i mogućnosti Energetske zajednice. U tom pogledu bi se moglo reći da je članstvom u Energetskoj zajednici Srbija stekla gotovo ista prava i obaveze u oblasti energetike kao i bilo koja država članica EU. Međutim, već pomenuti sporovi u vezi sa izgradnjom gasovoda *Južni tok* izbacili su na površinu pitanje kakvim pravnim sredstvima Energetska zajednica raspolaže kako bi osigurala punu i pravilnu primenu svojih propisa. Upravo na tom pitanju se pokazala disproporcija između ambicioznih ciljeva Energetske zajednice i njene kompleksne pravne regulative, sa jedne strane, i postojećeg mehanizma za rešavanje sporova. Naime, pokazalo se da Energetska zajednica ne raspolaže efikasnim pravnim mehanizmom i odgovarajućim institucionalnim okvirom koji bi osigurao poštovanje prava Energetske zajednice u svim stranama ugovornicama. Na primeru *Južnog toka* se videlo da Energetska zajednica, osim političkih pritisaka EU kao jedne od strana u ugovoru, nema adekvatnih pravnih instrumenata koji bi joj omogućili da se nosi sa sličnim problemima. To je bio razlog da se u ovom članku pozabavimo pitanjem postojećeg institucionalnog okvira za rešavanje sporova i predlozima za njegovu reformu.

U prvom delu rada osvrnućemo se na ciljeve, nadležnosti Energetske zajednice, osnove njenog pravnog sistema i institucionalni okvir za donošenje odluka. U drugom delu izložićemo postojeća pravila za rešavanje sporova. Treći deo je posvećen postojećim predlozima za reformu institucionalnog okvira za rešavanje sporova koji treba da obezbede efikasnu primenu i poštovanje prava Energetske zajednice.

2. Osnove pravnog i institucionalnog sistema Energetske zajednice

2.1. Ciljevi, zadaci i načela

Energetska zajednica je osnovana međunarodnim ugovorom između Evropske zajednice,¹ sa jedne strane, i sledećih ugovornih strana: Albanije, Bugarske,²

¹ Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 1. decembra 2009. godine Evropska zajednica je prestala da postoji. Njena prava i obaveze je preuzela Evropska unija.

² Bugarska je postala član Evropske unije 1. januara 2007. godine.

Bosne i Hercegovine, Hrvatske,³ Makedonije, Crne Gore, Rumunije,⁴ Srbije i Privremene misije Ujedinjenih nacija na Kosovu u skladu sa Rezolucijom 1244 Saveta bezbednosti UN (Pridružene države), sa druge strane, koji je potpisan u Atini 25. oktobra 2005 godine.⁵ Status posmatrača u Energetskoj zajednici imaju: Norveška, Turska i Jermenija. Ugovor o osnivanju Energetske zajednice je stupio na snagu 1. jula 2006. godine.⁶ Srbija je ratifikovala Ugovor o osnivanju Energetske zajednice 14. jula 2006. godine.⁷

Osnovni cilj Ugovora je stvaranje integrisanog tržišta za prirodni gas i električnu energiju između Evropske unije i Pridruženih država. To podrazumeva uspostavljanje jedinstvenog regulatornog okvira koji, između ostalog, treba da omogući unapređenje sigurnosti snabdevanja gasom kroz razvijanje veza sa kaspijskim, severnoafričkim i bliskoistočnim rezervama gasa.

U Naslovu I Ugovora sadržana su načela na kojima se temelji Zajednica. Slično kao Ugovor o Evropskoj uniji, Ugovor o osnivanju Energetske zajednice propisuje načelo lojalnosti koje obavezuje ugovorne strane da preduzmu sve odgovarajuće mere, bilo opšte ili posebne, kojima će se obezbediti ispunjenje obaveza koje proizilaze iz Ugovora. Ugovorne strane su se takođe obavezale da će omogućiti ispunjenje zadataka Zajednice, kao i da će se uzdržavati od preduzimanja bilo kakvih mera koje bi mogle da ugroze ostvarivanje ciljeva iz Ugovora.⁸ Izričito je zabranjen svaki oblik diskriminacije u pogledu primene Ugovora.⁹

³ Hrvatska je postala član Evropske unije 1. jula 2013. godine.

⁴ Rumunija je postala član Evropske unije 1. januara 2007. godine.

⁵ U međuvremenu još dve države su pristupile Energetskoj zajednici: Moldavija 1. maja 2010. godine i Ukrajina 1. februara 2011. godine. U skladu sa članom 95. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice, bilo koja država članica EU može biti zastupljena u organima Energetske zajednice: Ministarskom savetu, Stalnoj grupi na visokom nivou i Regulatornom odboru u svojstvu učesnika i biće joj dopušteno da učestvuje u diskusijama u ovim organima. To pravo su do danas iskoristile sledeće države članice EU: Austrija, Bugarska, Češka, Hrvatska, Kipar, Francuska, Finska, Nemačka, Grčka, Mađarska, Italija, Holandija, Poljska, Rumunija, Slovačka, Slovenija i Velika Britanija.

⁶ Ugovor je zaključen na period od deset godina, s tim što može biti produžen jednoglasnom odlukom Ministarskog saveta (član 97. Ugovora). Odlukom Ministarskog saveta D/2013/03/MC-EnC od 24. oktobra 2013. rok važenja Ugovora je produžen za deset godina.

⁷ *Sl. glasnik RS*, br. 62/06 od 19. jula 2006. godine.

⁸ Čl. 6. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

⁹ Čl. 7. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

2.2. *Primena pravnog nasleđa EU*

Ugovor predviđa primenu pravnog nasleđa EU u oblastima energetike,¹⁰ zaštite životne sredine,¹¹ konkurencije i obnovljivih izvora energije¹² na teritorijama Pridruženih država. U daljem tekstu koncentrisaćemo se na primenu pravnog nasleđa EU u oblastima energetike i konkurencije, s obzirom da su ove dve oblasti od značaja za predmetnu materiju.

U oblasti konkurencije preuzeta su odgovarajuća pravila iz tadašnjeg Ugovora o osnivanju EZ. Kao nespojivi sa pravilnom primenom Ugovora o osnivanju Energetske zajednice, u meri u kojoj mogu uticati na trgovinu prirodnim gasom i električnom energijom (Mrežna energija) između ugovornih strana, proglašeni su:

1. svi sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i dogovorena praksa, koji kao svoj cilj ili posledicu imaju sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije;
2. zloupotreba dominantnog položaja jednog ili više preduzeća na tržištu između ugovornih strana, u celini ili na njegovom znatnom delu;
3. bilo kakva javna pomoć koja narušava ili pretili da naruši konkurenciju favorizujući određena preduzeća ili određene energetske resurse.¹³

Propisano je da će postupci koji su suprotni navedenim odredbama Ugovora o osnivanju Energetske zajednice biti procenjivani na osnovu kriterijuma koji proizilaze iz primene pravila utvrđenih članovima 101, 102. i 107. Ugovora o funkcionisanju EU.¹⁴ Pridružene države su se obavezale da će u roku od 6 meseci

¹⁰ U oblasti energetike preuzeta su pravila iz Drugog energetskeg paketa EU: Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity, the Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas, the Regulation 1228/2003/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 on conditions for access to the network for cross-border exchanges in electricity. U skladu sa Aneksom I Ugovora za osnivanje Energetske zajednice, rok za primenu Drugog energetskeg paketa iznosio je 12 meseci od stupanja na snagu Ugovora istekao je 1. jula 2007. godine.

¹¹ Vid. čl. 16. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

¹² Vid. čl. 20. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

¹³ Čl. 18. st. 1. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

¹⁴ Čl. 18. st. 2. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

od stupanja Ugovora na snagu primeniti na svoja javna preduzeća načela Ugovora o funkcionisanju EU koja se odnose na poštovanje pravila konkurencije.¹⁵

Preuzeta pravila komunitarnog pravnog nasleđa predstavljaju deo pravnog sistema EU i njihovo pravno dejstvo je određeno pravilima ove organizacije. Imajući u vidu značajne razlike u ustrojstvu EU i Energetske zajednice, predviđeno je da će Energetska zajednica usvojiti mere kojima će prilagoditi pravila pravnog nasleđa EU, uzimajući u obzir institucionalni okvir Ugovora o osnivanju Energetske zajednice i specifičnu situaciju svake od ugovornih strana.¹⁶

Ugovor o osnivanju Energetske zajednice sadrži posebnu odredbu koja reguliše pitanje usklađivanja prava Zajednice sa budućim zakonodavstvom EU. Predviđeno je da Energetska zajednica može preduzeti mere radi primene amandmana na komunitarno pravno nasleđe, u skladu sa razvojem zakonodavstva EU.¹⁷

Evropska unija je 13. jula 2009. godine usvojila tzv. *Treći energetski paket* koji je uneo značajne izmene u oblasti sektora prirodnog gasa i električne energije.¹⁸ Imajući u vidu izvršene izmene u regulativi EU, Ministarski savet Energetske zajednice je 6. oktobra 2011. u Kišnjevu doneo odluku o primeni *Trećeg energetskog paketa*.¹⁹ Rok za primenu *Trećeg energetskog paketa* u Pridruženim državama istekao je 1. januara 2015. godine.

¹⁵ Čl. 19. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

¹⁶ Čl. 24. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

¹⁷ Čl. 25. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

¹⁸ Uputstvo 2009/72/EC Evropskog parlamenta i Saveta o zajedničkim pravilima za unutrašnje tržište električne energije i stavljanju van snage Uputstva 2003/54/EC, Uputstvo 2009/73/EC Evropskog parlamenta i Saveta o zajedničkim pravilima za unutrašnje tržište prirodnog gasa i stavljanju van snage Uputstva 2003/55/EC. Uredba (EC) br. 713/2009 Evropskog parlamenta i Saveta o osnivanju Agencije za saradnju energetskih regulatora, Uredba (EC) br. 714/2009 Evropskog parlamenta i Saveta o uslovima za pristup transportnim mrežama za prekograničnu razmenu električne energije i stavljanju van snage Uredbe (EC) br. 1228/2003 i Uredba (EC) br. 715/2009 Evropskog parlamenta i Saveta o uslovima za pristup transportnim mrežama za prirodni gas i stavljanju van snage Uredbe (EC) br. 1775/2005.

¹⁹ Odluka Ministarskog saveta D/2011/02/MC-En-C: Odluka o primeni Uputstva 2009/72/EC, Uputstva 2009/73/EC, Uredbe (EC) br. 714/2009 i Uredbe (EC) 715/2009 i izmenama članova 11. i 59. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

2.3. Stvaranje jedinstvenog tržišta energije

Ugovor o osnivanju Energetske zajednice predviđa stvaranje unutrašnjeg tržišta energije između Strana (EU i ugovorne strane), bez carina, kvantitativnih ograničenja i mera sa istim dejstvom, na izvoz ili uvoz Mrežne energije. Takođe su zabranjene carinske dažbine fiskalne prirode, odnosno fiskalna diskriminacija.²⁰ U okviru spoljne politike trgovine energijom propisano je da Zajednica može preduzeti mere neophodne za regulisanje uvoza i izvoza Mrežne energije u treće države i iz njih, sa ciljem obezbeđivanja jednakog pristupa na tržišta trećih država i u pogledu osnovnih ekoloških standarda ili radi obezbeđivanja sigurnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta energije.²¹

2.4. Institucionalni okvir Energetske zajednice

Energetska zajednica ima svoj stalni institucionalni okvir. Organi Energetske zajednice su:

- Ministarski savet,
- Stalna grupa na visokom nivou,
- Regulatorni odbor i
- Sekretarijat.

Ministarski savet je najviši organ Zajednice i njegov osnovni zadatak je da osigura ostvarenje ciljeva utvrđenih Ugovorom. U okviru svoje nadležnosti: Ministarski savet donosi opšte političke smernice i usvaja mere.²² Ministarski savet se sastoji od po jednog predstavnika svake ugovorne strane (Pridružene države) i dva predstavnika Evropske unije.²³ Svaka od ugovornih strana vrši predsedavanje Ministarskim savetom u trajanju od 6 meseci, po unapred predviđenom rasporedu. Ministarski savet se sastaje najmanje jednom u 6 meseci, a njegove sastanke priprema Sekretarijat.²⁴ Ministarski savet podnosi

²⁰ Čl. 41. st. 1. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

²¹ Čl. 43. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

²² Čl. 47. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

²³ Čl. 48. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

²⁴ Čl. 50. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

godišnji izveštaj o aktivnostima Zajednice Evropskom parlamentu i parlamentima pridruženih država.²⁵

Stalna grupa na visokom nivou se sastoji od po jednog predstavnika svake ugovorne strane (Pridružene države) i dva predstavnika EU.²⁶ Nadležnost: priprema rad Ministarskog saveta, izveštava Ministarski savet o napretku o ispunjavanju ciljeva Ugovora, preduzima mere kada joj taj zadatak poveri Ministarski savet i raspravlja o razvoju pravnog nasleđa EU na osnovu izveštaja Evropske komisije i dr.²⁷

Regulatorni odbor se sastoji od po jednog predstavnika regulatora za energiju svake od ugovornih strana, u skladu sa relevantnim delovima pravnog nasleđa EU o energetici.²⁸ Evropsku uniju u Regulatornom odboru predstavlja Evropska komisija. Nadležnost: savetuje Ministarski savet ili Stalnu grupu na visokom nivou u vezi sa statutarnim, tehničkim ili regulatornim pitanjima, izdaje preporuke u pogledu prekograničnih sporova u koji je uključeno dva ili više nacionalnih regulatora i preduzima mere koje mu poveri Ministarski savet.²⁹ Regulatorni odbor ima svog predsednika koga bira na period koji odredi sam Regulatorni odbor. Na osnovu Ugovora svojstvo potpredsednika Regulatornog odbora ima Evropska komisija.³⁰ Regulatorni odbor se sastaje u Atini.³¹

Sekretarijat čini Direktor i osoblje koje mu pomaže u radu.³² Direktora svojom odlukom postavlja Ministarski savet.³³ Sekretarijat je nezavisan u vršenju svoje funkcije od ostalih organa Zajednice i strana ugovornica. Dužan je da deluje nepristrasno, u najboljem interesu Zajednice. Ugovorom je izričito propisano da Direktor, ni zaposleni tokom obavljanja svojih dužnosti neće tražiti, niti primati instrukcije od bilo koje strane ugovornice.³⁴ Nadležnost: nadgleda pravilno

²⁵ Čl. 52. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

²⁶ Čl. 54. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

²⁷ Čl. 53. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

²⁸ Čl. 59. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

²⁹ Čl. 58. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³⁰ Čl. 61. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³¹ Čl. 62. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³² Čl. 68. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³³ Čl. 69. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³⁴ Čl. 70. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

izvršenje ugovornih obaveza i podnosi godišnje izveštaje o napretku u primeni pravnog nasleđa Ministarskom savetu.³⁵ Sedište Sekretarijata se nalazi u Beču.³⁶

U vršenju svojih nadležnosti organi Zajednice mogu donositi mere: odluke i preporuke. Odluke imaju pravno obavezujuće dejstvo i u celosti obavezuju one na koje se odnose.³⁷ Sve Strane (EU i ugovorne strane) su obavezne da primene odluke koje se na njih odnose u svojim pravnim sistemima, u roku utvrđenom u odluci.³⁸ Preporuke nemaju obavezujuće dejstvo, ali je predviđeno da će ugovorne strane nastojati da ih u najboljoj nameri izvršavaju.³⁹

2.5. Tumačenje ugovora

Izrazi i pojmovi upotrebljeni u Ugovoru o osnivanju Energetske zajednice, a koji su izvedeni iz prava EU, tumače se u skladu sa stavovima Opšteg suda i Suda pravde EU. Kada takvih stavova nema, Ministarski savet će pružiti smernice za tumačenje odredbi Ugovora.⁴⁰

3. Institucionalni okvir za rešavanje sporova

3.1. Odredbe Ugovora o osnivanju Energetske zajednice o rešavanju sporova

Primarna odgovornost za punu i pravilnu primenu Ugovora i propisa koji su doneti na osnovu njegovih odredbi leži na organima strana iz Ugovora, posebno sudovima. Kao što je već navedeno član 6. Ugovora nalaže Stranama da preduzmu sve potrebne mere kojima će se obezbediti ispunjenje obaveza koje proizilaze iz Ugovora, kao i da se uzdrže od mera koje mogu ugroziti ispunjenje ciljeva Ugovora. Za slučaj da neka od Strana ne ispuni svoje obaveze Ugovor sadrži pravila za rešavanje sporova između Strana u vezi sa ispunjavanjem ugovornih obaveza. Svaka Strana, Sekretarijat ili Regulatorni odbor mogu obavestiti Ministarski savet o tome da neka Strana ne postupa u skladu sa obavezama utvrđenim Ugovorom ili da nije primenila neku odluku koja se na nju odnosi u propisanom roku. Privatna lica mogu podnositi pritužbe

³⁵ Čl. 67. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³⁶ Čl. 72. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³⁷ Čl. 76. st. 2. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³⁸ Čl. 89. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

³⁹ Čl. 76. st. 3. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

⁴⁰ Čl. 94. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

Sekretarijatu o tome da neka Strana ne ispunjava svoje obaveze na osnovu Ugovora.⁴¹ Strana o kojoj je reč može dati svoje primedbe kao odgovor na podneti zahtev ili pritužbu. Odluku o postojanju povrede ugovornih obaveza Ministarski savet donosi:

- prostom većinom, ukoliko se povreda odnosi na Naslov II Ugovora (Proširenje pravnog nasleđa EU);
- dvotrećinskom većinom, ukoliko se povreda odnosi na Naslov III Ugovora (Mehanizam za funkcionisanje tržišta Mrežne energije);
- jednoglasno, ukoliko se povreda odnosi na Naslov IV Ugovora (Uspostavljanje jedinstvenog tržišta energije).⁴²

U slučaju ozbiljnog i trajnog povređivanja ugovornih obaveza Ugovor predviđa mogućnost suspenzije određenih prava Strane koja vrši povredu. Na predlog svake ugovorne strane, Regulatornog odbora ili Sekretarijata, Ministarski savet može jednoglasno utvrditi da neka Strana ozbiljno i trajno povređuje svoje ugovorne obaveze i toj strani može suspendovati određena prava koja ima na osnovu Ugovora, uključujući suspenziju glasačkih prava, isključivanje sa sastanaka ili iz mehanizama predviđenih Ugovorom.⁴³

Prilikom donošenja odluka o utvrđivanju povrede obaveza iz Ugovora i suspenziji određenih članskih prava Ministarski savet ne uzima u obzir glas predstavnika Strane na koju se odluka odnosi.⁴⁴

3.2. Postupak za rešavanje sporova

Detaljnije odredbe o rešavanju sporova sadržane su u Pravilima postupka za rešavanje sporova (Pravila postupka) koje je usvojio Ministarski savet Energetske zajednice 27. juna 2008. godine.⁴⁵

⁴¹ Čl. 90. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

⁴² Čl. 91. st. 1. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice. Stavom 2 istog člana je propisano da Ministarski savet može, naknadno, prostom većinom odlučiti da ukine bilo koju odluku o postojanju povrede ugovornih obaveza.

⁴³ Čl. 92. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice. Drugim stavom istog člana je predviđeno da Ministarski savet može naknadno, prostom većinom, ukinuti odluku o suspenziji određenih članskih prava.

⁴⁴ Čl. 93. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

Članom 2. Pravila postupka definisan je pojam povrede obaveze iz Ugovora koji obuhvata bilo koju meru (radnju ili propuštanje) koja je u suprotnosti sa odredbama ili načelima prava Energetske zajednice. Strana snosi odgovornost za svaki akt koji preduzme bilo koji njen organ (centralni, regionalni ili lokalni, odnosno zakonodavni, upravni ili sudski), uključujući i preduzeća kojima su dodeljena posebna ili isključiva prava u smislu člana 19. Ugovora.

Pravo pokretanja postupka za utvrđivanje povrede obaveze iz Ugovora imaju Sekretarijat, Regulatorni odbor i svaka Strana.

Primarna odgovornost za obezbeđivanje poštovanja prava leži na Sekretarijatu kao nezavisnom i nepristrasnom organu koji nadgleda izvršenje ugovornih obaveza. Ovaj organ može po svojoj inicijativi ili na osnovu pritužbe privatnog tela, odnosno obaveštenja Regulatornog odbora ili neke ugovorne strane, pokrenuti postupak pred Ministarskim savetom protiv Strane zbog nepoštovanja obaveza iz Ugovora.

Ukoliko postoji sumnja da je neka ugovorna strana povredila pravo Energetske zajednice Sekretarijat otvara prethodni postupak kako bi utvrdio sve činjenične i pravne okolnosti slučaja. U ovoj fazi postupka dotična strana ima priliku da sama otkloni nastalu povredu i ispuni obaveze iz Ugovora, ili da objasni svoju poziciju.⁴⁶

Ako Sekretarijat zaključi da je došlo do povrede prava Energetske zajednice on će i formalno pokrenuti postupak za rešavanje sporova tako što će dotičnoj Strani uputiti početni podnesak u kojem će od nje zatražiti da se izjasni o pravnim i činjeničnim pitanjima iznetim u podnesku.⁴⁷ Nakon što dobije odgovor, ili po proteku roka za odgovor, Sekretarijat može dotičnoj Strani dostaviti obrazloženo mišljenje u kojem će izneti razloge zbog kojih smatra da je ona povredila obaveze iz Ugovora i pozvati je da otkloni te povrede u odgovarajućem roku.⁴⁸ Ukoliko dotična država ne postupi u skladu sa dostavljenim mišljenjem, Sekretarijat može podneti obrazloženi zahtev Ministarskom savetu za donošenje odluke kojom se

⁴⁵ Procedural act No. 2008/01/MC-EnC of the Ministerial Council of the Energy Community of 27 June 2008 on the Rules of Procedure for Dispute Settlement under the Treaty.

⁴⁶ Čl. 10. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁴⁷ Čl. 12. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁴⁸ Čl. 13. Pravila postupka za rešavanje sporova.

utvrđuje povreda obaveze iz Ugovora.⁴⁹ Pored Sekretarijata, obrazloženi zahtev mogu podneti Regulatorni odbor ili bilo koja Strana. Obrazloženi zahtev treba da sadrži detaljan pregled utvrđenih činjenica, analizu relevantnih pravnih propisa, kao i predlog odluke koju Ministarski savet treba da donese.⁵⁰

Nakon što dobije obrazloženi zahtev Ministarski savet ga dostavlja tuženoj Strani na odgovor. Rok za odgovor iznosi dva meseca.⁵¹ U slučaju da tužena Strana ne iznese svoju odbranu u propisanom roku Ministarski savet će doneti odluku na osnovu činjenica kojima raspolaže u vreme većanja.⁵² Pre donošenja odluke Ministarski savet će zatražiti mišljenje od Savetodavnog komiteta o obrazloženom zahtevu i odgovoru tužene Strane.⁵³ Ministarski savet nije vezan mišljenjem Savetodavnog komiteta.⁵⁴

Postupajući po predlogu iz obrazloženog zahteva Ministarski savet može doneti odluku kojom se utvrđuje da je strana izvršila povredu obaveza koje proizilaze iz prava Energetske zajednice ili odbiti zahtev u celini ili delimično.⁵⁵ Odluka Ministarskog saveta je obavezujuća za stranke od momenta njenog donošenja.⁵⁶ Ukoliko Ministarski savet donese odluku kojom se utvrđuje postojanje povrede prava Energetske zajednice dotična strana je obavezna da preduzme sve potrebne mere kako bi otklonila tu povredu i osigurala poštovanje prava Energetske zajednice. Sekretarijat je zadužen da nadgleda pravilno izvršenje odluke Ministarskog saveta i može ponovo izneti stvar pred Ministarski savet u slučaju da dotična Strana nije preduzela mere za izvršenje odluke.⁵⁷

⁴⁹ Čl. 14. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁵⁰ Čl. 28. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁵¹ Čl. 30. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁵² Čl. 35. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁵³ Savetodavni komitet čine tri člana koje jednoglasnom odlukom imenuje Ministarski savet na period od dve godine, uključujući jednog člana kojeg nominuje Evropska unija. Članovi Savetodavnog komiteta moraju biti osobe čija nezavisnost je izvan svake sumnje i koji poseduju kvalifikacije za izbor na najviše sudske funkcije u svojim državama.

⁵⁴ Savetodavni komitet donosi svoje mišljenje većinom glasova koje uključuje glas člana koga je nominovala Evropska unija.

⁵⁵ Čl. 29. st. 2. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁵⁶ Čl. 37. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁵⁷ Čl. 38. Pravila postupka za rešavanje sporova.

Pravila postupka sadrže posebno poglavlje koje se odnosi na utvrđivanje ozbiljne i uporne povrede prava Energetske zajednice.⁵⁸ O takvim povredama odlučuje Ministarski savet uzimajući u obzir osobenosti svakog posebnog slučaja.⁵⁹ Sekretarijat, Regulatorni odbor ili svaka Strana mogu, bez potrebe sprovođenja prethodnog postupka, zatražiti od Ministarskog saveta da utvrdi postojanje ozbiljne i uporne povrede. Zahtev se može odnositi na već postojeću odluku Ministarskog saveta koja nije sprovedena ili se ticati potpuno novog pitanja. U zahtevu se iznose navodi o izvršenim povredama prava, kao i činjenice i propisi na kojima se ti navodi zasnivaju. Zahtev, takođe, sadrži predlog konkretnih sankcija protiv dotične Strane.⁶⁰ Ministarski savet prosleđuje zahtev tuženoj Strani na odgovor. Predsedništvo i potpredsedništvo Ministarskog saveta mogu tražiti mišljenje o zahtevu od Svetodavnog komiteta, nakon čega Ministarski savet donosi odluku o postojanju ozbiljne i uporne povrede prava Energetske zajednice.⁶¹ U slučaju da utvrdi postojanje takve povrede Ministarski savet donosi odluku o sankciji u skladu sa članom 92. stav 1. Ugovora i određuje vreme trajanja sankcije. Određene sankcije ne utiču na izvršavanje obaveza koje Strana ima na osnovu Ugovora. Ministarski savet na svakoj sledećoj sednici proverava da li i dalje postoje razlozi zbog kojih je doneta odluka o postojanju ozbiljne i uporne povrede.⁶²

Ministarski savet može, na predlog bilo koje Strane, prostom većinom glasova odlučiti da ukine odluku o utvrđivanju povrede prava Energetske zajednice i sankcijama. Takva odluka ne utiče na odluke donete u unutrašnjem pravnom poretku Strana nakon prvobitne odluke Ministarskog saveta.⁶³

4. Reforma institucionalnog okvira za rešavanje sporova

4.1. Razlozi za reformu

Svega nekoliko godina nakon osnivanja Energetske zajednice pojavili su se prvi znaci da postojeći sistem za rešavanje sporova nije u stanju da osigura puno

⁵⁸ Odeljak II Naslova III Postupak pred Ministarskim savetom.

⁵⁹ Čl. 39. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁶⁰ Čl. 40. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁶¹ Čl. 41. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁶² Čl. 42. Pravila postupka za rešavanje sporova.

⁶³ Čl. 43. Pravila postupka za rešavanje sporova.

poštovanje i primenu zajedničkih pravila. Razlog za to je sistemske prirode i ogleđa se u činjenici da institucionalni okvir za rešavanje sporova nije prilagođen ambicioznim ciljevima Energetske zajednice i kompleksnoj regulativi na kojoj je ona zasnovana. Osnovni cilj Energetske zajednice je stvaranje integrisanog tržišta za prirodni gas i električnu energiju (Mrežna energija) između Strana (Evropske unije i pridruženih država), bez carina, kvantitativnih ograničenja i mera sa istim dejstvom, na izvoz ili uvoz Mrežne energije. Pravna regulativa koja treba da obezbedi ispunjenje tog cilja je zasnovana na pravnom nasleđu EU u oblastima energetike, zaštite životne sredine, konkurencije i obnovljivih izvora energije. Ugovor osnivanja Energetske zajednice takođe predviđa stalno usklađivanje prava Zajednice sa budućim zakonodavstvom EU. U suštini Energetska zajednica je, uz određena prilagođavanja, preuzela propise iz jedne visokorazvijene, nadnacionalne organizacije, a da pritom ne raspolaže adekvatnim institucionalnim okvirom za njihovu primenu. U EU nadležnost za obezbeđivanje poštovanja prava je poverena sudskom organu – Sudu pravde. Evropska komisija takođe ima značajna ovlašćenja u pogledu primene prava, posebno u domenu prava konkurencije. Sa druge strane, u Energetskoj zajednici rešavanje sporova je povereno političkom organu – Ministarskom savetu, što postupak čini znatno fleksibilnijim i podložnim političkim kompromisima. Osim razlika u institucionalnom okviru za primenu prava, poseban problem predstavlja činjenica da preuzeti propisi pripadaju jednom specifičnom pravnom sistemu, koji je autonoman u odnosu na međunarodno i nacionalna prava i koga karakterišu načela homogenosti, primata prava EU nad nacionalnim pravima i direktnog dejstva. Ugovorne strane koje nisu članice EU (Pridružene države) su se tako našle u situaciji da primenjuju pravila iz jednog drugog, za njih nepoznatog pravnog sistema. Pri tome nisu ni ekonomski, ni infrastrukturno, niti institucionalno bile spremne da u potpunosti i pravilno primene tako složene i stroge propise. To je rezultiralo probijanjem rokova za implementaciju *Drugog Energetskog paketa* koji je trebalo da bude primenjen do 1. jula 2007. godine. Šta više, postojali su i još uvek postoje ozbiljni problemi u primeni pravila o zaštiti konkurencije i zabrani nedozvoljene državne pomoći. To je imalo za posledicu da su nacionalna tržišta energije i dalje nedovoljno otvorena i da u njima postoje bitna ograničenja konkurencije, što predstavlja prepreku za investicije u sektor energije. Upravo su to bili razlozi zbog kojih je Evropska komisija u svom izveštaju Evropskom parlamentu i Savetu od 10. marta 2011. godine pozvala na

jačanje mehanizma za poštovanje i primenu prava u Energetskoj zajednici.⁶⁴ U pogledu postojećeg sistema za rešavanje sporova Evropska komisija je zaključila da se on pokazao kao efikasan samo u slučajevima gde su strane bile otvorene za pregovore i mirno rešavanje spora. Po mišljenju Evropske komisije, dosadašnje iskustvo je pokazalo da u takvim slučajevima krajnji ishod spora može ići izvan odredbi Ugovora o striktnom tumačenju pravnog nasleđa EU preuzetog od strane Energetske zajednice.⁶⁵ Međutim, imajući u vidu mali broj predmeta koji je do tada rešen i nedostatak sistemskog pristupa istim ili sličnim povredama prava od strane ugovornih strana, Evropska komisija je zaključila da je u tom trenutku još uvek bilo rano suditi o efikasnosti postojećeg sistema za rešavanje sporova.

4.2. Predlozi za reformu institucionalnog okvira za rešavanje sporova

S obzirom da su se problemi u pogledu poštovanja obaveza produbili i da je postalo izvesno da većina Pridruženih država neće biti u stanju da primeni pravila *Trećeg energetskog paketa* u predviđenom roku (1. januar 2015.), Ministarski savet je na sastanku održanom 24. oktobra 2013. godine odlučio da osnuje Grupu na visokom nivou kojoj je poverio zadatak da oceni u kojoj meri je postojeći institucionalni okvir adekvatan za ispunjenje ciljeva Ugovora o osnivanju Energetske zajednice. Grupa je zadužena da, uzimajući u obzir razvoj Energetske zajednice u proteklim godinama i njeno prošireno članstvo, podnese odgovarajuće predloge Ministarskom savetu do 1. juna 2014. godine za reformu pravnog sistema i institucionalnog okvira Zajednice. U skladu sa dobijenim zadatkom Grupa na visokom nivou, pod rukovodstvom Jirižia Buzeka (*Jerzy Buzek*), je maja 2014. godine podnela Ministarskom savetu izveštaj pod naslovom "Energetska zajednica za budućnost".⁶⁶

Prilikom sačinjavanja Izveštaja Grupa na visokom nivou je pošla od sledećih činjenica:

da je Energetska zajednica, kao jedinstvena organizacija, izgrađena na institucionalnom i tržišnom modelu EU, dokazala svoju vrednost u oblastima u kojima deluje;

⁶⁴ Report from the Commission to the European Parliament and the Council under Article 7 of Decision 2006/500/EC (Energy Community Treaty), Brussels, 10.3.2011. COM (2011) 105 final.

⁶⁵ Čl. 94. Ugovora o osnivanju Energetske zajednice.

⁶⁶ An Energy Community for the Future – Report by the High Level Reflection Group of the Energy Community, Energy Community Secretariat, Vienna, May 2014.

da osnovni cilj Energetske zajednice ostaje neizmenjen: reforma energetske tržišta i njihova integracija u unutrašnje energetske tržište EU;

Energetska zajednica teži da uspostavi sigurna, otvorena, transparentna i konkurentna energetska tržišta zasnovana na vladavini prava, stabilnom regulatornom okviru i povoljnoj investicionoj klimi, i da integriše ta tržišta i regionlano i u pan-evropsko energetske tržište;

Energetska zajednica je organizacija zasnovana na pravnim pravilima, sa pravnim obavezama za ugovorne strane, gde organi Zajednice nadgledaju i obezbeđuju poštovanje pravila u skladu sa najvišim evropskim pravnim standardima.⁶⁷

U Izveštaju se posebno naglašava da predlozi za reformu pravnog sistema i institucionalnog okvira Energetske zajednice moraju uzeti u obzir njenu posebnu pravnu prirodu. Naime, iako su ciljevi Energetske zajednice i EU slični, ugovorne strane (Pridružene države) Energetske zajednice su suočene sa drugačijim izazovima od država članica EU, posebno u pogledu društveno-ekonomske strukture i privlačenja stranih investicija. Stoga je teško očekivati da bi prosto preuzimanje pravila EU od strane ugovornih strana Energetske zajednice dalo isti rezultat kao i u EU. Iz tog razloga Energetska zajednica, kao autonomna organizacija, treba da bude zasnovana na sopstvenim pravilima koja inkorporiraju delove pravnog nasleđa EU.⁶⁸ S tim u vezi Grupa na visokom nivou predlaže veću fleksibilnost u pogledu obima i vremena potrebnog za prilagođavanje pravnom nasleđu u oblasti energetike, imajući u vidu da se pojedine ugovorne strane nalaze u različitim situacijama što može biti od ključnog značaja za primenu pravnog nasleđa.⁶⁹ Upravo ta različita situacija u kojoj se nalaze pojedine ugovorne strane i potreba za fleksibilnijim pristupom u primeni pravnog nasleđa navela je Grupu na visokom nivou da predloži terminološke izmene u označavanju članstva u Energetskoj zajednici. Prema tom predlogu postojale bi dve kategorije članova: članovi (umesto ugovornih strana) i pridruženi članovi.⁷⁰ Članovi Energetske zajednice bi bile države koje su spremne da se obavežu na punu primenu celokupnog pravnog nasleđa Energetske zajednice. Pridruženo članstvo bi bilo otvoreno za one države koje su spremne

⁶⁷ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 13.

⁷⁰ Posmatrački status, prema predlogu Grupe na visokom nivou, treba i dalje zadržati.

samo za početni nivo primene pravnog nasleđa koji će naknadno odrediti nadležne institucije Zajednice. Prava članova i pridruženih članova u pogledu donošenja odluka bi se razlikovala. Pridruženi članovi ne bi mogli da glasaju samo o onim pravilima koja se ne primenjuju na odnose između njih.⁷¹ U suštini ovaj predlog za uvođenje dve kategorije članova podseća na model pojačane saradnje koji već postoji u EU i trebalo bi da omogući veću fleksibilnost u primeni pravnog nasleđa u oblasti energetike.

Kao jedan od najvećih problema u funkcionisanju Energetske zajednice Grupa na visokom nivou je identifikovala postojeći mehanizam za rešavanje sporova. Osnovnu slabost tog mehanizma predstavlja činjenica da je nadležnost za odlučivanje o izuzetno kompleksnim pitanjima poverena političkom organu – Ministarskom savetu. Takođe se ističe da sankcije predviđene Ugovorom nemaju potrebnu težinu i da ne predstavljaju dovoljan podsticaj za ugovorne strane da ispune svoje obaveze iz Ugovora. Kada je reč o postupku za rešavanje sporova ponavlja se ocena koju je dala Evropska komisija u svom izveštaju iz 2011. godine, da se postupci koje je inicirao Sekretarijat uglavnom rešavaju bilateralnim pregovorima sa ugovornim stranama, što je pristup koji je dostigao svoj limit. Poseban problem predstavlja činjenica da postojeći sistem za rešavanje sporova ne predviđa mogućnost pravne zaštite pojedinaca, fizičkih i pravnih lica, od nezakonitih odluka organa Zajednice. U tom pogledu, postojeći mehanizam ne ispunjava standarde u pogledu pristupa pravdi koji postoje u EU, a čije delove pravnog nasleđa je Zajednica inkorporirala.

U svom izveštaju Grupa na visokom nivou je predložila sledeća rešenja za reformu institucionalnog okvira za rešavanje sporova. Kao prvo, predlaže se uspostavljanje nove, sudske institucije suda što bi trebalo da omogući efikasniju primenu propisa i poveća nivo zaštite prava i interesa fizičkih i pravnih lica. Zanimljivo je da je Grupa na visokom nivou predložila da promene u tom domenu treba vršiti postepeno. U prvoj fazi bi bio uspostavljen *ad hoc* sud koji bi se konstituisao za svaki pojedini predmet. Kasnije bi bio osnovan stalni sud po modelu Suda pravde u EU, kao što je to slučaj sa EFTA Sudom. Taj sud bi bio otvoren i za tužbe pojedinaca protiv organa Zajednice.

Kada je reč o sankcijama Grupa na visokom nivou smatra da su one neophodne kako bi se osiguralo puno poštovanje i primena prava Energetske zajednice. Postojeće sankcije koje predviđaju samo suspenziju određenih prava u slučaju

⁷¹ An Energy Community for the Future, *op. cit.*, p. 18.

ozbiljne i uporne povrede prava, po mišljenju Grupe na visokom nivou, ne ispunjavaju standarde zajednice koja je zasnovana na pravnim pravilima. U tom pogledu predlaže se uvođenje posebnih sankcija za članove i pridružene članove Zajednice. Na članove bi se primenjivala dva oblika sankcija: političke i finansijske. Političke sankcije bi se odnosile na pregovore o pristupanju Pridruženih država Evropskoj uniji, imajući u vidu da su neke od ugovornih strana kandidati za članstvo u EU. One bi se sastojale u tome što bi EU preuzela obavezu da ne zatvori ili da ponovo otvori poglavlje o energetici u slučaju ozbiljne i uporne povrede prava. Finansijske sankcije bi se sastojale od prekida finansijske pomoći EU ili direktnih novčanih kazni koje bi bile odmerene u određenoj srazmeri sa bruto društvenim proizvodom. Ova druga vrsta finansijskih sankcija (novčane kazne) bi u suštini bila zasnovana na modelu koji postoji u EU za slučaj povrede prava EU od strane država članica.⁷²

Pored ovih mera predloženo je jačanje institucionalnih kapaciteta Sekretarijata u pogledu nadzora i primene prava, kao i povećanje njegovih ovlašćenja koja bi trebalo da budu slična ovlašćenjima Evropske komisije u EU. U tom pogledu predviđa se uvođenje izvršnih i istražnih ovlašćenja Sekretarijata u oblasti zaštite konkurencije, državne pomoći, javnih nabavki.⁷³

Osim što se bavila jačanjem institucionalnog okvira za obezbeđivanje poštovanja prava na nivou Zajednice, Grupa na visokom nivou se osvrnula i na pitanje efikasne i pravilne primene prava u ugovornim stranama. Ovo pitanje je od izuzetnog značaja s obzirom da primarna odgovornost na primeni pravila Energetske zajednice leži na stranama ugovornicama i njihovim organima. S tim u vezi Grupa na visokom nivou predlaže izmenu Ugovora koja bi omogućila da se pojedinci mogu pred nacionalnim organima i sudovima direktno pozivati na odredbe prava Energetske zajednice, bez potrebe njihove implementacije, ukoliko su te odredbe dovoljno jasne i bezuslovne.⁷⁴ U suštini ovde se predlaže uvođenje načela direktnog dejstva prava Energetske zajednice po modelu koji postoji u pravu EU. Međutim, to iziskuje i uvođenje načela primata prava Energetske zajednice nad nacionalnim pravima, uključujući i ustavna pravila, jer bi u suprotnom načelo direktnog dejstva ostalo bez željenog efekta. Radi se o predlogu sa dalekosežnim pravnim posledicama koji će iziskivati odgovarajuće

⁷² *Ibid.*, pp. 19-22.

⁷³ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 13.

promene ustava kod strana ugovornica. Sa druge strane treba imati u vidu da je takav predlog sasvim logičan ako se ima u vidu da je u najvećem delu pravo Energetske zajednice zasnovano na pravnom nasleđu EU u oblasti energetike. Osim toga, od ključne je važnosti za uspešno funkcionisanje integrisanog energetskeg tržišta da pravni propisi budu tumačeni, ali i primenjeni na isti način na čitavoj teritoriji Energetske zajednice.

Predlozi za reformu pravnog sistema i institucionalnog okvira Energetske zajednice sadržani u Izveštaju Grupe na visokom nivou, posebno osnivanje suda za rešavanje sporova, naišli su na podršku Sekretarijata. Ministarski savet je 23. septembra 2014. godine, na predlog Sekretarijata, usvojio proceduralni akt u vezi Izveštaja Grupe na visokom nivou.⁷⁵ Ovim aktom propisane su procedure i rokovi za realizaciju predloga iz Izveštaja i podeljeni su zadaci i odgovornosti u vezi sa tim. Odlučeno je da Sekretarijat zajedno sa Evropskom komisijom pripremi analitički dokument u kojem bi utvrdio opcije za primenu predloga sadržanih u Izveštaju i mogućih predloga Strana i drugih učesnika, kao i posledice njihovog sprovođenja. Tako sačinjeni dokument bi trebalo da bude predat na javnu raspravu do kraja 2014. godine i prezentovan Grupi na visokom nivou do marta 2015. godine. Na osnovu tog dokumenta Grupa na visokom nivou bi trebalo da do juna 2015. godine utvrdi potrebne mere i da ih podnese na usvajanje Ministarskom savetu. Predviđeno je da Ministarski savet usvoji predložene mere u toku 2015. godine.

5. Zaključak

Predlozi izneti u Izveštaju Grupe na visokom nivou su dalekosežni i značajno menjaju pravni i institucionalni okvir Energetske zajednice. Posebno je zanimljiva ideja o osnivanju stalnog suda po modelu Suda pravde u EU, kao što je to slučaj sa EFTA Sudom. Prvo, to bi značilo da bi se sporovi rešavali u čvršćem pravnom okviru, pred kvalifikovanim sudijama. Drugo, uspostavljanje suda po modelu EFTA Suda ima značajne pravne posledice. Ako bi se dosledno primenio taj model to bi značilo da bi novi sud zapravo bio sud ugovornih strana – Pridruženih država, a ne i sud koji bi sudio drugoj strani Evropskoj uniji. Sporove u okviru EU rešavali bi sudovi te organizacije: Opšti sud i Sud pravde. Naime, svaka nadležnost nekog suda Energetske zajednice i nad EU ne bi bila

⁷⁵ Procedural Act No 2014/01/MC-EnC of the Ministerial Council of the Energy Community of 23 September 2014 regarding the Report of the High Level Reflection Group of 11 June 2014., Annex 2/33 PHLG/17-06-2014.

prihvatljiva za Sud pravde EU jer bi ugrožavala načelo homogenosti pravnog sistema EU.⁷⁶ Samim tim, novouspostavljeni sud bi rešavao sporove po tužbama Sekretarijata i Regulatornog odbora protiv neke Pridružene države zbog povrede prava Energetske zajednice, sporove između Pridruženih država, kao i sporove po tužbama Pridruženih država i pojedinaca protiv odluka organa Energetske zajednice. Prilikom rešavanja sporova taj sud bi trebalo da vodi računa i sledi odgovarajuću praksu Suda pravde EU u tumačenju i primeni relevantnog pravnog nasleđa EU.

Druga zanimljiva ideja jeste uvođenje novih ovlašćenja za Sekretarijat koja bi mu omogućila da u pravnom sistemu Energetske zajednice ima sličnu ulogu kakvu ima Evropska komisija u EU. To se posebno odnosi na nadzorna i izvršna ovlašćenja u oblasti prava konkurencije, javnih nabavki i nedozvoljene državne pomoći.

Na kraju, ali ne manje bitan je predlog o uvođenju načela direktnog dejstva za pravna pravila Energetske zajednice po modelu prava EU. Naime, ovaj model se u EU pokazao kao izuzetno uspešan ne samo za zaštitu prava i interesa pojedinaca, već i za obezbeđenje poštovanja prava uopšte. U EU odavno postoji teza da direktno dejstvo predstavlja najefikasnije sredstvo kroz koje se osigurava poštovanje prava EU i njegov primat nad nacionalnim pravima. U tom pogledu ono predstavlja "kičmu pravnog poretka" EU.⁷⁷ Stoga bi uvođenje ovog načela u pravni sistem Energetske zajednice nesumnjivo doprinelo njegovoj većoj efikasnosti.

Ono što se može postaviti kao pitanje u vezi predloženih rešenja jeste koliko su Pridružene države politički, ekonomski i institucionalno spremne da ih prihvate i dosledno sprovedu. Sa druge strane, treba imati u vidu da su mnoge od tih država kandidati za članstvo u EU koja predstavlja mnogo širu i složeniju organizaciju od Energetske zajednice. Zbog toga smatramo da se izneti predlozi, posebno uspostavljanje suda i uvođenje načela direktnog dejstva, mogu pokazati kao izuzetno korisni u procesu pristupanja Pridruženih država Evropskoj uniji.

⁷⁶ Vid. o ovom pitanju Mišljenje Suda pravde 1/91, Draft Agreement between EC and countries of the European Free Trade Association, relating to the creation of the European Economic Area (1991) ECR I-6079. To znači da bi za sporove između Strana (EU i Pridruženih država) i dalje bio nadležan Ministarski savet, s obzirom da je diplomatski način rešavanja sporova, bez prihvatanja strogih pravnih standarda, prihvatljiv za EU.

⁷⁷ H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer, 1992. p. 130.

Naime, članstvo u jednoj pravno i institucionalno razvijenoj, ali ipak sektorski uskoj, zajednici predstavljalo bi odličnu priliku za sticanje dragocenih iskustava i moglo bi da pripremi Pridružene države i njihove organe za izazove koji ih očekuju kada stupe u članstvo mnogo šire zajednice kakva je EU.

Vladimir Medović, PhD*

Reform of the Dispute Settlement Mechanism in the Energy Community

Abstract

The Energy Community was established by an international treaty in 2005 in Athens concluded between the European Union and the states from the South East Europe. The main aim of the Energy Community is to establish among the parties an integrated market in natural gas and electricity. In this paper the author consider the question whether the existing dispute settlement mechanism fulfils the needs and aims of the Energy Community. It is the opinion of the author that the existing system is inadequate and represent the weakest point in the legal and institutional system of the Energy Community. With that regard the author also analyze proposals made by High Level Reflection Group for the reform of the existing mechanism which should ensure the full observance and efficient implementation of the Energy Community Law.

Keywords: Energy Community, dispute settlement, Ministerial Council, Secretariat, European Union.

* Associate Professor at the Faculty of Economics and Engineering Management in Novi Sad.

OSIGURANJE KLJUČNE OSOBE

Apstrakt

Cilj ovog rada je da predstavi osiguranje ključne osobe, kao poseban način za prevazilaženje finansijskih problema koji nastanu smrću ključne osobe (osoba) ili trajnom, odnosno privremenom nesposobnošću ključne osobe ili usled njene vrlo teške bolesti (sa potencijalnim smrtnim ishodom).

U tekstu se analizira osiguranje ključne osobe i otkrivaju razlozi koji nameću potrebu za njegovom upotrebom. Posle uvodnog dela i značaja, određen je pojam ključne osobe čime se dolazi i do kruga lica koji se mogu naći u ulozi osiguranog lica. Budući da je osiguranje ključne osobe po prirodi ugovor o osiguranju trećeg, realno je pretpostaviti da može doći do sukoba interesa između ugovarača osiguranja i ključne osobe (osiguranog lica). Interesu i moralnom hazardu posvećen je peti deo rada. U tekstu se ukazuje na elemente koji se uzimaju u obzir prilikom određivanja visine osigurane sume na koju bi polisa trebalo da glasi. Iako se osiguranje ključne osobe koristi u mnogim državama, u Srbiji se ne primenjuje iako ne postoje prepreke za to, te se predlaže njegoa primena.

Ključne reči: osiguranje, osiguranje ključne osobe, osiguranje života.

1. Uvod

Osiguranje života može koristiti ne samo kao sredstvo obezbeđenja porodice (izdržavanih članova) od finansijskih gubitaka koji nastaju zbog smrti

* Vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, e-mail: jlabudovic@sbb.rs.

izdržavaoca porodice, otplate hipotekarnog duga, već može predstavljati i vrlo efikasan mehanizam zaštite poverioca, obezbeđenja procesa proizvodnje, očuvanja privrednog društva od finansijskih problema (osiguranje poslovanja).¹

Da bismo bili precizniji, moramo naglasiti da ne postoji osiguranje ključne osobe (osoba) kao posebno osiguranje, već da se u svrhu osiguranja ključne osobe koriste na poseban način uobičajene vrste: osiguranje života, osiguranje od posledica nesrećnog slučaja i zdravstveno osiguranje.² Dakle, ovde nije reč o novoj vrsti osiguranja, već o tome da tradicionalne forme osiguranja imaju posebnu primenu. Ovo osiguranje obično zaključuje privredno društvo. Ono ugovara osiguranje i plaća premije.³ Privredno društvo je vlasnik i korisnik polise (beneficijar). Njemu se isplaćuje osigurana suma kada dođe do realizacije osiguranog slučaja. U Republici Srbiji se ne primenjuje osiguranje ključne osobe, ali zbog brojnih prednosti koje ima trebalo bi ga primenjivati.

Uspešno poslovanje često zavisi od ličnih sposobnosti pojedinca, njegovih odluka, stručnosti i veština. Zbog toga, sposobnosti direktora imaju veliku vrednost za privredno društvo. Smrt, nesreća zbog koje je ključna osoba postala privremeno ili trajno nesposobna za rad i penzionisanje mogli bi da znače da privredno društvo ubuduće neće uspešno poslovati, da će smanjiti ostvareni profit, da će se teško boriti sa konkurencijom.

Govoreći o značaju sposobnosti i veština pojedinca za poslovanje privrednog društva, govorimo, u stvari, o ljudskom životu kao "imovini" od velikog značaja. Drugačije rečeno, sposobnosti pojedinca da dobro upravlja, njegovu stručnost, veštine i talenat možemo da posmatramo kao resurs posebne vrste. Tako, u ovom našem slučaju, smrt direktora ili predsednika upravnog odbora značila bi gubitke za akcionarsko društvo i akcionare. Takav događaj mogao bi, na primer, da se odrazi na pad cena akcija.

Prilikom donošenja odluke o tome da li zaključiti osiguranje ili ne, treba poći od visine prihoda, vrednosti ugovorenog posla, od kredita koje treba otplatiti i koje tek treba uzeti od banke, vrednosti akcija na berzi, od troškova koje ima i koje će imati, visine poreza koje treba platiti (bilo prilikom uplate premija bilo prilikom

¹ S. Andrijašević, V. Petranović, *Ekonomija osiguranja*, Zagreb, 1999, str. 117.

² K. Black, H. Skipper, *Life & Health Insurance*, New Jersey, 2000, str. 413.

³ Moguće je da premiju plaća delom poslodavac (privredno društvo), a delom zaposleni koji ima status ključne osobe (*Ibid.*, str. 431).

isplate osigurane sume), poreskih olakšica i ciljeva koje treba ostvariti. Ovi elementi treba da pomognu potencijalnom osiguraniku i u pogledu odlučivanja o tome na koji iznos zaključiti osiguranje.

Svaki događaj koji utiče na sposobnost zarađivanja ima uticaj na vrednost ljudskog života.⁴ S tim u vezi, profit i poslovanje kompanije zavisice od stručnosti, veština, znanja, etičkog ponašanja, dobrog zdravlja, volje za radom, volje za investiranjem, inventivnosti, talenta, kreativnosti. U slučaju osiguranja ključne osobe, vrednost ljudskog života je vrednost sposobnosti, talenta, veština, znanja, kreativnosti ključne osobe za privredno društvo. Dakle, vrednost ljudskog života je funkcija njegove svrhe i vrednosti koje on ima za druge (privredno društvo u našem slučaju).⁵

Osiguranje ključne osobe može naročito koristiti malim i srednjim preduzećima i obezbediti im finansiranje preko zajma po osnovu polise, onda kada banke uskrate finansijsku pomoć. Osim toga, ovo osiguraje može biti od značaja i velikim preduzećima.

2. Značaj osiguranja ključne osobe

Kako smo prethodno rekli, osiguranje ključne osobe najviše pogoduje malim i srednjim preduzećima. Ono je važno za Srbiju, ali i za druge zemlje zato što se mala i srednja preduzeća suočavaju sa problemom finansiranja. To je jedan od krucijalnih problema ovih privrednih subjekata. Preko osiguranja ključne osobe, moguće je obezbediti lakši način finansiranja. Polisa pruža mogućnost vlasniku polise da koristi zajam po osnovu polise. Prednosti ovog zajma u odnosu na bankarski kredit su brojne. Prvo, zajam karakteriše niža kamatna stopa u odnosu na bankarske kredite. Zatim, nema rizika od nevraćanja zajma jer ukoliko se dug ne vrati u roku, iznos preostalog duga može se odbiti od osigurane sume i često osiguranik može da odredi dinamiku isplate zajma.⁶ U uslovima finansijske krize, zajam po osnovu polise bi bio od velikog značaja za mala i srednja preduzeća jer su banke postale vrlo restriktivne u odobravanju kredita.⁷ Osim

⁴ *Ibid.*, str. 16.

⁵ *Ibid.*

⁶ J. Labudović, Klauzule u ugovorima o osiguranju života koje štite osiguranike, u: J. Slavnić, P. Šulejić, J. Pak, (ur.): *Usklađivanje osiguranja Srbije sa sistemom osiguranja Evropske unije*, Beograd, 2008, str. 365.

⁷ J. Labudović, Problemi finansiranja malih i srednjih preduzeća, *Pravo i privreda*, 48(4-6), str. 607.

toga, osiguranje ključne osobe uliva sigurnost vlasniku preduzeća da će u slučaju smrti ključne osobe, njene nesposobnosti za rad i pronalaženja nove ključne osobe, imati dovoljno sredstava za nastavak poslovanja. Do tih sredstava se dolazi vrlo brzo. Na taj način, privredni subjekt je zaštićen od finansijskih "potresa" i obezbeđen je kontinuitet poslovanja.

Gotovo u svakom poslu postoji osoba koja je od vitalnog značaja za uspešno poslovanje, tj. osoba koja je sinonim uspeha i profitabilnosti privrednog društva, odnosno koja se identifikuje sa njim i njegov je integralni deo. Smrću takve osobe⁸ ili zbog nastale invalidnosti ili nesposobnosti, za privredno društvo mogu nastati brojni problemi. Može doći do gubitka profita, gubitka poverenja od strane poverilaca i partnera. Mogućnost nastupanja takvih događaja koji negativno utiču na finansijsku moć privrednog društva treba da bude motiv da se privredno društvo koje je u pitanju pripremi i da pronađe optimalno rešenje za nastale probleme.

Zaključenjem ugovora o osiguranju ključne osobe, privredno društvo se može zaštititi od gubitaka i nestabilnosti u poslovanju. Osnovna svrha zaključenja ovog osiguranja je obezbeđenje kontinuiteta poslovanja.⁹ Osiguranje ključne osobe (bilo kao osiguranje života, osiguranje od posledica nesrećnog slučaja ili zdravstveno osiguranje) privredno društvo može, a ne mora¹⁰ zaključiti kada ima neki osigurljiv interes na život i zdravlje ključne osobe za njeno poslovanje.¹¹ Uz to, mora postojati i pismena saglasnost osobe koja se osigurava i to ne samo u pogledu zaključenja ugovora, već i u pogledu visine osigurane svote. Dakle, ukoliko dođe do realizacije osiguranog slučaja (smrti, nezgode koja uzrokuje trajnu ili privremenu nesposobnost za rad), privredno društvo će odmah biti oštećeno. Ta sredstva će pomoći privrednom društvu da premosti finansijske probleme do dolaženja nove osobe na čelno mesto i pokrivanja troškova obuke i školovanja nove ključne osobe. Prednost ovakvog načina finansiranja gubitaka je što se odmah obezbeđuju neophodna sredstva, što je posebno važno u

⁸ Smrću nastaju troškovi koji se odnose na ostavinsku raspravu, porez na nasleđe, sahranu (pogađa porodicu umrlog), ali i oni koji se odnose na gubitak prihoda koje bi preminuli zaradio (pogađa i porodicu, kao i kompaniju ako je reč o ključnoj osobi) (E. Vaughan, T. Vaughan, *Osnove osiguranja- upravljanje rizicima*, Zagreb, 2000, str. 148).

⁹ J. Kočović, P. Šulejić, *Osiguranje*, Beograd, 2002, str. 35.

¹⁰ Ovo osiguranje nije obavezno.

¹¹ S. Andrijašević, V. Petranović, *op. cit.*, str. 117.

proizvodnom procesu. Ovo osiguranje bi trebalo da obezbedi najjeftiniji način pokrića troškova.

Postojanje ugovora o osiguranju ključne osobe povećava rejting privrednom društvu i uvećava njegovu vrednost. Na više načina to možemo predstaviti. Na primer, privredno društvo može dobiti nov kredit po povoljnijim uslovima ili u većem iznosu nego inače da bi se finansirao razvoj posla. Poverioci (banke) će se "osećati bolje" jer su njihovi rizici nenaplate potraživanja vrlo niski. Za bankare je osoba na čelu privrednog društva veoma važna "aktiva". Uz to, ovo osiguranje može biti i garancija emitovanih obveznica kojim privredno društvo želi da obezbedi dodatni izvor finansiranja.¹² Dodajmo da postojanje dugoročnog ugovora o osiguranju ključne osobe omogućava privrednom društvu da koristi zajam po osnovu polise ukoliko mu budu potrebna dodatna sredstva, nezavisno od realizacije osiguranog slučaja.

Osiguranje ključne osobe se može posmatrati kao jedan od načina na koji akcionarsko društvo, odnosno menadžment pokazuje brigu, lojalnost i odgovornost prema akcionarima, odnosno ortacima (ako je reč o ortačkom društvu), poveriocima, investitorima i svima ostalima koji imaju interes da društvo dobro posluje. Kroz osiguranje ključne osobe, ali i neke druge vrste osiguranja (osiguranje imovine, osiguranje kredita, osiguranje direktora i članova uprave od odgovornosti) pokazuje se briga za blagostanje i budućnost privrednog društva. Zato se može reći da se na ovaj način izražava tendencija za eliminisanjem neizvesnosti u budućem toku prihoda privrednog društva.

3. Pojam ključne osobe

Ključna osoba je osoba čija smrt, nesposobnost, invalidnost ili teška bolest mogu imati negativan uticaj na poslovanje, budući da ta osoba poseduje izvanredne sposobnosti, veštine, znanje, stručnost, talenat. To su osobine pojedinca (ili nekolicine njih) zahvaljujući kojim privredno društvo ostvaruje visok profit, uživa visok rejting i poslovni ugled na tržištu. Ključna osoba bi mogla biti svaka osoba koja je ekspert u svojoj profesiji i čije aktivnosti i sposobnosti su od ogromnog značaja za uspeh u poslovanju. Drugim rečima, to je osoba čija bi smrt značila veoma ozbiljne finansijske gubitke za privredno društvo.¹³ Shodno

¹² K. Black, H. Skipper, *op. cit.*, str. 413.

¹³ Vrsta delatnosti privrednog društva je važna u odgovoru na pitanje ko je ključna osoba (R. Mehr, R. Osler, *Modern Life Insurance – a textbook of income insurance*, New York, 1961, str. 426).

ovakvom određenju, ključna osoba bi mogla biti: direktor, vlasnik privrednog društva, predsednik upravnog odbora, portfolio menadžer, naučnik, kompjuterski programer, menadžer, finansijski kontrolor, finansijski analitičar, vrhunski sportista u klubu, filmska zvezda zbog čije bi smrti, odnosno invalidnosti privredno društvo koje se bavi snimanjem filmova moglo da izgubi mnogo novca i sl.

Više je faktora koji mogu predstavljati dobre indikatore koji potencijalno ukazuju ko je ključna osoba. Jedan od njih tiče se visine primanja. Međutim, ovo nije siguran indikator. Svaki zaposleni koji ima visoka primanja ne znači da je ključna osoba, tj. osoba čije su sposobnosti, stručnost ili talenat od presudnog značaja za uspešno poslovanje privrednog društva.

Drugi veoma važan faktor koji, više nego prethodno pomenuti, može ukazivati na ključnu osobu je moć odlučivanja. Ukoliko osoba ima mogućnost samostalnog donošenja važnih odluka (na primer, koje se tiču poslovne politike) i ukoliko te odluke bitno utiču na poslovnu politiku onda to, sasvim sigurno, upućuje na takvu osobu kao ključnu. Uz moć odlučivanja, odgovornost za izvršenje odluka predstavlja, takođe, faktor koji se može koristiti za identifikovanje ključne osobe. Ovaj faktor posebno dolazi do izražaja u proizvodnji i prodaji proizvoda.¹⁴

Ukoliko je reč o osobi bez čijeg potpisa je nemoguće doći do novih kredita za nastavljanje proizvodnog procesa, proširivanje obima proizvodnje, razvoj novih proizvoda i sl., takvu osobu možemo da posmatramo kao svojevrsan "izvor kapitala" za privredno društvo, te se može reći da će ona imati karakter ključne osobe.¹⁵ Smrt takve osobe, invalidnost ili teška bolest lišiće privredno društvo novih izvora sredstava što će prouzrokovati velike gubitke i troškove u poslovanju, pa je to razlog da se zaključi osiguranje života takve osobe.

Posedovanje talenta i veština u određenom poslu može predstavljati važan indikator ključne osobe u privrednom društvu, sportskom klubu, filmskoj industriji i sl. Odlaskom ključne osobe privredno društvo se može naći pred velikim problemom kako pronaći osobu koja poseduje isti talenat i veštine. To može da bude jako teško, vrlo skupo i dugo.

¹⁴ Key person insurance, MLC, 2007/2008, 4, dostupno na: www.kfm.net.au/images/KeyPersonInsurance.pdf, 18.9.2014.

¹⁵ *Ibid.*

Nekada može biti teško identifikovati ključnu osobu. Zato treba sa rezervom prihvatiti prethodno navedene indikatore. Ključna osoba može biti i neko ko nema visoka primanja, neko ko ne donosi odluke, neko ko nije predsednik upravnog odbora. Ključna osoba može biti neko ko, na primer, jedini zna da servisira mašine koje se koriste u proizvodnom procesu. Ako takva osoba umre ili se penzionise, privredno društvo će imati veliki problem sa pronalaženjem nove osobe koja će moći mašine da popravi i da ih održava.¹⁶ U svakom slučaju identifikovanje ključne osobe i analiza potencijalnih gubitaka koji bi nastali smrću, nesposobnošću ili penzionisanjem takve osobe treba da bude deo programa upravljanja rizikom u privrednom društvu.

U nastavku će detaljnije biti prikazan položaj ključne osobe u odnosu na ugovor o osiguranju života.

4. Ključna osoba i ugovor o osiguranju

Postoje dve mogućnosti kod zaključenja ugovora o osiguranju ključne osobe. Prvo, postoji situacija kada su ugovarač osiguranja i ključna osoba različita lica. U tom slučaju, ugovor o osiguranju zaključuje ugovarač osiguranja, dok ključna osoba ima karakter trećeg lica. Praktično, ako osiguranje zaključuje privredno društvo da bi osiguralo direktora, menadžera ili neku drugu osobu koja ima značaj ključne osobe, onda je reč o osiguranju trećeg. Dakle, u ovakvoj situaciji, ključna osoba nije ugovorna strana. Da bi ugovor bio punovažan, ključna osoba (kao osigurano lice) mora dati saglasnost na zaključenje ugovora o osiguranju sopstvenog života i saglasnost na visinu osigurane sume.¹⁷ Pismena saglasnost osiguranog lica, mora biti navedena u polisi ili u odvojenom pismenu prilikom potpisivanja polise i to sa naznačenjem osigurane sume.¹⁸ U suprotnom bi takvo osiguranje bilo apsolutno ništavo. Osiguranje ključne osobe može da bude ugovoreno kao osiguranje za slučaj smrti, kao osiguranje od nesrećnog slučaja i zdravstveno osiguranje. Shodno usvojenom mišljenju u našem pravu, smatra se da je pismena saglasnost osiguranog lica (trećeg u ovom slučaju) neophodna samo kod osiguranja života. U komentaru na član 946 Zakona o obligacionim odnosima, navedeno je da pismena saglasnost nije potrebna kod osiguranja od

¹⁶ M. Dorfman, *Introduction to Risk Management and Insurance*, New Jersey, 2002, str. 51.

¹⁷ Saglasnost za zaključenje ugovora o osiguranju trećeg danas poznaje veliki broj zakonodavstava (Češka, Francuska, Italija, Mađarska, Nemačka, Slovačka, Švajcarska).

¹⁸ *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1995, str. 1547; P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Beograd, 2005, str. 469; M. Dorfman, *op. cit.*, str. 252.

nesrećnog slučaja imajući u vidu da se ono najčešće zaključuje kao kolektivno osiguranje.¹⁹ Međutim, ako se ima u vidu činjenica da će u našem slučaju (osiguranje ključne osobe) osigurana suma (bilo da nastupi smrt kao posledica nesrećnog slučaja, bilo da nastupi nesposobnost) biti isplaćena privrednom društvu, a ne osiguranom licu i naslednicima i da je u ovom slučaju uobičajeno individualno osiguranje (ali može biti i kolektivno), čini se da pismena saglasnost osiguranog lica (ključne osobe u našem slučaju) ima puno opravdanje.

U prilog pribavljanja pismene saglasnosti mogu se istaći brojni argumenti. Prvo, osiguranje ključne osobe se najčešće zaključuje kao individualno. Međutim, može se zaključiti i kao kolektivno, s tim što u ovom slučaju to ne znači da postoji suviše veliki broj osoba u svojstvu osiguranih lica (lica u čijem životu treba da se realizuje osiguranje slučaj). Zato je autor mišljenja da bi trebalo, kao i prilikom zaključenja ugovora o osiguranju života trećeg, tako i kod osiguranja od posledica nesrećnog slučaja, zahtevati pismenu saglasnost osiguranih lica, posebno ako se ima u vidu da se osigurana suma isplaćuje privrednom društvu kao korisniku osiguranja. Dakle, prvi argument u prilog postojanja pismene saglasnosti osiguranog lica (ključne osobe) kod osiguranja od posledica nesrećnog slučaja je što se ono najčešće zaključuje kao individualno. Drugi argument za pismenu saglasnost osiguranih lica leži u tome što i kada se osiguranje ključne osobe zaključuje kao kolektivno, obično je to mali krug osoba, te one, zbog značaja koji imaju za poslovanje privrednog društva, nikako ne mogu ostati nepoznate. Treći, vrlo važan argument u prilog ovakvog stava autora jeste da se osigurana suma isplaćuje privrednom društvu koje je u ulozi ugovarača i korisnika osiguranja, a ne osiguranom licu i njegovim naslednicima (u slučaju smrti osiguranog lica). Da se osigurana suma isplaćuje osiguranom licu ili naslednicima, saglasnost ne bi ni bila potrebna. Četvrto, obaveza ugovarača osiguranja da informiše osiguranu osobu o zaključenom kolektivnom osiguranju koja je predviđena u nekim uporednim pravima, kao na primer u Francuskoj, Švajcarskoj i Bugarskoj²⁰ ne može da bude zamena za prethodnu saglasnost ključne osobe za osiguranje sopstvenog života.

Upitnik koji sastavlja osiguravač može značajno da pomogne ugovaraču osiguranja prilikom prijavljivanja činjenica bitnih za ocenu rizika, jer je ugovarač

¹⁹ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 1548.

²⁰ S. Jovanović, Regulisanje ugovora o privatnom kolektivnom osiguranju u evropskom pravu, *Evropska revija za pravo osiguranja*, 12(2), 2013, str. 12.

osiguranja dužan da prijavi osiguravaču sve okolnosti od značaja za ocenu rizika, a koje su mu poznate ili mu nisu mogle ostati nepoznate.²¹ Obaveza ugovarača osiguranja da odgovori na postavljena pitanja iz upitnika u pismenoj formi koji mu dostavi osiguravač radi ocene rizika koji osiguravač treba da osigura, povezana je i sa posebnom obavezom osiguravača da osiguranika obavesti o elementima ugovora o osiguranju koji se zaključuje.

Ova obaveza ugovarača osiguranja prisutna je gotovo u svim zakonodavstvima, a osim toga predviđa se i u opštim uslovima osiguranja. Uz to, svaka promena okolnosti od značaja za ocenu rizika mora biti prijavljena osiguravaču. Pravilo je da ugovarač osiguranja snosi odgovornost za istinitost podataka i to nezavisno da li je on lično popunjavao prijavu ili je to činio neko drugi, a ugovarač samo potpisao.²² Ukoliko podaci nisu istiniti, Zakonom o obligacionim odnosima Srbije predviđene su pravne posledice davanja neistinitih činjenica bitnih za ocenu rizika. Pritom se pravi razlika između namerne i nenamerne netačne prijave.²³ Zapravo, sankcije za kršenje obaveze prijavljivanja okolnosti od značaja za ocenu rizika u svim zakonodavstvima zavise od subjektivnog odnosa osiguranika prema izvršavanju ove obaveze.²⁴ Iste odredbe nalaze se i u opštim uslovima osiguravača.

Posebne odredbe Zakona o obligacionim odnosima odnose se na slučajeve kada je netačno navedena starost osiguranog lica (ključne osobe u našem slučaju). Godine života, tj. pristupna starost osiguranog lica je vrlo važan element za određivanje visine premije. U upitniku osiguravača može biti navedeno da

²¹ Zakon o obligacionim odnosima, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, čl. 907.

²² Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 1481.

²³ U članu 908 Zakona o obligacionim odnosima regulisano je pitanje namerne netačne prijave ili prećutkivanja okolnosti od značaja za ocenu rizika. U takvom slučaju, osiguravač može tražiti poništenje ugovora jer, da je znao za pravo stanje stvari ugovor ne bi zaključio. Ovim svojim pravom osiguravač može da se koristi u roku od tri meseca od kada je saznao za netačnost prijave ili prećutkivanje. Ako dođe do poništenja ugovora, osiguravač zadržava naplaćene premije i ima pravo da zahteva isplatu premije za period osiguranja u kome je zatraženo poništenje ugovora. Teret dokazivanja krivice ili grube nepažnje je na onome ko se poziva na to, tj. na osiguravaču. Posledice nenamerne netačne prijave predviđene su u članu 909. Ako je ugovarač osiguranja dao netačnu prijavu ili je propustio dati dužno obaveštenje, a to nije učinjeno namerno, osiguravač može u roku od mesec dana od saznanja za netačnost prijave zahtevati raskid ugovora ili predložiti povećanje premije srazmerno većem riziku. Pravo izbora pripada osiguravaču.

²⁴ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 1482.

osigurano lice ima manje godina nego što je to realno. Tako se povećava rizik osiguravača zbog problema negativne selekcije. Zakon o obligacionim odnosima u čl. 944 navodi tri situacije koje mogu nastupiti zbog netačnog navođenja godina. Ako stvarne godine osiguranog lica prelaze granicu do koje osiguravač vrši osiguranje, to je razlog za poništenje ugovora. U tom slučaju osiguravač je dužan da vrati sve primljene premije. Druga situacija nastaje kada je prijavljeno manje godina nego što je to zaista slučaj, s tim da stvarne godine osiguranog lica ne prelaze granicu do koje osiguravač vrši osiguranje. Pod takvim okolnostima, ugovor je punovažan, a osiguravač će isplatiti osiguranu sumu srazmerno uplaćenim premijama. Poslednja situacija postoji kada osigurano lice ima manje godina nego što je prijavljeno, premija će se smanjiti na iznos koji odgovara stvarnom broju godina, a osiguravač vraća razliku između primljenih premija i premija koje odgovaraju stvarnom broju godina.²⁵

Posledice zbog navođenja neistinitih okolnosti ili prećutkivanja okolnosti od značaja za ocenu rizika snosi samo ugovarač osiguranja, pod uslovom da ključna osoba nije znala da su pogrešno navedene okolnosti od značaja za ocenu rizika. Međutim, ukoliko je ključna osoba znala za to, mogli bi joj se eventualno uputiti prigovori zbog nesavesnosti, prevare, dovođenja u zabludu (opšte odredbe Zakona o obligacionim odnosima). Budući da je ugovor o osiguranju ključne osobe, kada ga zaključuje kompanija i sebe određuje kao korisnika, po prirodi ugovor u svoje ime i za svoj račun neće se primeniti odredbe zakona koje predviđaju proširenje odgovornosti.²⁶ Budući da nije ugovorna strana, ključna osoba ne može da ističe bilo kakve prigovore osiguravaču jer sa njim nije ni u kakvom pravnom odnosu.

Interesantno je pomenuti da ugovori o osiguranju ključne osobe u Velikoj Britaniji, Španiji, Nemačkoj, SAD i Japanu često sadrže klauzulu neosporivosti

²⁵ Slična rešenja postoje i u drugim zakonodavstvima, na primer u SAD osiguravač će najčešće ponuditi mogućnost plaćanja razlike između premije koja je plaćena i one koja je trebalo da bude plaćena imajući u vidu stvarne godine osiguranog lica, uvećanu za kamatu. Ako ugovarač osiguranja ne pristane na to, onda se osigurana suma snižava na nivo koji odgovara do tada uplaćenim premijama (E. Vaughan, T. Vaughan, *op. cit.*, str. 212; K. Black, H. Skipper, *op. cit.*, str. 217).

²⁶ Proširenje odgovornosti zbog navođenja ili prećutkivanja netačnih okolnosti od značaja za ocenu rizika odnosi se na: osiguranje zaključeno u ime i za račun drugoga ili u korist trećeg ili za tuđi račun ili za račun koga se tiče (*Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, str. 1489).

(engl. *incontestable clause*).²⁷ Ova klauzula znači da se zaključeni ugovor ne može osporavati protekom roka od dve godine od zaključenja ugovora.²⁸ Ako se desi da osigurano lice umre pre isteka roka od dve godine od zaključenja ugovora, osiguravač života može da iskoristiti pravo na podnošenje prigovora i ospori valjanost ugovora, na primer, zbog netačnih okolnosti za ocenu rizika (recimo nije navedeno da je osigurano lice pušač, što neminovno utiče na visinu premije). Kada se utvrdi da su netačno navedene okolnosti od značaja za ocenu rizika,²⁹ osiguravač može da odloži isplatu osigurane sume (da bi utvrdio sve relevantne činjenice za ocenu rizika) ili da odbije isplatu. Osiguravač može sprovesti istragu u takvim spornim slučajevima. Može, na primer, ispitati uzrok smrti i način smrti i utvrditi istoriju bolesti osiguranog. Međutim, za takva istraživanja u SAD je neophodno dobiti odobrenje naslednika, odnosno nekada je neophodno zatražiti sudskim putem dozvolu za takve radnje. Napomenimo da kada je situacija nesporna, tj. kada su sve okolnosti za ocenu rizika nesumnjivo tačne, osiguravač ne može odbiti isplatu osigurane sume. S druge strane, kada osiguravač ne može da sazna nove okolnosti koje su bitne za utvrđivanje njegove obaveze (na primer, ne može pribaviti medicinski karton), stav je suda da se mora izvršiti isplata osigurane sume.³⁰

Moguće je da ugovor o osiguranju života zaključi i preduzetnik, u kom slučaju je isto lice ugovarač osiguranja i istovremeno ključna osoba. To bi bio slučaj kada preduzetnik zaključi ugovor o osiguranju svog života. U takvim okolnostima, ključna osoba je ugovorna strana. On može kao korisnika odrediti nekog od članova svoje porodice (naslednike) jer im se na ovaj način ostavlja mogućnost da nastave posao posle smrti vlasnika. Upitnik osiguravača popunjava ključna osoba, kao ugovorna strana, i dužna je da u njemu navede istinite činjenice od značaja za ocenu rizika. Ukoliko to ne učini, snosi posledice koje su prethodno pomenute u zavisnosti da li je namerna ili nenamerna netačna prijava okolnosti od značaja za ocenu rizika, odnosno da li je reč o netačnom navođenju godina

²⁷ K. Black, H. Skipper, *op. cit.*, str. 213.

²⁸ Ova klauzula je prvi put primenjena u Velikoj Britaniji, a zatim u SAD u ugovorima o osiguranju života (E. Vaughan, T. Vaughan, *op. cit.*, str. 211).

²⁹ Ovo se ne odnosi na pogrešno navođenje godina života osiguranika.

³⁰ *Minnesota Life Insurance Company v. Vasquez*, 2004. WL690835 at * 7 (Tex. App. Corpus Christi Apr./2004).

života. U ovom slučaju ključna osoba, kao ugovorna strana ima pravo na podnošenje prigovora osiguravaču koji proizilaze iz njihovog pravnog odnosa.

Ključna osoba može, pre nego što prestane ugovor o osiguranju života koji je zaključilo privredno društvo, da prestane da radi u tom društvu, ali ne zbog smrti, odnosno nesposobnosti ili drugih razloga predviđenih u polisi čijim nastupanjem nastaje obaveza osiguravača da isplati osiguranu sumu. Ovde možemo razlikovati dve situacije. Ako je zaključeno dugoročno osiguranje kao na primer, univerzalno životno, mešovito ili doživotno osiguranje za slučaj smrti, ugovarač bi mogao da zahteva od osiguravača otkup polise.³¹ Prema odredbama zakona, otkup se može tražiti ukoliko su uplaćene najmanje tri godišnje premije i ako je reč o dugoročnom osiguranju, tj. osiguranju za ceo život.³² U drugom slučaju, ako je reč o kratkoročnom osiguranju, ne postoji pravo na otkup.

5. Interes i moralni hazard u osiguranju ključne osobe

Osiguranje života nema obeštećujući karakter, a osigurana suma, koja se isplaćuje, predstavlja protivprestaciju uplaćenim premijama.³³ Naime, ovo osiguranje treba da posluži održavanju finansijske stabilnosti u privrednom društvu na način koji obezbeđuje pokrivanje gubitaka nastalih usled smrti, odnosno nesposobnosti za rad ključne osobe. Dakle, privredno društvo ima imovinski interes da zaključi osiguranje ključne osobe jer može da pretrpi štetu.³⁴ Stoga, ovo osiguranje ima obeštećujući karakter jer se privrednom društvu, trastijski, ortacima u ortakluku nadoknađuje šteta koju trpe, na primer, zbog smrti ključne osobe. Korisno bi bilo da naglasimo da smrt ili nezgoda mogu imati po imovinu štetne posledice, ali da u tom "slučaju i nije reč o osiguranju lica u pravom smislu, nego o osiguranju odštetnog karaktera sa pravnim posledicama imovinskog osiguranja koje mogu ugovorom, odnosno uslovima osiguranja i izričito biti predviđene".³⁵

³¹ Z. Petrović, T. Petrović, *Osiguranje života*, Beograd, 2003, str. 37.

³² Član 954 Zakona o obligacionim odnosima kaže da u polisi moraju biti navedeni uslovi pod kojima ugovarač osiguranja može zahtevati isplatu otkupne vrednosti i način kako se ona izračunava saglasno uslovima osiguranja.

³³ P. Šulejić, *op. cit.*, str. 67.

³⁴ A Proposed Extension of Insurable Interest Requirement for Key man Insurance, *Yale Law Journal*, 1956, 65(5), str. 736.

³⁵ P. Šulejić, *op. cit.*, str. 467.

Jasno je da imajući u vidu to čemu je namenjena osigurana suma u ovoj vrsti osiguranja (pokrivanje gubitaka nastalih usled smrti ključne osobe, održavanje finansijske stabilnosti, nastavak poslovanja, itd.), osiguranje ključne osobe ima odštetni karakter za privredno društvo. Zato možemo konstatovati da ovo osiguranje proizvodi pravne posledice imovinskog osiguranja.

Razlog zbog čega privredno društvo zaključuje ugovor o osiguranju ključne osobe povezan je sa njegovim imovinskim interesom. Zapravo, svrha zaključenja ugovora o osiguranju ključne osobe, jeste da ugovarač osiguranja sebe zaštiti od gubitaka koje će pretrpeti zbog smrti ključne osobe u privrednom društvu, odnosno zbog njegove nesposobnosti za rad. Kroz osiguranu sumu koju će primiti, ugovarač osiguranja biva obeštećen. Dakle, ovde ugovor o osiguranju trećeg ima za zadatak obezbeđenje imovinskog interesa privrednog društva.

Interes poslodavca (privrednog društva ili preduzetnika) je materijalne prirode, tj. može se izraziti u novcu. Ekonomska vrednost i jeste obeležje interesa u osiguranju. Osim ekonomske vrednosti, interes mora biti moguć, pravno dozvoljen i imati pravni osnov.³⁶ Jedino pod ovim uslovima, interes je prihvatljiv za osiguranje.³⁷ Interes poslodavca se sastoji u: izvršavanju ugovornih obaveza zaposlenog (ključne osobe), smanjenju troškova, eliminisanju gubitaka koji nastaju zbog smrti, odnosno invalidnosti osigurane (ključne) osobe. Moguće je istovremeno postojanje više subjekata interesa. Na primer, interes menadžera i akcionara da održe vrednost akcija, odnosno vrednost akcionarskog društva, da održe ugled i sl. Dodajmo da se interes poslodavca može odnositi ne samo na tekuće poslovanje, već i na buduće, odnosno on ima interes da zaključi osiguranje kako bi se zaštitio ne samo od stvarne štete, već i izmakle dobiti.

Najveći broj zakonodavstava ne prihvata interes u osiguranju lica jer osiguranje života nema obeštećujući karakter. Umesto toga, u slučajevima kada se zaključuje osiguranje trećeg, zahteva se pristanak osiguranog lica (lica u čijem životu treba da nastupi osigurani slučaj).³⁸ Tako je u pravu Austrije, Nemačke, Francuske,

³⁶ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 1503; P. Šulejić, *op. cit.*, str. 309.

³⁷ Pojam interesa se u osiguranju razvio upravo da spreči moralni hazard, prevare, kockanje, da se odvoji od igara na sreću i, takođe, da se spreči dvostruko osiguranje, budući da vrednost interesa ne sme biti prekoračena. Zahtev za postojanjem interesa čini da ugovor o osiguranju nije opklada (kockanje) (K. Black, H. Skipper, *op. cit.*, str. 12).

³⁸ P. Šulejić, *op. cit.*, str. 312.

Švajcarske, Švedske, ali i u pravu Srbije. U tom smislu treba shvatiti i osiguranje ključne osobe.

Kako je prethodno pomenuto, zaključenje ugovora o osiguranju ključne osobe od strane poslodavca biće pravno valjano samo ukoliko poslodavac pribavi saglasnost osiguranog lica. Međutim, nije dovoljno samo reći da je neophodna saglasnost osiguranog lica. Saglasnost mora da postoji u pogledu zaključenja ugovora, a s druge strane i u pogledu visine osigurane sume. Jedno bez drugog nije dovoljno.³⁹ Naglasimo da je kod ovakvih ugovora (osiguranja trećeg lica) važna i forma u kojoj se daje saglasnost. Po pravilu, to je pismena forma, a sama saglasnost može biti data ili u polisi ili u odvojenom pismenu. Konačno kada je reč o momentu davanja saglasnosti, važno je da ona postoji u momentu potpisivanja polise, odnosno najkasnije u momentu zaključivanja ugovora.⁴⁰ Iako se davanjem saglasnosti otklanja mogućnost da ugovarač osiguranja, koji je i korisnik, prouzrokuje osigurani slučaj, ipak moguće su razne zloupotrebe jer saglasnost može biti data pod prisilom.

Ako osiguranje ključne osobe sadrži vrlo visoku osiguranu sumu, na taj način se otvara prostor za moralni hazard. Da bi se problem moralnog hazarda eliminisao (ublažio), moguće je smanjiti obim pokrića, učiniti premiju zavisnom od ponašanja tokom trajanja ugovora o osiguranju, nadzorisati ponašanje (ovo je vrlo skupo, pa se pre nego što se ovome pristupi mora sprovesti analiza odnosa troškova i koristi).⁴¹ Minimizovanje moralnog hazarda osiguravač nastoji da realizuje kroz odgovor na pitanje da li kompanija ima veći interes ako je osigurano lice (ključna osoba) živa, nego da umre. Drugim rečima, korisnik (poslodavac) bi trebalo da ima veći interes ako osigurano lice živi nego ako umre. Kod osiguranja ključne osobe takav uslov je načelno zadovoljen. Poslodavac će imati više interesa i koristi ako je ključna osoba u životu jer neće biti izložen gubicima, troškovima zamene i obuke nove ključne osobe, prekidu proizvodnje itd. Sve ove neprijatne okolnosti pratiće smrt ključne osobe.

Ako je ugovarač osiguranja, koji je i korisnik, namerno ili prevarom izazvao osigurani slučaj (na primer, namerno ubistvo, namerno prouzrokovanje

³⁹ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, str. 1547.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ S. Harington, G. Niehaus, *Risk management and Insurance*, Singapore, 2004, str. 84.

nesrećnog slučaja), osiguravač nema obavezu ni na kakva davanja.⁴² Opravdanje za ovakve odredbe Zakona o obligacionim odnosima nalazi se u tome što bi u tom slučaju osigurani slučaj bio izazvan isključivom voljom ugovarača osiguranja,⁴³ što je nedopustivo u osiguranju. Takođe, to bi bilo i u suprotnosti sa javnim poretком i moralom. Ovo pravilo postoji u svim zakonodavstvima. Ako je ugovor zaključen u nameri da se iz osiguranja stekne protivpravna imovinska korist (osigurana suma bi bila viša od vrednosti osiguranog interesa), takav ugovor je apsolutno ništav.

Zanimljivo je istaći da u SAD postoji tendencija ekspanzije ugovora o osiguranju na živote zaposlenih koje kupuju korporacije (engl. *corporate-owned life insurance*), banke (engl. *bank-owned life insurance*) i trasti (engl. *trust-owned life insurance*). U Njujorku je postojao stav da pomaganje poslodavcima u razvoju inovativnih sredstava za finansiranje zdravlja zaposlenih i drugih koristi je u najboljem interesu radnika. Zaključivanje ugovora o osiguranju na život zaposlenih u SAD ima za cilj da omogući poslodavcima finansiranje planova penzijskog osiguranja sa unapred definisanim isplatama (engl. *defined benefit plans*). Taj mehanizam je poznat pod nazivom osiguranje života u vlasništvu korporacije ili trasta (engl. *corporate or trust-owned life insurance - COLI, TOLI*). Takvi planovi imaju poreskih pogodnosti. Obično se dozvoljava korišćenje tih pogodnosti do iznosa koji je dovoljan za izmirenje obaveza prema zaposlenima.

Međutim, pitanje je da li zaposleni zaista imaju koristi u ovakvim aranžmanima.⁴⁴ Čak, iako postoji njihova saglasnost za zaključenje ugovora, u praksi ima primera koji potvrđuju da je saglasnost data zbog straha od odmazde i pretnji poslodavaca. Čini se da je ipak više koristi na strani poslodavca koji nastoji da ostvari poreske uštede. Takođe, moguće je pretpostaviti da poreske uštede od osiguranja idu vlasnicima akcija i menadžmentu. Ako su koristi korporacije od smrti zaposlenog, mnogo veće od mogućih gubitaka, proizilazi da se u ovakvim slučajevima stvara širok prostor za moralni hazard. Zbog potencijalnog sukoba interesa nikako ne treba dozvoliti da osigurana suma bude veća od pretrpljene štete.

⁴² Shodno opštim uslovima osiguranja života, ako bi ugovarač namerno prouzrokovao smrt osiguranog lica, osiguravač nema obavezu ni da isplati matematičku rezervu.

⁴³ Odredba zakona se odnosi na fizička lica jer je reč o subjektivnom ponašanju, a kada je reč o pravnim licima u svojstvu ugovarača, ceni se ponašanje lica koje istupa u svojstvu pravnog lica (*Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, str. 1498).

⁴⁴ T. Baker, *Insurance Law and Policy*, Connecticut, 2008, str. 238.

Primer moralnog hazarda i sukoba interesa nalazimo u praksi. U jednom slučaju (*Tamez*), privredno društvo je zaključilo osiguranje od posledica nesrećnog slučaja (bilo je i vlasnik polise i korisnik osiguranja). Osigurani su bili zaposleni radnici. Svaki put kada bi radnik umro (poginuo dok je radio), privredno društvo je dobijalo 250.000\$. Sud je zbog toga, dozvolio naslednicima umrlih radnika da postave pitanje osigurljivog interesa i dozvolio im je da ostvare prava iz polise, tj. koristi za slučaj smrti.⁴⁵ Kao što se vidi, pitanje interesa u osiguranju je vrlo osetljivo pitanje jer može doći do konflikta interesa privrednog društva i zaposlenog koji je osiguran. Primer pokazuje da je pitanje interesa vrlo važno i da mora biti detaljno istraženo u svim slučajevima kada se govori o COLI (*corporate-owned life insurance*), BOLI (*bank-owned life insurance*), TOLI (*trust-owned life insurance*) situacijama.⁴⁶

Sumirajući u čemu se sastoji interes privrednog društva da zaključi osiguranje na život zaposlenih, odnosno ključne osobe, možemo navesti: očuvanje rejtinga, sprečavanje (smanjenje) gubitaka, smanjenje troškova, ali između ostalog i izbegavanje plaćanja poreza.⁴⁷ Dakle, postoje i neki prikriveni razlozi. Ako bi privredno društvo koristilo zajam po osnovu polise (razume se dok je osigurano lice još živo), platilo bi nižu kamatnu stopu u odnosu na kredit koji bi dobilo od banke. To je prva pogodnost. Drugo, sredstva zajma po osnovu polise mogu se uložiti u naučnoistraživački razvoj. Dobro je poznato da se rashodi nastali u ove svrhe odbijaju od poreske osnovice, što je od velikog značaja za privredno društvo.⁴⁸ Osim toga, ukoliko se ostvarena kapitalna dobit ponovo investira u nove poslove, privredno društvo neće platiti porez. Na sve ovo dodajmo da finansiranje zaduživanjem, opet podrazumeva poreske pogodnosti jer se kamate odbijaju kao trošak od osnovice za oporezivanje.

Poreski savetnici velikih privrednih društava u SAD smatraju da je legalno pozajmiti novac da bi se platile premije i odbile kamate po osnovu COLI planova, sve dok se pozajmljuje od drugih privrednih društava, a ne od osiguravača

⁴⁵ *Ibid.*, str. 239.

⁴⁶ *Ibid.*, str. 240.

⁴⁷ Američka praksa obiluje primerima o kupljenom osiguranju na život zaposlenih, a iza čega se krije izbegavanje plaćanja saveznog poreza. Na taj način, savezni budžet ostaje bez desetina miliona dolara. *Ibid.*

⁴⁸ Ovi rashodi se mogu odbiti u celosti u godini u kojoj su nastali, a mogu i tokom narednih godina (D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Beograd, 1997, str. 440).

života, tj. uzimati zajam po osnovu zaključenih polisa osiguranja ključne osobe. Posle napada na Svetski trgovinski centar (11. septembra 2001.), osiguravači života su isplatili milione dolara po osnovu COLI planova privrednim društvima čiji su zaposleni umrli 11. septembra. I *Enron* je bio jedan od velikih kupaca ovih planova, a istovremeno je koristio zajmove po osnovu ovih polisa da bi obezbedio dodatni izvor finansiranja.⁴⁹

6. Kome je namenjeno ovo osiguranje?

Nezavisno od prethodno rečenog, moramo biti svesni činjenice da osiguranje ključne osobe ne može biti univerzalno sredstvo rešavanja finansijskih problema svih privrednih društava i u svim situacijama. To će biti vrlo efikasan način rešavanja problema u situaciji kada je mala kompanija na prekretnici i kada je deli korak od velikog poslovnog uspeha. Ako kompanija ostane bez ključne osobe, imaće velike finansijske probleme jer su poslovni partneri sklopili posao imajući u vidu baš osobu koja je na čelu kompanije zbog njene reputacije, sposobnosti, inventivnosti i veština. Oni ne žele poslovni aranžman sa nekom drugom osobom jer su se "vezali" za tačno određenu ličnost.

Ovu vrstu osiguranja, na prvom mestu, koriste mala porodična preduzeća, srednja, kao i ona koja su tek osnovana. U manjim preduzećima postoji veća zavisnost od ključne osobe.

Osiguranje ključne osobe je vrlo pogodno i za preduzetnike. Preduzetnik koji nosi celokupan rizik za poslovanje i obično direktno i neograničeno odgovara za obaveze koje nastanu obavljanjem delatnosti individualno organizovanog preduzeća,⁵⁰ može radi obezbeđenja svojih poverilaca, da zaključi osiguranje života. On bi bio vlasnik polise i osigurano lice (ugovarač i osigurano lice), dok bi poverioci bili korisnici. Osim dodatnog obezbeđenja poverilaca, osiguranje ključne osobe se zaključuje i zbog obezbeđenja potrebnih finansijskih sredstava takvog oblika individualnog preduzeća, u slučaju kada naslednici nastavljaju posao. Uz to, povećava se i poslovni ugled.

Da bi umanjio rizik kome je izložen i da bi odgovarao za obaveze samo do visine uloga, pojedinac može da organizuje jednočlano privredno društvo koje ima

⁴⁹ T. Baker, *op. cit.*, str. 242.

⁵⁰ M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava Srbije i EU*, Beograd, 2005, str. 31.

pravni subjektivitet.⁵¹ Zbog toga se može javiti opasnost od zloupotrebe imovine društva i zaštite poverilaca. Zato je osiguranje ključne osobe vrlo poželjan i adekvatan način zaštite.⁵² Pored zaštite poverilaca, još jedan razlog zaključenja ovog osiguranja je obezbeđenje sredstava za finansiranje jer nekada može biti veoma teško pronaći sredstva za dalje poslovanje (jer nema dovoljno sopstvenog kapitala), pa bi se kroz osiguranje ključne osobe to pitanje rešilo. Takav vlasnik jednočlanog privrednog društva će lakše ugovoriti nove poslove, odnosno lakše će doći do kredita (premda može da koristi i zajam po osnovu polise).

Ortačko društvo može da zaključi osiguranje ključne osobe iz razloga obezbeđenja finansiranja, podizanja poslovnog ugleda, obezbeđenja poverilaca. Osiguranje ključne osobe u Velikoj Britaniji zaključuje kompanija, trasti, ortaci u ortačkom društvu ili preduzetnik.⁵³

Kao korisnici osiguranja ključne osobe mogu biti određeni investitori, ali i poverioci. Naime, ovi subjekti mogu zahtevati od privrednog društva sa kojim posluju da zaključi osiguranje ključne osobe s tim da njih odredi kao korisnike (beneficijare). Cilj je, svakako, zaštita njihovih interesa, odnosno obezbeđenje potraživanja. Dodajmo još da osiguranje ključne osobe može biti od interesa i budućim kupcima, ukoliko se njihova ponuđena cena zasniva na vrednosti privrednog društva, obimu prodaje za koje je zaslužna ključna osoba, pronalascima (patentima) istraživača (ključne osobe) i sl.

7. Kratkoročno ili dugoročno osiguranje?

Ukoliko se osiguranje ključne osobe koristi za obezbeđenje imovinskog interesa privrednog društva u dužem roku, kao i na primer, za finansiranje penzijskih planova, preporučuje se dugoročno osiguranje. U suprotnom, ako je potrebno obezbediti zaštitu za neko kraće vreme (dok se ne završi posao), preporuka je da to bude kratkoročno osiguranje.⁵⁴

Najčešće forme dugoročnog osiguranja života koje se koriste u svrhu osiguranja ključne osobe su osiguranje na ceo život (engl. *whole life*) i univerzalno životno

⁵¹ *Ibid.*, str. 33.

⁵² S druge strane, radi zaštite poverilaca u određenim slučajevima se primenjuje ustanova "probijanja pravne ličnosti" (*Ibid.*, str. 34).

⁵³ Više o tome dostupno je na: www.easyorder.com.au/att.do?prefix=/att&page=/mlcbrochure.do?action=getProductContent&productId=762.

⁵⁴ R. Mehr, R. Osler, *op. cit.*, str. 427.

osiguranje (engl. *universal life*), mada se može zaključiti i mešovito osiguranje (engl. *endowment insurance*). Kod doživotnog osiguranja, osiguranje pokriva čitav životni vek osiguranika. Premija se može plaćati ili do smrti ili do momenta penzionisanja ključne osobe. Visina premije zavisiće, između ostalog, od godina ključne osobe i njenog zdravstvenog stanja. Obeležje ovog osiguranja je fiksna premija i fiksna osigurana suma.

Nasuprot ugovoru o doživotnom osiguranju, univerzalno životno osiguranje se karakteriše time što su premije i osigurana suma fleksibilne, što znači da ugovarač može plaćati veći ili manji iznos premija. Što je veći iznos uplaćenih premija biće i veća osigurana suma. Specifičnost ove vrste osiguranja života je prilagođavanje kamata tekućoj kamati, s tim što je u ugovoru određena minimalna kamata. Za razliku od ostalih ugovora o osiguranju života, osiguravač jemči kamatnu stopu za period od šest meseci ako je osiguranik oročio sredstva osiguravaču.⁵⁵

Ugovor o osiguranju ključne osobe može se zaključiti i kao riziko osiguranje života (engl. *term life*, nem. *Rizikolebensversicherung*) ako je neophodno obezbediti poslovanje u kraćem roku. Međutim, iako je jeftinije, njegovi su dometi ograničeni. Kod takvog ugovora, osigurana suma se isplaćuje samo ukoliko osiguranik umre u toku ugovorenog perioda. Ukoliko preživi, uplaćene premije ostaju osiguravaču. Riziko osiguranje najmanje košta, ali doživotno osiguranje, zato što je skuplje, pruža nešto više.

Uporedo sa osiguranjem života, za osiguranje ključne osobe može se koristiti i osiguranje dohotka za slučaj invalidnosti (engl. *disability income insurance*). Ovo osiguranje dohotka se široko koristi kao jedna vrsta osiguranja ključne osobe. Međutim, ovo osiguranje se najčešće kupuje uz osiguranje na ceo život.⁵⁶ Isplate osigurane sume privrednom društvu vrše se mesečno tokom perioda potpune invalidnosti osigurane osobe. Isplata se vrši posle određenog perioda invalidnosti i nastavlja se sve dok je osigurani nesposoban od 12 do 24 meseca. U takvim slučajevima, visina osigurane sume, zavisi i od stepena invalidnosti.⁵⁷ Moguće je ugovoriti i osiguranje režijskih troškova za slučaj invalidnosti (engl. *overhead disability insurance*). Ovo osiguranje pokriva mesečne fiksne, redovne troškove u poslovanju. Isplata se vrši tokom celog perioda nesposobnosti, s tim

⁵⁵ S. Andrijašević, V. Petranović, *op. cit.*, str. 123.

⁵⁶ R. Mehr, R. Osler, *op. cit.*, str. 428.

⁵⁷ K. Black, H. Skipper, *op. cit.*, str. 415.

da ona počinje istekom 30 ili 60 dana od nastale nesposobnosti (invalidnosti). Isplate po osnovu ovog osiguranja treba da se koriste za: otplatu kredita, materijalne troškove, rate za hipoteku, zaradu zaposlenih, otplatu za nabavljenu opremu, premije za imovinska osiguranja i sl.⁵⁸

8. Iznos na koji glasi polisa (osigurana suma)

Pravilo je da je osigurana suma bitan element ugovora o osiguranju lica. Ona predstavlja bitan uslov punovažnosti ugovora (*essentialia negotii*). Zakon o obligacionim odnosima u članu 942 predviđa da se osigurana suma mora ugovorom odrediti, što znači da ugovorne strane sporazumno određuju visinu osigurane sume. Ona je isključivo merilo visine obaveze osiguravača.

Osiguranje ključne osobe nije izuzetak od tog pravila. Stoga je vrlo važno odrediti optimalnu visinu osigurane sume zato što ona treba da bude dovoljna za nastavak posla, za obezbeđenje poverilaca, za pokriće gubitaka, a koji nastaju usled smrti, nesposobnosti ili teške bolesti ključne osobe. Determinante u određivanju visine osigurane sume kod osiguranja ključne osobe su brojne. Projekcija optimalne visine osigurane sume može se izvršiti polazeći od visine gubitaka koji mogu nastati usled nepoželjnih događaja u životu ključne osobe (smrt, nesposobnost za rad, teška bolest). Međutim, moramo naglasiti da je često vrlo teško, čak nemoguće, precizno utvrditi potencijalnu visinu gubitaka.⁵⁹ Dalje, morala bi se uzeti u obzir mogućnost pozajmljivanja u iznosu koji je neophodan za pokriće nastalih gubitaka. Takođe, ukoliko je ključna osoba garantovala za neki kredit, prilikom procenjivanja iznosa pokrića mora se uzeti u obzir i ta činjenica. Deo dobiti koja se može pripisati ključnoj osobi, tj. na koji je ona direktno uticala, još je jedan parametar u utvrđivanju visine potencijalnih gubitaka i određivanja visine osigurane sume. Važan element u ukupnim troškovima mogu biti gubici nastali zbog nemogućnosti realizacije ugovora, tj. nekog dogovorenog posla ili gubitka klijenta, direktni i indirektni troškovi pronalazjenja i obuke nove ključne osobe (moguće je da nova ključna osoba želi i veću platu), drugim rečima stvarni troškovi i izgubljena dobit.

Postoji više metoda za procenu veličine osigurane sume. Jedan od njih je metod sadašnje vrednosti. Ovaj metod uzima u obzir visinu zarade koja treba da bude određena tako da bude dovoljno atraktivna za nove ključne osobe, troškove

⁵⁸ *Ibid.*, str. 416.

⁵⁹ Na primer, nova ključna osoba može tražiti veću platu (R. Mehr, R. Osler, *op. cit.*, str. 429).

obuke i troškove premeštanja. Drugi metod je metod otpisa duga (engl. *debt cancellation method*). On se zasniva na proceni troškova zamene akcionara ili direktora koji imaju kredit i za koji garantuje privredno društvo. Metod multiplikacije koristi ključnu osobu kao faktor za procenu uticaja koji ključna osoba ima za privredno društvo. Na primer, u privrednom društvu u kome postoje dve ključne osobe a mali je broj zaposlenih, svako će imati 50% uticaja na poslovanje (uspeh, odnosno neuspeh). Međutim, ako je reč o velikom kolektivu u kome je i veliki broj zaposlenih sa posebnim sposobnostima koji doprinose ukupnom uspehu, faktor ključne osobe se smanjuje na 33% ili 25%.⁶⁰

Praksa pokazuje da je iznos pokrića često pet do deset puta veći u odnosu na godišnju zaradu ključne osobe. Prilikom utvrđivanja iznosa pokrića, odnosno osigurane sume, kao i kod svakog osiguranja života, nezaobilazan faktor koji se uzima u obzir su godine života (starost osiguranika) i njegovo zdravstveno stanje. Troškovi kupovine ovog osiguranja mogu se smanjiti kupovinom grupnog osiguranja (ako ima više osoba koje mogu imati status ključnih), odnosno korišćenjem osiguranja *first to die*. U ovom slučaju, "prva smrt" obezbeđuje isplatu osigurane sume. Ostali osigurani se kvalifikuju za nov iznos pokrića, s tim što ne treba da dokazuju postojanje interesa za osiguranjem.

Važno obeležje osiguranja ključne osobe je činjenica da jednom određena osigurana suma može da se menja budući da se menja i vrednost posla, visina potrebnog kredita za poslovanje i sl. Dodajmo da osiguranje ključne osobe može da se otkupi, što je zapravo, obeležje ugovora o osiguranju života. Otkup se vrši kada je osigurano lice još živo, ali je došlo do promene ključne osobe (na primer, prethodna je napustila privredno društvo).

Prilikom procene osigurane sume, mora se imati u vidu i vrednost privrednog društva koje zaključuje osiguranje ključne osobe, berzanska vrednost njegovih akcija i sl. Ovo je važno jer će tržište odgovoriti na informacije o negativnim trendovima u akcionarskom društvu obarajući cenu akcija.

⁶⁰ U praksi postoji više pravila za uvrđivanje iznosa osigurane sume kod osiguranja ključne osobe. Više o tome je dostupno na: www.easyorder.com.au/att.do?prefix=/att&page=/mlcbrochure.do?action=getProductContent&productId=762.

Osigurana suma je, po pravilu, limitirana na vrednost interesa, što bi značilo da ona ne bi mogla biti veća od vrednosti gubitaka koje bi privredno društvo imalo za slučaj smrti osiguranog (vrednosti interesa).⁶¹

9. Zaključak

Osiguranje ključne osobe predstavlja vrlo dobar način za prevazilaženje finansijskih teškoća koje mogu nastati smrću ključne osobe ili zbog privremene ili trajne nesposobnosti ili teške bolesti (sa potencijalnim smrtnim ishodom) ključne osobe. Osiguranje ključne osobe nije nova vrsta osiguranja, već samo poseban način upotrebe osiguranja života, osiguranja od posledica nesrećnog slučaja i zdravstvenog osiguranja. Ovaj vid osiguranja može biti vrlo efikasan mehanizam zaštite kreditora, može obezbediti nastavak proizvodnog procesa i zaštititi privredno društvo od finansijskih gubitaka.

Ključna osoba je osoba čija smrt, nesposobnost, invalidnost ili teška bolest mogu negativno uticati na poslovanje, zato što ključna osoba ima izvanredne sposobnosti, veštine, znanje, stručnost i talenat. Ključna osoba može biti bilo koja osoba koja je ekspert u svojoj profesiji i čije aktivnosti i veštine su od izuzetnog značaja za uspeh u poslu.

Ugovor o osiguranju ključne osobe obično zaključuje privredno društvo. Ono je ugovarač i korisnik osiguranja. To znači da ukoliko se realizuje osigurani slučaj (smrt, nesreća koji prouzrokuju trajnu ili privremenu nesposobnost za rad), privredno društvo će odmah biti oštećeno. Ovo osiguranje će biti punovažno samo ukoliko postoji pismena saglasnost osigurane osobe.

Osiguranje ključne osobe predstavlja način na koji privredno društvo ili njegov menadžment pokazuje brigu, lojalnost i odgovornost prema akcionarima ili partnerima (u slučaju ortačkog društva), kreditorima, investitorima i svima ostalima koji imaju interes da društvo uspešno posluje. To povećava njegov

⁶¹ Da bi obezbedio svoje potraživanje, kreditor može odlučiti da osigura život svog dužnika, pri čemu bi iznos pokrića trebalo da odgovara visini potraživanja. Međutim, ima i onih koji smatraju da osigurana suma treba da pokrije iznos potraživanja koji je uvećan za prateće troškove, konkretno (premije koje je platio kreditor, kao i kamatu na glavnici duga i na plaćene premije). Ovakav stav je izazvao brojne dileme i negodovanje sudova, posebno u slučajevima u kojima je osigurana suma znatno viša od vrednosti duga. Vrhovni sud SAD je zauzeo stav da osigurana suma ne sme da pređe iznos potraživanja kreditora jer se na taj način dovodi u pitanje sama svrha ugovora (K. Black, H. Skipper, *op. cit.*, str. 199).

rejting. Osigurana suma mora biti dovoljna da pokrije troškove pronalaženja nove ključne osobe i njene obuke, ali i da pokrije gubitke.

Jasmina Labudović Stanković, PhD*

Key Person Insurance

Summary

The aim of this paper is to present the key person insurance in the company, as a special way to overcome the financial problems arising with the death of the key person(s) or key person's permanent or temporary incapacity due to severe illness (with possible fatal outcome). Some of the problems that arise in the company include reduced profitability, costs related to the engagement and training of the new key person, the decline of business reputation and credit rating of the company.

The text speaks of the importance of this type of insurance and reveals the reasons which impose the need to conclude this type of insurance. Determining the term of the key person brings us to the circle of people who could be insured in this case. Key person insurance is not a special type of insurance. This is a special way of using traditional life insurance and accidents insurance contracts for business purposes and not for personal ones. The authors, also, have attempted to answer the following question: How do we fix the amount of coverage on the insurance policy? Key person insurance is used in many countries, however there is no market in our country.

Keywords: insurance, key person insurance, life insurance.

* Associate Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac.

Njegoslav Jović*

UDK: 347.77(4-672EU)

str. 87-98.

REGIONALNO ISCRPLJENJE PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE KARAKTERISTIČNO ZA PRAVO EVROPSKE UNIJE

Apstrakt

Predmet ovog rada je analiza dejstva regionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine koje je karakteristično za promet robe na tržištu Evropske unije a u kojoj ili na čijoj ambalaži je opredmećeno neko pravo intelektualne svojine. U radu se analiziraju nacionalno i međunarodno iscrpljenje prava intelektualne svojine kao tipične vrste iscrpljenja prava a posebno je posvećena pažnja regionalnom iscrpljenju koje je karakteristično za pravo Evropske unije. Takođe, rad obrađuje i odnos između iscrpljenja prava i paralelne trgovine jer bez paralelne trgovine pravno regulisanje iscrpljenja prava ne bi imalo ni smisla.

Rad je podijeljen na tri dijela. U prvom dijelu se pojmovno određuju instituti iscrpljenja prava i paralelne trgovine, u drugom vrste iscrpljenja prava, dok je u trećem dijelu posebno obrađeno regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine koje je karakteristično za pravo Evropske unije.

Cilj istraživanja rada jeste da utvrdi da li je regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine zadovoljavajući način prevazilaženja ograničenja načela slobode kretanja robe za proizvode u kojima je ili na čijoj ambalaži je opredmećeno neko pravo intelektualne svojine. U radu se takođe analizira da li postoje i određeni izuzetci od regionalnog iscrpljenja.

* Viši asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

Ključne riječi: iscrpljenje prava, vrste iscrpljenja, paralelna trgovina, prava intelektualne svojine, pravo Evropske unije.

1. Uvod

Osnivanjem Evropske zajednice za uglj i čelik 1951. godine, Evropske zajednice za atomsku energiju 1957. godine i Evropske ekonomske zajednice 1957. godine, kao oblika regionalne ekonomske integracije, pred ove organizacije su prevashodno postavljeni ekonomski ciljevi u vidu uspostavljanja zajedničkog evropskog tržišta a kasnije i unutrašnjeg tržišta. Proklamovane su četiri osnovne slobode, tj. sloboda prometa robe, sloboda kretanja lica, sloboda vršenja usluga i sloboda prometa kapitala. Ovim osnovnim slobodama su prizati statusi načela Evropske unije.

Ograničavanje ovih sloboda nacionalnim mjerama u okviru unutrašnjeg tržišta EU a posebno načela slobode prometa robe je u određenim situacijama dozvoljena. Zbog uskosti teme ovog rada jer se odnosi samo na stavljanje u promet proizvoda koji su zasnovani na pravima intelektualne svojine, ostali segmenti ograničenja navedenih sloboda neće biti predmet ovog rada.

Ograničavanje ili sprečavanje trgovine u okviru EU može se pravdati zaštitom prava intelektualne svojine. Pravo intelektualne svojine (autorsko i srodna prava i prava industrijske svojine) su ograničena na teritoriju države u kojoj su zaštićeni (važi načelo teritorijalnosti). Ova prava su ekskluzivna (monopolska) te se njegovim korišćenjem dijeli jedinstveni prostor unutrašnjeg tržišta EU i ono čini prepreku slobodnom prometu robe.¹ Države članice EU su još uvijek zadržale nacionalni sistem zaštite prava intelektualne svojine tako da postoji neujednačen heterogen zbir nacionalnih zakonskih propisa iako su za neka pitanja na komunitarnom nivou doneseni određeni sekundarni akti u vidu uredbi i uputstava. Od uredbi najznačajnije su: Uredba o unitarnom patentu, Uredba o komunitarnom žigu, Uredba o komunitarnom dizajnu, Uredba o zaštiti geografske oznake i imena porijekla za poljoprivredne proizvode i hranu i dr. Od uputstava najznačajnije su: Uputstvo o sprovođenju prava intelektualne svojine, Uputstvo o harmonizaciji roka trajanja autorskog prava i srodnih prava, Uputstvo o pravnoj zaštiti baze podataka i dr.

¹ R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2014, str. 233.

Svi proizvodi u kojima je opredmećeno neko pravo intelektualne svojine (autorsko djelo, patent, žig i dr.) stavljaju se u promet na tržište voljom titulara koji je nosilac isključivih subjektivnih ovlašćenja. Taj proizvod se stavlja u promet na teritoriji države gdje su titularova prava zaštićena i njegovo isključivo pravo da stavlja proizvod u promet je iscrpljeno (konzumirano) za teritoriju te države (nacionalno iscrpljenje), te druga lica koja postanu vlasnici tih proizvoda ih mogu dalje otuđiti bez saglasnosti titulara ali samo na teritoriji te domaće države. Ovakav način prometa tih proizvoda je nepodnošljiv sa stanovišta prava Evropske unije jer cijepa jedinstveno unutrašnje tržište na dvadeset osam nacionalnih tržišta i ograničava slobodu prometa robe. Zbog toga je u okviru prava Evropske unije ustanovljen koncept regionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine.

2. Pojam iscrpljenja (konzumacije) prava i paralelne trgovine

Iscrpljenje prava je usko povezano sa paralelnom trgovinom. U situacijama kada izvorni titular stavlja proizvode u promet na domaćem i inostranom tržištu paralelne trgovine nema a važi nacionalno iscrpljenje prava ako je titular u obe države zaštitio svoja prava npr. patenta u upravnom postupku. Problem se javlja kada drugo lice kao kupac izvozi proizvode (koji su zaštićeni nekim pravom intelektualne svojine) bez saglasnosti titulara. U ovim situacijama dolazi do paralelne trgovine. U nastavku rada ćemo prvo pojmovno odrediti institut iscrpljenja prava a zatim paralelnu trgovinu.

Sva prava intelektualne svojine su teritorijalno ograničena. To znači da npr. patent nad pronalaskom obezbjeđuje titularu patenta ekskluzivno pravo iskorišćavanja pronalaska u granicama države ili država u kojoj je priznat. Ovdje važi načelo teritorijalnosti. U slučaju da vlasnik patentiranog proizvoda isti stavi u promet na teritoriji druge države, odnosno da ga izveze sa namjerom da ga otuđi, izvršio bi povredu imovinskopravnog ovlašćenja titulara patenta koja se sastoji u neovlašćenom stavljanju u promet proizvoda bez volje i saglasnosti titulara patenta.

Iscrpljenje prava postoji u svim oblastima prava intelektualne svojine uz neznatne razlike. Ono nije propisano nijednom međunarodnom konvencijom u oblasti zaštite prava intelektualne svojine pa tako ga ne reguliše ni Sporazum o trgovinskim aspektimima prava intelektualne svojine (TRIPS) koji je usvojen u okviru Svjetske trgovinske organizacije (STO) i to zbog različitih stavova država

o konceptu ovog instituta. Ono je isključivo regulisano nacionalnim propisima, a u novije vrijeme i sekundarnim aktima Evropske unije.

Iscrpljenje prava (konzumacija) nastupa kada titular prava intelektualne svojine ili drugo lice na osnovu njegovog ovlašćenja ili njegov naslednik stave proizvod koji je obuhvaćen patentnom zaštitom u promet a treće lice pravnim poslom stekne vlasništvo nad tim proizvodom i može slobodno da taj proizvod dalje stavlja u promet. Osnovni uslov da bi nastupilo iscrpljenje prava je da je proizvod koji predstavlja materijalizaciju zaštićenog intelektualnog dobra stavljen u promet voljom titulara. Drugo lice to može učiniti uz ovlašćenje titulara a nikako bez njega jer u tom slučaju bi došlo do povrede patenta a ne do iscrpljenja prava.² Ukoliko institut iscrpljenja prava ne bi postojao titular prava intelektualne svojine bi mogao da na osnovu svojih ličnih pravnih i imovinskopravnih ovlašćenja spriječi budućeg vlasnika da vrši dalji promet primjeraka predmeta koji predstavljaju materijalizaciju određenog intelektualnog dobra. Osnovna svrha instituta je da onemogući takvo ponašanje titulara prava intelektualne svojine i da njegova saglasnost nije potrebna za tzv. sekundarni promet proizvoda na koji se odnosi zaštita.³

Paralelna trgovina podrazumijeva da trgovci ne poštuju distributivni plan proizvođača, te da kupuju proizvode u jednoj državi po nižim cijenama i da ih izvoze u drugu državu u kojoj ih prodaju po znatno skupljim cijenama. Pri tome oni ne konsultuju titulara prava intelektualne svojine. Paralelna trgovina sprečava monopole dobavljača i cjenovnu diskriminaciju. Ona je u interesu krajnjih potrošača jer se na osnovu nje smanjuje tržišna cijena proizvoda što je za krajnje potrošače svakako primamljivo.⁴

Paralelna trgovina se odnosi na originalne proizvode koji su pušteni u promet na tržištu jedne države od titulara prava i koji su izvezeni u drugu državu od strane paralelnog trgovca. Proizvodi koje paralelni trgovac izvozi nisu falsifikati jer ih je proizvođač stavio u promet i za to primio adekvatnu naknadu. Često se

² Nj. Jović, Pravni aspekti paralelne trgovine farmaceutskim proizvodima, XI Majsko savjetovanje, Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa „Usluge i zaštita korisnika“, Kragujevac, 2015, str. 672.

³ D. Popović, „Iscrpljenje“ autorskog prava i srodnih prava, međunarodna trgovina i poslovanje na internetu, *Pravna riječ*, br. 37/2013, str. 70.

⁴ Nj. Jović, *op. cit.*, str. 668.

proizvodi koji su predmet ove vrste trgovine nazivaju „roba sivog tržišta“ mada je takva roba legalna ali nije stigla na tržište druge države voljom proizvođača.⁵

Paralelna trgovina je ograničena zavisno od toga koji sistem iscrpljenja prava intelektualne svojine se primjenjuje u konkretnoj državi. Kad je na snazi sistem nacionalnog iscrpljenja prava za patente, paralelna trgovina je zabranjena. U državama članicama EU važi sistem regionalnog iscrpljenja te je paralelna trgovina dozvoljena između država članica ali je zabranjena za izvoz proizvoda u treće države nečlanice. Države koje primjenjuju sistem međunarodnog iscrpljenja dozvoljavaju paralelnu trgovinu i ona može biti ograničena samo u izuzetnim situacijama.

3. Vrste (sistemi) iscrpljenja prava

Postoje tri vrste (sistema, režima, koncepta) iscrpljenja prava intelektualne svojine sa svojim karakterističnim specifičnostima.

Prvi sistem je nacionalno iscrpljenje koji je klasičan institut prava intelektualne svojine. Na osnovu nacionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine titular prava pušta primerak proizvoda u promet i on je time iscrpio (konzumirao) svoje subjektivno pravo tako da budući vlasnik ima pravo da taj proizvod pusti dalje u promet ali samo na teritoriji domaće države. Na osnovu ovog ovlašćenja titular prava može da se suprotstavi paralelnoj trgovini svog proizvoda za bilo koju drugu državu. U SAD-u je prihvaćeno nacionalno iscrpljenje za patente, u Srbiji za patente, industrijski dizajn i autorsko pravo a u BiH za patente topografiju integrisanih kola i autorsko pravo. Zakonodavstvom oko 40 država prihvaćen nacionalni režim iscrpljenja prava za patente.⁶

Drugi sistem je regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine i on je nastao u Evropskoj uniji u predmetu *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*.⁷ Regionalno iscrpljenje podrazumijeva da je titular

⁵ World Trade Organization, World Intellectual Property Organization and World Health Organization, *Promoting Access to Medical Technologies and Innovation, Intersections between public health, intellectual property and trade*, Ženeva, 2013, str. 181.

⁶ Detaljnije vid. WIPO document CDIP/5/4 REV., Annex II, str. 32-42. Dostupno na: http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=142068, 30.10.2014.

⁷ Case C - 78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*. Dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=hr&jur=C,T,F&num=C%20-%2078/70&td=ALL>, 08.06.2015.

subjektivnog prava intelektualne svojine iscrpio svoje pravo stavljanjem primjerka predmeta u promet na tržištu određenog regiona, tj. teritorije EU. U ovom slučaju titular prava se može suprotstaviti paralelnoj trgovini proizvoda koji uživaju patentnu zaštitu samo u slučaju izvoza u države koje nisu članice EU. O regionalnom iscrpljenju vidjeti detaljnije u nastavku rada.

Treći sistem je međunarodno iscrpljenje prava intelektualne svojine. Ono se sastoji u iscrpljenju subjektivnog prava činom prvog stavljanja u promet primjeraka predmeta koji predstavlja materijalizaciju zaštićenog intelektualnog dobra voljom titulara prava bez obzira na državu u kojoj je primjerak prvi put stavljen u promet.⁸ Titular prava se ne može protiviti paralelnoj trgovini ako je u njegovoj državi na snazi ovaj sistem jer se smatra da je iscrpio (konzumirao) svoje subjektivno pravo za sve države. Ovaj sistem prihvataju SAD (mada imaju oprečne presude u sudskoj praksi) za autorsko pravo i žig, u Srbiji za žig a u BiH za žig i industrijski dizajn. Od 2010. godine preko 20 država primjenjuje režim međunarodnog iscrpljenja prava za patente. Neke od tih država su Andora, Argentina, Kina, Kostrika, Egipat, Honduras, Indija, Pakistan, Filipini, Urugvaj idr.⁹

Iscrpljenje prava intelektualne svojine je po svojoj pravnoj prirodi zakonsko ograničenje sadržinskog dejstva patenta, iz čega proizilazi da legalni pribavilac patentiranog proizvoda smije isti da dalje stavlja u promet ne zato što se smatra da je dozvola implicitno data već što vršenje tih radnji ne podliježe obavezi dobijanja dozvole od nosioca patenta.¹⁰ Države u principu mogu da usvoje različite koncepte iscrpljenja prava i paralelne trgovine za različita prava intelektualne svojine. Tako recimo, može da usvoji koncept nacionalnog iscrpljenja za patente a koncept međunarodnog iscrpljenja za pravo žiga. Ovakvu diskreciju država da usvoje sopstvenu politiku i režime u vezi sa iscrpljenjem prava priznaje i TRIPS.¹¹

⁸ D. Popović, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Beograd, 2012, str. 175.

⁹ Vid. WIPO document CDIP/5/4 REV., Annex II, str. 32-42.

¹⁰ S. Marković, *Patentno pravo*, Nomos, Beograd, 1997, str. 304.

¹¹ F. Abbott, *Parallel Importation: Economic and social welfare dimensions*, *International Institute for Sustainable Development (IISD)*, Winnipeg, 2007, str. 5. Nj. Jović, *op. cit.*, str. 672-674.

4. Regionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine karakteristično za pravo Evropske unije

Pitanje regionalnog iscrpljenja prava intelektualne svojine nije isključivo vezano za EU. U Kongresu SAD-a se više puta raspravljalo o dozvoljenosti paralelnog uvoza farmaceutskih proizvoda iz Kanade i Meksika koji su jeftiniji. U slučaju da SAD dozvole trgovinu ovih proizvoda sa susjednim zemljama to bi značilo da primjenjuju regionalno iscrpljenje prava u farmaceutskoj industriji sa svojim neposrednim susjedima. Za sada SAD još uvijek primjenjuju režim nacionalnog iscrpljenja za patente ove vrste ali mnoge zemlje u razvoju propisuju režim međunarodnog iscrpljenja prava u ovoj oblasti.¹² Zbog ograničenosti ovog rada u nastavku će mo se osvrnuti samo na regionalno iscrpljenje prava u pravu EU kao najrepresentativnijeg.

Države članice EU su zadržale nacionalni sistem zaštite prava intelektualne svojine. Međutim, organi EU donose sekundarne propise u vidu uredbi i uputstava kojima vrše harmonizaciju propisa a jednim dijelom i unifikaciju. Zbog nacionalnog sistema zaštite ovih prava a postojanja i sve više komunitarnih propisa u praksi postoji koegzistencija nacionalnog i nadnacionalnog prava. Oslanjajući se na klasični nacionalni režim iscrpljenja prava nastaje problem sa suprotstavljanjem isključivih subjektivnih prava intelektualne svojine i slobodnog prometa robe i zaštite konkurencije u pravu EU. Isključiva ovlašćenja nosioca subjektivnog prava intelektualne svojine mogu biti prepreka slobodnom kretanju robe i na taj način narušiti konkurenciju na unutrašnjem tržištu EU.¹³ Prava intelektualne svojine su u roku trajanja zaštite monopolska prava a pravo konkurencije je upravo suprotnost, tj. pravo koje ne dozvoljava monopole. Međutim, ova prava nisu u neskladu i jedno drugo ne isključuje. I u pravu konkurencije su određeni monopoli dozvoljeni ali pod restriktivnim uslovima. Pravo konkurencije upravo dozvoljava monopole u oblasti prava intelektualne svojine ali ne i zloupotrebu ovih prava. Cilj pravila o konkurenciji u pravu EU nije da zaštiti ni konkurente na tržištu, ni potrošače, već da očuva određeno tržišno stanje na kome mogu funkcionisati četiri osnovne slobode na

¹² K. Saggi, The regional exhaustion of intellectual property, Vanderbilt University Department of Economics Working Papers, VUECON-13-00011, str. 3. Dostupno na: <http://www.accessecon.com/pubs/VUECON/VUECON-13-00011.pdf>, 09.06.2015.

¹³ S. Marković, D. Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2013, str. 356.

unutrašnjem tržištu.¹⁴ Jedan od mogućih rješenja za prevazilaženja ograničenja slobode kretanja robe koja je zaštićena nekim pravom intelektualne svojine na unutrašnjem tržištu jeste upravo uvođenje instituta regionalnog iscrpljenja prava.

Regionalno iscrpljenje prava podrazumijeva da roba u kojoj je materijalizovano intelektualno dobro zaštićeno subjektivnim pravom intelektualne svojine u jednoj državi članici, a koja je zakonito proizvedena i stavljena u promet u toj državi, može biti predmet daljeg prometa na teritoriji cjelokupnog unutrašnjeg tržišta, nezavisno od nacionalnog prava zaštite intelektualne svojine drugih država članica EU.¹⁵ U praksi bi to značilo da roba koja je legalno proizvedena i puštena u promet od titulara prava u Španiji, može biti preprodavana u Francuskoj ili bilo kojoj drugoj državi EU od strane trećih lica koja zakonito postanu vlasnici te robe a da ona time ne vrijeđaju isključivo subjektivno pravo titulara prava intelektualne svojine. Jedino ograničenje za ova lica koja vrše paralelnu trgovinu jeste da ako je nacionalnim pravom države Španije u ovom slučaju propisano nacionalno iscrpljenje, tu robu ne mogu da izvoze u treće države nečlanice EU jer bi se u tom slučaju aktiviralo nacionalno iscrpljenje prava intelektualne svojine propisano španskim zakonom i došlo bi do povrede isključivih subjektivnih prava titulara prava intelektualne svojine.

Evropski sud pravde (ranije Sud pravde Evropskih zajednica) je u slučaju *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG* iz 1971. godine odlučivao o tumačenju člana 5. (2), člana 85. (1) i člana 86. Ugovora o EEZ. Raspravljalo se o zloupotrebi dominantnog položaja i podjeli tržišta zasnovanog na iscrpljenju autorskog prava. U ovom slučaju kompanija "*Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*" je kupovala gramafonske ploče u Francuskoj od "*Polydor SA, Paris*" poslovne jedinice kompanije "*Deutsche Grammophon Gesellschaft*" iz Njemačke po nižim cijenama i uvozila ih i stavljala u promet na teritoriji Njemačke po višim cijenama ne poštujući visine cijena koje je odredio distributer. Kompanija "*Deutsche Grammophon*" je bio ekskluzivni distributer tih gramafonskih ploča za teritoriju Njemačke i smatrao je da "*Metro-SB*" kao paralelni trgovac čini povredu njegovih prava na osnovu člana 85. *Urheberrechtsgesetz* (njemački Zakon o autorskim pravima). Smatrao je da njegovo pravo na stavljanje u promet robe nije iscrpljeno ako je stavio robu u promet na stranom tržištu preko svoje poslovne jedinice i da važi nacionalno iscrpljenje za

¹⁴ Vid. R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 389.

¹⁵ S. Marković, D. Popović, *op. cit.*, str. 356.

teritoriju te zemlje. Kompanija "Metro-SB" je dobila 20. marta 1970. godine na osnovu člana 97. Zakona o autorskim pravima sudski nalog od *Landgericht Hamburg* kojoj joj je zabranjeno da vrši prodaju ili bilo kakav marketing zapisa kompanije "Deutsche Grammophon" koje nose oznaku "Polydor". Kompanija "Metro-SB" je tražila preispitivanje ove odluke i spor je po preliminarnom pitanju stigao do Suda pravde EZ. Kompanija "Metro-SB" je istakla da je došlo do iscrpljenja prava kako za teritoriju nacionalne države tako i za inostranstvo. U ovom slučaju Sud je u odgovoru na postavljena pitanja istakao da su odredbe nacionalnih propisa u suprotnosti sa propisima koji uređuju slobodu kretanja proizvoda u okviru zajedničkog tržišta ako je proizvođačima snimaka zvuka koji imaju ekskluzivno pravo distribucije zaštićenih proizvoda dozvoljeno da zabrane prodaju tih proizvoda u jednoj državi od strane drugih lica iako su ih proizvođači legalno stavili ili lica od njih ovlašćena na teritoriji druge države. Prema Sudu, proizvođač zvučnih zapisa koji ima ekskluzivno pravo distribucije ne zauzima automatski dominantan položaj. Međutim, pozicija je drugačija kada uzimajući u okolnost sve situacije slučaja, on ima moć da ometa održavanje djelotvorne konkurencije u značajnom dijelu relevantnog tržišta.¹⁶

U ovom slučaju Evropski sud pravde nije direktno ustanovio regionalno iscrpljenje prava već je istakao da nacionalno iscrpljenje u ovakvim situacijama nije u skladu sa odredbama osnivačkih ugovora kojima se uređuje sloboda kretanja robe. Iz ove presude se indirektno može zaključiti da roba koja je legalno puštena u promet od njenog zakonitog proizvođača na teritoriji jedne države članice može se od strane drugih privrednih subjekata paralelno izvoziti u druge države članice (što i jeste suština regionalnog iscrpljenja prava). Istina, postoje određene zabrane i ograničenja u članu 36. Ugovora o osnivanju EEZ koje se između ostalog odnose i na zaštitu industrijske i trgovačke svojine koje su dozvoljene ali te zabrane ili ograničenja ne smiju biti sredstvo proizvoljne diskriminacije ili prikrivenog ograničavanja trgovine među državama članicama.

Postavlja se pitanje da li je regionalno iscrpljenje prava podložno određenim ograničenjima propisanim u nacionalnim propisima država članica koje se odnose na zaštitu prava intelektualne svojine. U strogom smislu komunitarni propisi su nadnacionalnog karaktera i jače su pravne snage od nacionalnih propisa te ne bi mogli biti ograničeni nacionalnim propisima. Naravno, organi

¹⁶ Case C-78/70, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*.

EU mogu da donose propise samo u oblastima u kojima im je prenesena nadležnost sa država članica. Međutim, nacionalni propisi iz oblasti prava intelektualne svojine su veoma često zasnovani na institutima koji potiču od međunarodnih multilateralnih konvencija a koje su države članice zaključile ili su im pristupile i prije nego što je EU nastala. To su recimo Pariska konvencija za zaštitu industrijske svojine zaključena 1883. godine u Parizu i Bernska konvencija o zaštiti književnih i umjetničkih djela zaključena 1886. godine u Bernu. Pitanje je da li može da nastupi regionalno iscrpljenje prava ako je proizvod legalno pušten u promet na teritoriji jedne države članice bez saglasnosti titulara prava. Tipičan primjer jeste izdavanje prinudne licence za patente. Prinudna licenca bi se mogla definisati kao licenca za korišćenje određenog patentiranog pronalaska, koja se u javnom interesu daje kvalifikovanom tražiocu (fizičkom ili pravnom licu), odlukom nadležnog organa, u obimu koji određuje taj organ, bez obzira na saglasnost titulara patenta, uz plaćanje naknade koju, u nedostatku sporazuma između zainteresovanih, određuje organ nadležan za davanje prinudne licence,¹⁷ ili nadležan sud. O ovom pitanju je raspravljao i Evropski sud pravde u slučaju „Pharmon BV v. Hoechst AG“¹⁸ iz 1985. godine. Sud je odlučivao o institutu prinudne licence i iscrpljivanju prava intelektualne svojine a povodom paralelne trgovine farmaceutskog proizvoda. Spor je prvobitno pokrenula njemačka kompanija „Hoechst AG“ pred holandskim sudom protiv holandske kompanije „Pharmon BV“. Predmet spora je povreda patenta čiji je titular kompanija „Hoechst AG“ a koji je prouzrokovan kupovinom farmaceutskog proizvoda od strane „Pharmon BV“ na tržištu Velike Britanije a koji je i pušten u promet na tržištu Holandije. Između stranaka je bilo sporno jer je proizvod pušten u promet na teritoriji Velike Britanije na osnovu prinudne licence. Tužilac je smatrao da nije došlo do iscrpljenja prava jer je proizvod pušten u promet mimo njegove volje i na osnovu prinudne licence. Spor je došao i do Suda pravde Evropskih zajednica. Sud je istakao da je titular patenta ovlašćen da se suprotstavi uvozu proizvoda proizvedenih u drugoj državi članici na osnovu prinudne licence, jer ako bi se dozvolila paralelna trgovina od strane izvoznika, vlasnik patenta bi bio

¹⁷ M. Janjić, *Prinudna licenca u materiji patenata u uporednom i međunarodnom pravu*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1962, str. 68.

¹⁸ Case C - 19/84, *Pharmon BV v. Hoechst AG*. Dostupno na: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=en&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-19%252F84&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=2035>, 08.06.2015.

lišen svoga prava da slobodno stavlja proizvod u promet na tržište. Sud je dakle istakao, da je u ovom slučaju zabranjena paralelna trgovina i da do iscrpljenja prava nije došlo.

Pravo intelektualne svojine kao monopolsko pravo može biti ograničeno pravom konkurencije. Međutim, ta ograničenja moraju biti razumna ali nisu sva ovlašćenja iz prava intelektualne svojine podložna ograničenjima. Tako u slučaju stavljanja proizvoda u promet na osnovu prinudne licence a bez saglasnosti titulara prava ne nastupaju sve pravne posledice koje bi nastupile u slučaju da je ta prava vršio titular prava. U ovom slučaju ne može da nastupi regionalno iscrpljenje prava već isključivo nacionalno jer je izdavanje prinudne licence isključivo odobreno radi zadovoljavanja nacionalnih interesa jedne države.

5. Zaključak

Instituti iscrpljenja prava intelektualne svojine i paralelne trgovine su međusobno povezani. Pravno regulisanje iscrpljenja prava zavisno od vrste (sistema) iscrpljenja prava utiče na dozvoljenost ili zabranu vršenja paralelne trgovine robom u kojoj je materijalizovano određeno intelektualno dobro a koje je zaštićeno subjektivnim pravom intelektualne svojine. Ako se država svojim zakonodavstvom opredijelila za nacionalno iscrpljenje prava u tom slučaju nije dozvoljena paralelna trgovina, odnosno paralelan uvoz ili izvoz a ako se opredijelila za međunarodno iscrpljenje onda je paralelna trgovina dozvoljena.

Regionalno iscrpljenje prava je nastalo kao tekovina prava Evropske unije čijem formulisanju je znatno doprinijeo Evropski sud pravde u svojim presudama. Ono podrazumijeva da roba koja je legalno puštena u promet na teritoriji bilo koje države članice EU može da bude predmet paralelne trgovine u ostalim državama članicama a da time ne dođe do povrede isključivih subjektivnih prava titulara prava intelektualne svojine. Regionalno iscrpljenje je ograničeno samo na teritoriju EU i paralelna trgovina je zabranjena van njene teritorije osim ako je nacionalnim zakonodavstvom predviđeno međunarodno iscrpljenje.

Regionalno iscrpljenje prava se odnosi samo na robu koja je legalno i voljom titulara prava intelektualne svojine stavljena u promet. U slučaju da je tu robu stavilo u promet neovlašćeno lice ne dolazi do iscrpljenja prava već do povrede isključivih subjektivnih prava titulara prava intelektualne svojine. Međutim, u slučajevima kada se roba legalno stavlja u promet mimo saglasnosti titulara prava kao što je to u slučaju izdavanja prinudne licence regionalno iscrpljenje prava je isključeno i primjenjuje se isključivo nacionalno iscrpljenje. Saglasnost titulara prava intelektualne svojine za stavljanje u promet robe je neophodan

uslov za nastupanje regionalnog iscrpljenja prava. To znači da je izdavanje prinudne licence za proizvodnju proizvoda u kojima je materijalizovano određeno intelektualno dobro jedan vid ograničenja regionalnog iscrpljenja. Na ovaj način pravo intelektualne svojine kao monopolsko pravo titulara u određenim situacijama ima prednost nad pravom konkurencije i načelom slobode kretanja robe u EU.

Njegoslav Jovic¹⁹

Regional exhaustion of Intellectual property rights which is characteristic of European Union law

Summary

The subject of this paper is analization of the effects of regional exhaustion of intellectual property rights which is characteristic for the transport of goods in the EU market and in which, or on whose packaging is objectified an intellectual property right. The paper designates the national and international exhaustion of intellectual property rights as a typical type of exhaustion and particularly the attention is given to regional exhaustion which is characteristic of European Union law. Also work elaborates the relationship between the exhaustion of rights and parallel trade because without parallel trade the legal regulation of exhaustion of rights would have no meaning.

The paper is divided into three parts. The first part conceptually determines institutes of exhaustion of rights and parallel trade, the second part - types of exhaustion, while the third part is especially treated regional exhaustion of intellectual property rights which is characteristic for European Union law.

The aim of the research work is to determine whether the regional exhaustion of intellectual property rights adequately overcome the limitations of the principle of free transport of goods for products in which or on whose packaging is objectified an intellectual property right. The paper also analyzes whether a certain exceptions to regional exhaustion exist.

Keywords: exhaustion of rights, the type of exhaustion, parallel trade, intellectual property rights, the European Union law.

¹⁹ Senior Assistant at Faculty of Law University of Banja Luka

NEPRAVIČNE ODREDBE I UGOVOR O OSIGURANJU

Apstrakt

Ugovor o osiguranju dobija danas sve veći značaj u našem svakodnevnom pravnom prometu. Moglo bi se reći da po učestalosti zaključivanja ovaj ugovor dolazi odmah iza ugovora o prodaji i ugovora o prevozu. Ideja zaštite potrošača našla je svoje mesto i u delatnosti osiguranja. U skladu sa aktuelnim tendencijama u pravu Evropske unije, pored analize pojedinih pitanja vezanih za problematiku nepravičnih odredbi u komunitarnom pravu, posvećena je pažnja pitanjima zaštite od nepravičnih odredbi u ugovorima o osiguranju. Imajući u vidu da razlika u ekonomskoj snazi ugovorača, može dovesti do pozicije da se drugoj ugovornoj strani nametnu klauzule koje su za nju nepovoljne. Stoga se u radu, najpre, daje kratak prikaz pravnog regulisanja nepravičnih odredbi u pravu EU. Zatim se, u kontekstu ugovora o osiguranju, analiziraju nepravične odredbe u nacionalnom pravu. Autor ima za cilj da predstavi izvore prava u Republici Srbiji u vezi sa zaštitom od nepravičnih odredbi u potrošačkim ugovorima i ugovorima o osiguranju. Polazi se od normativnog kompleksa sa specifičnostima i karakteristikama ove teme.

Ključne reči: Direktiva, nepravične odredbe, zaštita, osiguranje, ugovor.

* Asistent na Visokoj poslovnoj školi strukovnih studija Novi Sad; Master pravnik; Student doktorskih studija na Pravnom fakultetu u Novom Sadu; e-mail: danijela.vps@gmail.com.

1. Uvod

Države članice Evropske unije su davno shvatile da za uspešno društvo nije dovoljno imati uspešnu privredu, već treba stvoriti uslove za korišćenje prednosti takve privrede od strane pojedinaca. Mnoge države članice su imale svoje nacionalno zakonodavstvo u oblasti zaštite potrošača i svoju politiku zaštite potrošača. Međutim, razlike između velikog broja nacionalnih zakonodavstava i politika zaštite potrošača su predstavljale prepreku funkcionisanju jedinstvenog tržišta EU. Zbog toga je EU inicirala formiranje zajedničke politike zaštite potrošača sa ciljem ostvarenja istog nivoa zaštite potrošača u svim državama članicama. Aktivna uloga potrošača na zajedničkom tržištu je od ključnog značaja za primenu ove politike. Prvenstveno, potrošači moraju imati mogućnost slobodnog izbora proizvoda i usluga najboljeg kvaliteta po najpovoljnijim cenama. Važno je pomenuti da potrošači zapravo moraju imati podjednaki nivo zaštite u svim državama članicama EU. Takođe, proizvodi i usluge na evropskom tržištu moraju biti sigurni i bezbedni. Potrošači moraju raspolagati svim neophodnim informacijama o proizvodima, kako bi mogli doneti pravu odluku o kupovini istih.¹

Zaštita potrošača je jedan od najznačajnijih ciljeva Evropske unije za poboljšanje kvaliteta života svih njenih građana. Sprovođenje zaštite potrošača u EU se zasniva na tri načela: načelo horizontalnosti, načelo supsidijarnosti i načelo minimalnog usklađivanja.

- Načelo horizontalnosti podrazumeva da zahtev za zaštitom potrošača treba uzeti u obzir pri definsanju i sprovođenju svih politika koje imaju krajnji uticaj na potrošače.
- Načelo supsidijarnosti se odnosi na to da se merama zaštite potrošača nacionalna zakonodavstva nadopunjuju ako je to nužno.
- Načelo minimalnog usklađivanja znači da države članice mogu zadržati ili uvesti stroža pravila zaštite potrošača koja su u skladu sa pravom EU.²

¹ D. Simić-Antonijević, *Politika Zaštite potrošača u Evropskoj Uniji, Zbornik radova Fakulteta za ekonomiju i inženjerski menadžment (Zbornik FEIM)*, 3/2009, str. 85- 86.

² D. Vujisić, *Zaštita potrošača u pravu Evropske Unije i pravu Srbije, Pravo i privreda*, 7-9/2011, str. 199.

Postoji veliki broj propisa koji se odnose na zaštitu potrošača, a koje neposredno primenjuju organi EU. Pored ovih propisa, postoje i direktive za oblasti u kojima su zemlje članice zadržale nacionalnu nadležnost. Razvoj standardnih EU-klausula i uslova poslovanja od strane Komisije, rezultiralo je Direktivom 93/13/EEZ o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima (*Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts*)³ (u daljem tekstu: Direktiva) izmenjena i dopunjena Direktivom 2011/83/EU o pravima potrošača (*Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council*).⁴ S obzirom da je Direktiva 93/13/EEZ ostala na snazi, dopunjena samo sa jednim članom (8a), očigledno i dalje ostaje osnovni pravni akt po kome će se procenjivati korektnost uslova ugovora, pa samim tim, i uslova osiguranja. Kako ista potiče još iz devedesetih godina, u međuvremenu su neke zemlje članice EU usvojile stroža pravila na nacionalnom⁵ nivou.⁶

Zbog toga je, radi razumevanja nepravičnih odredbi u ugovorima o osiguranju, korisno početi izlaganje o opštim pravilima i osnovnim karakteristikama Direktive. Svrha ovog rada je da analizira nepravične odredbe u vezi sa ugovorima o osiguranju u evropskom kontekstu i u domaćem zakonodavstvu.

2. Pravno regulisanje nepravičnih odredbi

Jedna od najvažnijih direktiva u oblasti zaštite potrošača je Direktiva 93/13/EEZ usvojena 5. aprila 1993. godine, a koja se primenjuje na sve ugovore zaključene

³ *Official Journal*, L 95, 21 April 1993.

⁴ *Official Journal of the European Union*, L 304, 22 November 2011.

⁵ Komunitarni zakonodavac pri usklađivanju nacionalnih s rešenjima Direktive nacionalnim zakonodavcima svesno ostavlja određene ruke u pogledu izbora sredstava kojima će biti ostvaren cilj koji se ogleda u onemogućavanju primene nepravičnih ugovornih odredbi, nastojeći tako uvažiti činjenicu da su u najvećem broju slučajeva i pre donošenja Direktive u nacionalnim zakonodavstvima postojali i funkcionisali određeni sistemi zaštite od primene nepravičnih odredbi. Vid. A. Šabić, Sprječavanje buduće primjene nepoštenih ugovornih klauzula - apstraktni kontrolni postupak, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, 2011, str. 356.

⁶ Z. Ilkić, Pojedina uporedno-pravna shvatanja o klauzulama uslova osiguranja, u: *Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravu osiguranja: zbornik/[XIV] Savetovanje*, Arandelovac, 19-21. april 2013. (ur. P. Marano, S. Jovanović, J. Labudović Stanković), Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2013, str. 302.

nakon 31. decembra 1994. godine. Od kako je 14. aprila 1975. godine usvojena rezolucija Saveta o preliminarnom programu Evropske ekonomske zajednice za zaštitu potrošača i informacione politike, inicijativa da se na evropskom nivou obezbedi zaštita potrošača postala je očigledna. Jedan od prvih značajnijih dokumenata u ovoj oblasti je prepiska između Komisije i Saveta o nepravičnim uslovima u ugovorima zaključenim sa potrošačima od 14. februara 1984. godine objavljena u Biltenu Evropskih zajednica u kojoj se ističe značaj problema, stanje u zemljama članicama i moguća rešenja ovog pitanja. Potom 1990. godine sačinjen je predlog direktive o nepravičnim odredbama u potrošačkim ugovorima, a njegovo konačno usvajanje od strane Saveta predstavlja samo vrh ledenoh brega. Uprkos svojim manama direktiva predstavlja korak napred u harmonizaciji⁷ prava država članica Evropske Unije. U čl. 9 Direktve navodi se da će Komisija Evropskom parlamentu i Savetu dostaviti izveštaj o primeni ove Direktive najkasnije u roku od pet godina od stupanja na snagu iste. Isti rok je određen i za preuzimanje odredbi Direktive u nacionalno zakonodavstvo jer se smatralo da je taj rok dovoljan da se sagledaju pozitivne i negativne strane primene direktive. Cilj ovog izveštaja je ne samo da procenjuje Direktivu, pet godina nakon isteka roka za njeno transponovanje, ali i da se poveća broj pitanja sa ciljem poboljšanja postojećeg stanja. Prema podacima Komisije primetni su pomaci u postupcima za zaštitu prava, studijama tržišta, subvencijama koje su dodeljene u cilju eliminisanja nepravičnih odredbi u određenim privrednim sektorima, poboljšanju dijaloga između potrošača i prodavaca ili pružaoca usluga. Oslanjajući se na iskustva stečena u primeni Direktive u državama članicama, izveštaj sugerise niz poboljšanja. Predlozi se uglavnom odnose na njena ograničenja, spisak nepravičnih odredbi u prilogu Direktive, princip transparentnosti i pravo na informisanje.⁸

Direktiva počinje preambulom u kojoj se navode razlozi za njeno donošenje od kojih su najznačajniji uspostavljanje unutrašnjeg tržišta koje je nemoguće bez uklanjanja razlika između nacionalnih unutrašnjih tržišta, koje proizilaze i iz neujednačenosti pozicija potrošača i prodavca pri zaključenju ugovora, kao i

⁷ Proces "komunitarizacije" rezultira u donošenju ili novog komunitarnog izvora prava ili u usklađivanju (harmonizaciji), približavanju (aproximaciji) ili u koordinaciji postojećih nacionalnih propisa država članica. Vid. R. Vukadinović, Pojam i mesto prava Evropske unije u pravnom sistemu država članica, *Revija za evropsko pravo*, 1/1999, str. 17.

⁸ Summaries of EU legislation, Unfair terms, http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132017_en.htm, posećena 20.4.2015.

uklanjanja odstupanja u zakonodavstvima država članica. Direktiva podstiče tržišnu konkurenciju što će omogućiti veći izbor građanima Evropske unije u ulozi potrošača. Potom države članice moraju se pobrinuti da u ugovorima koje prodavac roba ili pružalac usluga sklapa s potrošačima ne bude nepravičnih odredbi te da, ako se takve odredbe ipak upotrebe, one potrošača ne obavezuju, a da u takvim uslovima ugovor nastavi obavezivati strane ako je u stanju nastaviti važiti bez tih nepravičnih odredbi. S obzirom da postoji opasnost da se u određenim slučajevima potrošaču uskrati zaštita u skladu s ovom Direktivom time što će se odrediti da se na ugovor primenjuje pravo neke države koja nije članica ističe se da ova Direktiva treba sadržati odredbe kojima će se spriječiti ta opasnost. Pravila koja je donela Direktiva primenjuju se samo na ugovore koji se zaključuju između prodavaca i potrošača posle 31. decembra 1994. Prema čl. 2 Direktive, "potrošač" je "svako fizičko ili pravno lice koje [. . .] postupa u cilju koji je van njegove delatnosti, poslovanja ili zanimanja" a "prodavac ili dobavljač" je "svako fizičko ili pravno lice koje [. . .] istupa u cilju koji je u vezi sa njegovom delatnošću, poslovanjem ili zanimanjem". Direktiva se ne primenjuje ako nijedna strana nema status potrošača. Dakle, primenjuje se samo na ugovore o osiguranju zaključene između osiguravača i potrošača.

Direktiva navodi generalnu klauzulu, koja ističe tri kriterijuma koja se moraju kumulativno ispuniti kako bi se odredba kvalifikovala kao nepravična. To su: ugovorna klauzula o kojoj se nije direktno pregovaralo, protivnost načelu savesnosti i poštenja, kao i značajna neravnoteža u pregovaračkim pozicijama. Budući da je generalna klauzula apstraktna, mogu nastati poteškoće u tumačenju ovih kriterijuma. Kako bi se izbeglo njihovo različito tumačenje, Direktivom je predviđena indikativna lista nepravičnih ugovornih odredbi.⁹ Ta lista nije zaključena tj. ona ne predstavlja *numerus clausus* nepravičnih odredaba u potrošačkim ugovorima.¹⁰

⁹ M. Jovanović-Zatilla, Primena Direktive 93/13/EEZ u potrošačkim ugovorima, u: *Pravo Republike Srbije i pravo Evropske unije - stanje i perspektive* (ur. N. Stojanović, S. Golubović), Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, Niš, 2009, str. 529.

¹⁰ Popis sam po sebi nije zasnovan na nekoj sistematici, tako da je moguće različito grupisanje odredbi, pri čemu se predložena podela od strane Van Gool-a čini najprihvatljivijom, koji 17 zabranjenih odredbi svrstava u 5 kategorija: 1. Zabranjene odredbe u pogledu nastajanja ugovora i jednostrane izmene ugovora; 2. Zabranjene odredbe u pogledu ograničenja zahteva potrošača u slučaju lošeg ispunjenja; 3. Zabranjene odredbe u pogledu ograničenja obaveza prodavca; 4. Zabranjene odredbe u pogledu prestanka ugovornog odnosa i 5. Zabranjene odredbe u pogledu propisa o eventualnim sporovima. R. van Gool, *Die Problematik des Rechts*

Pravila Direktive ne primenjuju se na posebne pogodbe, to jest na ugovorne odredbe sa sporazumno određenom sadržinom. Naprotiv, Direktiva se odnosi samo na one odredbe u potrošačkom ugovoru o čijoj sadržini prodavac, odnosno pružalac usluga, nije posebno pregovarao s potrošačem. Nepravičnim će se, po pravilu, uvek smatrati odredbe ugovora po pristupu, jer pristupilac nije bio u mogućnost da utiče na suštinu ugovornih odredbi.¹¹ Takve ugovorne odredbe, čija sadržina nije sporazumno određena, prema pravilima Direktive dele se na: (1) standardne, to jest opšte ugovorne odredbe u potrošačkim ugovorima o kojima prodavac odnosno pružalac usluga nije posebno pregovarao sa potrošačem i (2) odredbe koje je prodavac, odnosno pružalac usluga, unapred formulisao za potrebe zaključenja ugovora s određenim potrošačem.¹² Prve, opšte odredbe, važe za sve potrošače koji stupaju u određeni tip ugovornog odnosa sa prodavcem, odnosno pružaocem usluga. Druge, unapred formulisane odredbe, posebno su ugovorene s nekim potrošačem, ali tako što im je sadržinu odredio prodavac, odnosno pružalac usluga. Unapred formulisane ugovorne odredbe dele pravnu sudbinu standardnih, to jest opštih odredaba: ako je sadržinu jedne ugovorne odredbe unapred odredio prodavac, odnosno pružalac usluga pa potrošač nije mogao uticati na njen sadržaj, smatra se da se o sadržini odredbe nije pojedinačno pregovaralo.¹³ Pošto prodavac odnosno pružalac usluga u odnosu na potrošača uglavnom adekvatnije može proceniti šanse i rizike pravnog posla koji se zaključuje, on može putem unapred formulisanih ugovornih odredbi poslovanja pokušati jednostrano nametnuti ugovor u skladu sa svojim predstavama. Potrošač nije uvek u stanju da prepozna njihov značaj u punom obimu, a često nema izgleda da će doći do zaključenja ugovora ukoliko

der missbräuchlichen Klauseln und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Frankfurt am Main, 2002, str. 245. citirano prema Z. Meškić, A. Brkić, *Zaštita potrošača od nepravednih ugovornih odredbi – usklađivanje obligacionog prava BiH sa Direktivom 93/13/EEZ*, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici*, 4/2010, str. 75.

¹¹ Z. Ilkić, *n. delo*, str. 301.

¹² Dakle, najčešće se nepravične klauzule nalaze u tipskim, adhezionim ugovorima ili opštim uslovima poslovanja na koje potrošač ne može uticati. Vid. A. Pošćić, *Nepoštene klauzule u potrošačkim ugovorima*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2006, str. 172.

¹³ M. Karanikić Mirić, *Nepoštene odredbe u potrošačkim ugovorima*, u: *Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije: zbornik radova* (ur. S. Lilić), Pravni fakultet u Beogradu, Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd, 2009, str. 130.

ne prihvati uslove poslovanja druge strane.¹⁴ Ima autora koji tvrde da negativan uslov da potrošač nije mogao da utiče na sadržinu unapred formulisane ugovorne odredbe treba razumeti kao pretpostavku da u redovnim okolnostima potrošač nema uticaja na sadržinu onih odredaba koje je prodavac, odnosno pružalac usluga sastavio.¹⁵ To što se o određenim vidovima neke odredbe, ili što se o nekoj određenoj odredbi pregovaralo, ne isključuje primenu Direktive na ostatak ugovora ako opšta ocena ugovora ukazuje na to da se ipak radi o standardizovanom unapred uobličenom ugovoru. Kadgod prodavac robe ili pružalac usluga izjavi da se o nekoj standardnoj odredbi pojedinačno pregovaralo, na njemu je da to i dokaže. Stoga uprkos isključenju pojedinačno ugovorenih odredbi ostaje poprilično veliko područje zaštite Direktive 93/13/EEZ. Pri odlučivanju o proširenju primene Direktive prilikom implementacije treba odvagati između potrebe potrošača za zaštitom i narušavanja autonomije volje odnosno slobode ugovaranja, kao osnovnih načela Evropskog potrošačkog ugovornog prava. S jedne strane kontrola pravičnosti ugovornih odredbi, o kojima je potrošač samostalno pregovarao s drugom ugovornom stranom, narušava autonomiju volje stranaka, a suprotstavljena je i evropskom pojmu pažljivog, razumnog i zrelog prosečnog potrošača. S druge strane klasična pravila ugovornog prava kojima se štiti ekvivalentnost uzajamnih davanja primenjuju se kako na adhezivne ugovore tako i pojedinačno ugovorene odredbe, a u materiji u kojoj se slabijoj ugovornoj strani želi pružiti dodatna zaštita jer redovno nije u ravnopravnoj pregovaračkoj poziciji, sadržaj ne podleže kontroli ako je o njemu pregovarano.¹⁶

Generalna klazula koja ukazuje na savesnost (dobru veru) i značajnu neravnotežu u pregovaračkim pozicijama su svakako najvažniji delovi definicije nepravičnosti klauzule i bez sumnje najteži za tumačenje. Doktrina, pojam neravnoteže ispituje na činjenicama konkretnog slučaja uzimajući u obzir odnos prava i obaveza ugovornih strana. Ovde je važno gledati na srž ugovora, na supsidijarne odredbe i videti da li ugovor može opstati bez te odredbe.¹⁷

¹⁴ W. Rolland, Uticaj komunitarnog prava na nacionalna privatna prava, *Nova pravna revija – časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo*, 2/2011, str. 11.

¹⁵ H.-W. Micklitz, Unfair Terms in Consumer Contracts, u: *Understanding EU Consumer Law* (eds H.-W. Micklitz, N. Reich, P. Rott), Intersentia, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, str. 129, citirano prema M. Karanikić Mirić, *n. delo*, str. 130.

¹⁶ Z. Meškić, A. Brkić, *n. delo*, str. 68.

¹⁷ A. Pošćić, *n. delo*, str. 179.

Sledeći kriterijum koji je potrebno ispuniti je protivnost načelu savesnosti i poštenja. S obzirom da ne postoji jedinstvena definicija načela, preambula, Direktive postavlja pomoćne kriterijume za tumačenje. Ona navodi da se prilikom procenjivanja povrede načela savesnosti i poštenja uzima u obzir jačina polaznih osnova pregovaračkih strana, zatim da li je potrošača nešto podstaklo da se saglasi s odredbom i da li je roba ili usluga prodana ili pružena na osnovu posebne potrošačke narudžbine. Zbog toga će sudiji svakako biti od koristi lista nepravinih klauzula navedena u aneksu uz Direktivu kojom se ilustruje šta se smatra kao povreda principa dobre vere.¹⁸ Postoji stanovište da ovakva formulacija odredbe predstavlja zbrku i konfuziju i da može različito da se tumači što može da dovede do neujednačene primene Direktive i da se proizvede suprotni efekat što je imalo za posledicu da propisi kojima su države članice implementirale ovu odredbu značajno odstupaju jedni od drugih pri čemu neki izričito navode oba uslova kao alternativne ili kumulativne, ili je naveden samo jedan od ovih uslova.

Radi poređenja navodimo kako Principi evropskog ugovornog prava osiguranja (*Principles of European Insurance Contract Law*, u daljem tekstu: PEUPO) odredbom čl. 2:304 proširuju personalno polje primene Direktive 93/13/EEZ pružajući zaštitu od nepravinih ugovornih odredaba svim osiguranicima, bez obzira jesu li oni potrošači.¹⁹ Tvorci PEUPO smatrali su da ograničenje od zaštite od nepravinih ugovornih odredaba samo za potrošače nije odgovarajuće zato što bilo koji osiguranik, bez obzira je li on potrošač ili ne, treba imati pravo na zaštitu od osiguravača. Osiguravači vrlo često unapred sastavljaju odredbe ugovora ili uslova osiguranja tako da osiguranik nema mogućnosti o njime individualno pregovarati i na njih uticati. Stoga se smatra da je zaštitu potrebno pružiti svim osiguranicima pojedincima koji sklapaju ugovor o masovnim rizicima. Uređenje nepravinih klauzula specijalnom regulativom, tj. za potrebe prava osiguranja, predstavlja korak napred ka podizanju standarda zaštite osiguranika i korisnika

¹⁸ J. Vilus, Nekorektne klauzule u ugovorima sa potrošačima, povodom Direktive EEZ 93/13 od 1993. godine, *Strani pravni život: teorija, zakonodavstvo, praksa*, 1-3/1996, str. 143.

¹⁹ Ugovorna klauzula koja nije bila predmet individualnih pregovora ne vezuje ugovarača osiguranja, osiguranika ili korisnika ugovora ako, protivno načelu savesnosti i poštenja i uzimajući u obzir prirodu ugovora, ostale ugovorne odredbe i okolnosti u trenutku zaključenja ugovora, stvara na štetu ovih lica značajnu neravnotežu između prava i obaveza strana. Čl. 2:304 Principa. To znači da ugovor nije bio predmet izričitih pregovora između strana ugovora o osiguranju. Pošto se ugovor o osiguranju zaključuje prema standardizovanim uslovima i ugovorima, u teoriji se ističe da je ovaj uslov ispunjen za većinu ugovora o osiguranju.

usluga osiguranja od zloupotrebe ekonomske i pravne nadmoći osiguravača i unošenja u ugovor o osiguranju drakonskih klauzula.²⁰ Principi sadrže odredbu o tome koje su klauzule izuzete od primene nepravičnih klauzula. Ova odredba se primenjuje na klauzule koje ograničavaju ili menjaju pokriće, ali se ne primenjuje na: 1) adekvatnost po vrednosti pokrića i premije i 2) na odredbe koje se odnose na fundamentalne elemente pruženog pokrića ili ugovorene premije, ako su ove klauzule redigovane na jasan i razumljiv način.²¹

3. Nepravične odredbe i ugovor o osiguranju

Po pitanju ugovora o osiguranju Direktiva se izričito izjašnjava u preambuli navodeći da odredbe ugovora o osiguranju "koje jasno definišu ili opisuju osigurani rizik i odgovornost osiguravača" ne podležu oceni pravičnosti "jer se ova ograničenja uzimaju u obzir pri izračunavanju premije koju plaća potrošač". Tada takva odredba neće biti predmet ocene o nepravičnosti. Istovremeno, to ne znači da će bilo koja odredba koja se odnosi na rizik ili na isključenje odgovornosti osiguravača biti izuzeta od provere na ništavost (nepravičnost). No, Direktiva upućuje na zaključak da je kod bilo koje odredbe, koja se odnosi na rizik ili na isključenje odgovornosti osiguravača, već prethodno uzeto u razmatranje isključenje rizika kod obračuna premije i zbog toga takva odredba treba da bude izuzeta od ispitivanja nepravičnosti. Ipak, ovu odredbu treba da tumačimo na način da će od ispitivanja nepravičnosti biti izuzeta samo ona odredba koja je, u tom konkretnom slučaju, pri opisu rizika i isključenja odgovornosti osiguravača za određeni rizik, uzela u obzir isključeni rizik kod obračuna premije.²² U engleskoj verziji teksta Direktive stiče se utisak da je odredba koja se odnosi na rizik ili na isključenje odgovornosti osiguravača ujedno već prethodno uzela u razmatranje isključeni rizik pri izračunavanju premije i zato takva odredba mora biti izuzeta iz ocene nepravičnosti, dok u nemačkoj verziji teksta direktive ("*soweit*") proizlazi da treba biti izuzeta samo ona odredba koja je u konkretnom slučaju uzela u obzir isključeni rizik prilikom izračunavanja premije. Nemački tekst Direktive puno je precizniji. Kao što je napred istaknuto pravila Direktive odnose se na ugovorne odredbe o čijoj sadržini potrošač nije pregovarao sa prodavcem. Teret dokaza leži na prodavcu da dokaže da je

²⁰ N. Petrović Tomić, Nepravične klauzule i Principi evropskog ugovornog prava osiguranja, *Evropska revija za pravo osiguranja*, 2/2014, str. 45.

²¹ Čl. 2:304 Principa.

²² V. Čolović, Nepoštene odredbe u ugovoru o osiguranju, *Pravna riječ*, 40/2014, str. 524.

ugovoren uslov o kome se posebno pregovaralo. Zato osiguravač mora da dokaže da je ugovor posebno pregovaran. Jednostavno govoreći, postojanje izbora nekoliko uslova ili seta uslova nije isto što i pregovaranje. Svako od nas svestan je da se ugovor o osiguranju zaključuje na temelju prethodnog dogovora stranaka oko bitnih elemenata ugovora, dok je većina ostalih elemenata ugovora fiksirana u opštim ili posebnim uslovima osiguranja tog konkretnog osiguravača. Ipak, zbog specifičnosti finansijskih usluga, u koje spada i pružanje usluga osiguranja, Direktiva tačkom 2 Aneksa, predviđa neka ograničenja u tumačenju i oceni nekih ugovornih odredaba sa liste kada su one deo opštih uslova banaka i osiguravajućih društava.

Kada je reč o zaštiti od nepravičnih ugovornih odredbi u ugovorima o osiguranju, u domaćem zakonodavstvu u smislu primene dolaze u obzir odredbe Zakona o obligacionim odnosima²³ (u daljem tekstu: ZOO) i Zakona o zaštiti potrošača²⁴ (u daljem tekstu: ZZP). Zaštita potrošača finansijskih usluga ima veliki značaj u savremenim društvima, a broj nepravičnih ugovornih odredbi dostigao je takav nivo, da je i zakonodavac morao brzo da reaguje. Ove usluge nisu u velikoj meri razumljive njihovim kupcima što dovodi do rizika zloupotrebe položaja davaoca usluga kao jače strane u ugovornim odnosima.²⁵ Potencirajući prava korisnika finansijskih usluga i nastojeći da ih zaštiti upravo od nepravičnih ugovornih odredbi, zakonodavac je reagovao donošenjem Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga,²⁶ što potvrđuju njegova osnovna načela. U ZOO je na osnovu odredbi čl. 143²⁷ i čl. 99 st. 2²⁸ omogućeno da se u situaciji kada su ugovorene nepravične klauzule pruži sudska zaštita slabijoj

²³ Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, Službeni list SRJ, br. 31/93 i Službeni list SCG, br. 1/2003 - Ustavna povelja.

²⁴ Službeni glasnik RS, br. 62/2014.

²⁵ J. Pak, Zaštita potrošača osiguranja, http://sors.ba/UserFiles/file/SorS/SORS_2012/prezen/Jasna%20Pak%20-Zastita%20potrosaca%20osiguranja.ppt, posećena 24.04.2015.

²⁶ Službeni glasnik RS, br. 36/2011 i 139/2014. Ovaj Zakon primenjuju se i na usluge osiguranja.

²⁷ Ništave su odredbe opštih uslova koje su protivne samom cilju zaključenog ugovora ili dobrim poslovnim običajima, čak i ako su opšti uslovi koji ih sadrže odobreni od nadležnog organa.

Sud može odbiti primenu pojedinih odredbi opštih uslova koje lišavaju drugu stranu prava da stavi prigovore, ili onih na osnovu kojih ona gubi prava iz ugovora ili gubi rokove, ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njoj.

²⁸ Pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati zajedničku nameru ugovarača i odredbu tako razumeti kako to odgovara načelima obligacionog prava utvrđenim ovim zakonom.

ugovornoj strani. Navedene odredbe se primenjuju i na ugovor o osiguranju.²⁹ ZZP je implementirao osnovne odredbe o zaštiti prava potrošača iz prava EU³⁰ obuhvatajući i zaštitu potrošača osiguranja kao kupaca finansijskih usluga. Nepravična ugovorna odredba, po pravilima ZZP je svaka odredba koja, protivno načelu savesnosti i poštenja, ima za posledicu značajnu nesrazmeru u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača.³¹

U pogledu zaštite korisnika usluga osiguranja Zakon o osiguranju³² takođe ne sadrži odredbe koje se odnose na ugovor o osiguranju niti odredbe koje se odnose na nepravične ugovorne odredbe. Ovim zakonom je dato ovlašćenje Narodnoj banci Srbije, koja vrši nadzor u cilju zaštite interesa osiguranika i drugih korisnika osiguranja, da razmatra njihove prigovore na rad društava za osiguranje i drugih lica koja obavljaju delatnost osiguranja.

Uvažavajući višegodišnje inicijative pravnika i predlog Udruženja pravnika Srbije, Vlada Republike Srbije donela je Odluku o obrazovanju posebne Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika.³³ Inicijative i predlozi zasnovani su na činjenici da su stvorene neophodne pretpostavke za izradu i donošenje savremenog Građanskog zakonika u Republici Srbiji, koji bi znatno povećao pravnu sigurnost i istovremeno podsticao kreativnu evoluciju u oblasti građanskog prava, u skladu sa naučnim saznanjima i potrebama prakse. Pojedina rešenja treba usaglasiti sa čitavim sistemom smernica koje dolaze iz Evropske unije, a koje se odnose na sasvim konkretna pitanja iz ove oblasti prava. To je danas stanje, ne samo sa zemljama članicama Evropske unije, već i sa onim zemljama koje se nalaze na putu ka članstvu u Evropskoj uniji, gde se

²⁹ K. Ivančević, O nepravednim ugovornim odredbama uslova osiguranja u pravu EU i Srbije, u: *Integracija (Prava) osiguranja Srbije u evropski (EU) sistem osiguranja: zbornik radova / [X] Savetovanje*, Palić, 24-26. april 2009. (ur. J. Slavnić, S. Jovanović), Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2009, str. 441.

³⁰ Zakon o zaštiti potrošača koji je usklađen sa pravom EU, sadrži odredbe o zaštiti potrošača u ostvarivanju prava iz ugovora koji sadrži nepravične ugovorne odredbe, ali se čini da sve te odredbe još uvek nisu u dovoljnoj meri doprle ni do svesti potrošača, ni do svesti nosilaca njihove zaštite, tako da je i njihova praktična primena gotovo neprimetna. Đ. Nikolić, Nepravične ugovorne odredbe na primeru jednog ugovora, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 63/2012, str. 96.

³¹ Čl. 43 st. 2 ZZP.

³² *Službeni glasnik RS*, br. 139/2014. On u čl. 18 st. 2 upućuje na zakone kojima se uređuju obligacioni odnosi i druge zakone kojima se uređuju ugovori u pojedinim vrstama osiguranja.

³³ *Službeni glasnik RS*, br. 104/06, 110/06 i 85/09.

nalazi i Republika Srbija i njen pravni sistem.³⁴ Komisija je do sada objavila IV knjige o Prednacrta građanskog zakonika (u daljem tekstu: Prednacrta). Prednacrta je konkretizovano pravilo (opšte) iz čl. 5 Direktive koje se odnosi na jezik na kome se sastavljaju i način tumačenja svih ili izvesnih klauzula koje su ugovorom u pisanoj formi ponuđene potrošaču, kupcu bilo koje robe ili korisniku bilo koje usluge da prema njemu zaključi ugovor. U čl. 112 Prednacrta³⁵ integralno je preuzeto rešenje iz čl. 100 važećeg ZOO u kome je kod opštih uslova poslovanja u formularnim ili tipskim ugovorima, u slučajevima kada oni sadrže nejasne odredbe/klauzule, a pripremila ih je i predložila isključivo jedna ugovorna strana, usvojeno pravilo tumačenja da se takve nejasnoće tumače na štetu one strane koja ih je sastavila, a u korist druge ugovorne strane. Ovo pravilo je restriktivnije u odnosu na pravilo tumačenja nejasnih klauzula iz čl. 5 Direktive jer se ono ne primenjuje na tumačenje pisanih klauzula/odredbi koje je sastavila i predložila jedna ugovorna strana izvan formularnog ili tipskog ugovora, tj. na one koji ne čine sastavni deo formularnog ugovora ili tipskog ugovora. Razlika je i u cilju tumačenja. Prema čl. 112 Prednacrta, cilj je da se tumačenjem ustanovi i primeni bilo koje značenje nejasne klauzule/odredbe koje je u korist, odnosno u interesu druge ugovorne strane. Cilj tumačenja prema čl. 5 Direktive je, međutim da se primeni tumačenje koje je najpovoljnije po drugu ugovornu stranu.³⁶ Smatra se da u Prednacrta Građanskog zakonika Srbije treba uneti član kojim se jasno i nedvosmisleno definišu i sankcionišu nepravilne klauzule u ugovoru o osiguranju. Takva odredba bi omogućila svakoj slabijoj strani ugovora o osiguranju (ugovaraču osiguranja, osiguraniku i korisniku prava) da bude zaštićena od nepravilnih klauzula koje je u ugovor unela jača strana (osiguravač).³⁷ Ovakvo zakonsko opredeljenje donelo bi dva pozitivna efekta. Unošenje nepravilnih klauzula u ZOO predstavljalo bi korak dalje u pružanju

³⁴ R. Slijepčević, Izrada Građanskog zakonika Republike Srbije: koncepcija, sadržina i najvažnije novine Prednacrta, *Revija za evropsko pravo*, 1/2013, str. 100-101.

³⁵ Pravilo iz čl. 112 Prednacrta, pruža pravnu zaštitu ugovaraču osiguranja, a neopravdano ostavlja izvan pravne zaštite osiguranika i korisnika osiguranja u pogledu prava da zahtevaju tumačenje nejasnog teksta isprava i informacija koje je osiguravač dužan da sastavi i njima preda. J. Slavnić, Nova područja i pravila tumačenja ugovora u korist jedne strane kod ugovora o osiguranju: prilog raspravi o regulisanju ugovora o osiguranju u Prednacrta Građanskog zakonika Srbije, u: *Moderno pravo osiguranja: tekuća pitanja i trendovi* (ur. S. Jovanović, P. Marano i N. Žarković), Udruženje za pravo osiguranja Srbije, Beograd, 2014, str. 249.

³⁶ *Isto*, str. 248.

³⁷ N. Petrović Tomić, *n. delo*, str. 50.

zaštite osiguranicima, bez uzimanja u obzir njihovog svojstva kao potrošača ili profesionalca. Što je još značajnije, pravo osiguranja ne treba da zavisi od drugih zakona u materiji zaštite od nepravičnih klauzula.

4. Zaključak

Da li je danas načelo slobode ugovaranja, odnosno njegove implikacije mit ili stvarnost? Načelo slobode ugovaranja pretrpelo je veća ili manja ograničenja tokom istorije ugovornog prava, ali nikada nije bilo apsolutno. Njemu se suprotstavlja ideja o ugovornoj pravdi koja se tiče nejednakosti ugovornih strana. Sankcionisanje nepravičnih odredbi predstavlja izraz ideje ugovorne pravde na polju prava zaštite potrošača.

Direktiva 93/13/EEZ je materiju nepravičnih odredbi regulisala na taj način što je generalnu klauzulu kombinovala sa nabranjem klauzula koje se u ugovorima smatraju nepravičnim. Direktiva će se bez sumnje primeniti na ugovore o osiguranju. Smatra se da će ona delovati korisno ne samo u vezi sa sporovima, koji mogu nastati kada je reč o nekorektnim odredbama u ugovorima sa potrošačima, već i, preventivno. Jedan od njenih ciljeva je da obezbedi visok nivo zaštite osiguranika, u skladu sa opštim principima osiguranja. Kako je cilj Direktive da obezbedi tzv. minimalnu harmonizaciju, države članice imaju mogućnost da donesu strože ili zadrže postojeće norme, kojima će se obezbediti visok nivo zaštite.

Usvajanjem Direktive ostvarena je okvirna zaštita potrošača prilikom zaključenja ugovora koji sadrže nepravične klauzule. Definicija Direktive i ZZP-a propisuju kako će se odredba klasifikovati kao nepravična kada se o njoj nije pojedinačno pregovaralo te ukoliko suprotno načelu savesnosti i poštenja, uzrokuje značajnu neravnotežu u pravima i obavezama ugovornih strana na štetu potrošača.

Ugovori o osiguranju sklopljeni s osiguranicima spadaju u onu vrstu ugovora koji se nalaze na liniji između trgovačkog prava i prava zaštite potrošača. U vezi sa ugovorima o osiguranju, zaključujemo da uslovi koji jasno stilizuju osigurani rizik i obavezu osiguravača ne podležu testu korektnosti. Ostali propisi, Zakon o osiguranju, Zakon o obligacionim odnosima i Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga, nemaju izričite odredbe o nepravičnim ugovornim odredbama u potrošačkim ugovorima o osiguranju. Na kraju uočavamo da je, najpre evropsko pravo osiguranja, a potom i nacionalno pravo osiguranja preuzelo ili implementiralo instrumente zaštite potrošača iz potrošačkog *acquis*, radi zaštite slabije ugovorne strane u ugovornom odnosu osiguranja.

Danijela Glušac*

Unfair clauses and Insurance contract

Summary

Today the insurance contract has an increasing importance in our everyday legal transactions. It could be said that according to the frequency of concluding this agreement comes immediately after the contract of sale and contract of carriage. The idea of consumer protection has found its place in the insurance service. In line with current trends in the European Union, in addition to the analysis of certain issues concerning unfair provisions in community law, this paper is dedicated to the issues of protection against unfair contract terms in the insurance contract. Also difference in the economic strength of the contractor, may lead to the position that the stronger contracting party impose unfair clauses. Therefore, in this paper, firstly, author gives a brief overview of the legal regulation of unfair clauses in EU law. Then, in the context of the insurance contract, author analyzes unfair terms in national law. The author aims to present the sources of law in the Republic of Serbia in connection with the protection against unfair terms in consumer contracts and insurance contracts. It starts from the normative complexes with specific qualities and characteristics of this theme.

Keywords: Directive, unfair terms, protection, insurance contract.

* Assistant at Novi Sad Business School; Master of Laws; Phd student at Faculty of Law in Novi Sad; e-mail: danijela.vps@gmail.com.

