

Godina XVI

2014.

Broj 2-3.

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., XVI(2014) 2-3. 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 XVI	2014.	Broj 2-3.
------------	-------	-----------

---

## SADRŽAJ

### ČLANCI

Ljubica Đorđević	Zaštita vrednosti Evropske unije u državama članicama kroz mehanizam sankcija: domet i dejstva člana 7 Ugovora o Evropskoj uniji	5
Zoran Radivojević	Sistem pravnih lekova u procesnom pravu Evropske unije	23
Zoran Ponjavić i Veljko Vlašković	Space for the child's best interests inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction	45
Vesna Ćorić	Neusklađenost tumačenja člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima u jurisprudenciji Suda pravde Evropske unije i Evropskog suda za ljudska prava	69
Siniša Varga	Prevarni znakovi u pravu žiga Evropske unije	87
Zoran Vuković	Kolektivna zaštita potrošača	109

# REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Association for European Law

---

Volume XVI	2014	No 2-3
------------	------	--------

---

## CONTENTS

### ARTICLES

Ljubica Đorđević	Protection of the EU values in the EU Member States through the Sanction Mechanism: the Scope and the Impact of Article 7 TEU	5
Zoran Radivojević	System of the Legal Remedies in the Procedural Law of the European Union	23
Zoran Ponjavić and Veljko Vlašković	Space for the child's best interests inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction	45
Vesna Ćorić	The Inconsistent Interpretations of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights	69
Siniša Varga	Deceptive trademarks in the European Union Law	87
Zoran Vuković	Collective consumer's protection	109

## ČLANCI - ARTICLES

Ljubica Đorđević\*

UDK: 341.241(4)

UDK: 339.923:061.1(4-672 EU)

str. 5-21.

### ZAŠTITA VREDNOSTI EVROPSKE UNIJE U DRŽAVAMA ČLANICAMA KROZ MEHANIZAM SANKCIJA: DOMET I DEJSTVA ČLANA 7 UGOVORA O EVROPSKOJ UNIJI\*\*

#### Apstrakt

*Politička dimenzija EU manifestuje se i kroz njenu utemeljenost na određenim (demokratskim) vrednostima koje moraju poštovati kako države članice tako i države koje to žele da postanu. EU je svojevrstan klub čiji članovi mogu biti samo države koje su uređene prema demokratskom modelu. U čl. 2 Ugovora o EU (UEU) kodifikovane su vrednosti koje su okosnice poželjnog demokratskog poretka: poštovanje ljudskog dostojanstva, sloboda, demokratija, jednakost, vladavina prava/pravna država i poštovanje ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Iako u EU važi pretpostavka da su njene države članice demokratske, odnosno da poštuju vrednosti iz čl. 2 UEU, u čl. 7 UEU je uspostavljen mehanizam kojim se u pravu EU institucionalizuje reakcija EU u slučajevima u kojima država članica krši vrednosti EU ili postoji opasnost od*

---

\* Vanredna profesorka Fakulteta za evropske pravno-političke studije u Novom Sadu.  
ljubica.djordjevic@fepps.edu.rs.

\*\* Rad je rezultat istraživanja sprovedenog u okviru naučnog projekta br. 47024 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

*njihovog kršenja. Mehanizam uspostavljen u čl. 7 UEU koncipiran je kroz tri faze, odnosno tri instrumenta. U prvoj fazi EU može reagovati preventivno, u situacijama kada u državi članici postoji nedvosmislen rizik da država članica ozbiljno prekrši vrednosti iz čl. 2 UEU. U tom slučaju Savet donosi utvrđujuću odluku, ili eventualnu preporuku državi članici, u nameri da predupredi da država zaista i prekrši demokratske vrednosti. Druga faza mehanizma se aktivira onda kada država članica ozbiljno i uporno krši vrednosti EU. U ovom slučaju utvrđujuću odluku donosi Evropski savet. Na temelju takve odluke, Savet može doneti odluku kojom će dotičnoj državi suspendovati prava iz članstva u EU, što predstavlja treću fazu mehanizma iz čl. 7 UEU. Intervencija EU utemeljena u čl. 7 UEU je po svojoj suštini politička, jer se procena i odluka o kršenju vrednosti temelje na političkoj percepciji aktera koji su uključeni u postupak. Kroz čl. 7 UEU pravno je trasiran put za uticaj EU u sferu političkog koja se načelno smatra domenom državne suverenosti. Međutim, činjenica da mehanizam iz čl. 7 UEU do sada nikad nije aktiviran jasno pokazuje otpor država članica da svoj poredak otvore za takav vid delovanja EU.*

**Ključne reči:** član 7 Ugovora o EU, vrednosti EU, demokratija, mehanizam sankcija.

## 1. Uvod

S obzirom na kompleksnost odnosa u okviru EU, jedan od važnih preduslova za njeno dobro funkcionisanje je uspostavljanje minimuma standarda koje prihvataju i poštuju sve države članice, a putem kojih se obezbeđuje određena homogenost poretka EU. U kontekstu širenja dometa integracije u okviru EU izvan ekonomskih oblasti i koncipiranja EU kao specifične političke zajednice, standardi na kojima se temelji EU obuhvataju i set vrednosti koje predstavljaju okosnice poželjnog modela političkog poretka. Opredeljenjem za određene demokratske vrednosti i zahtevom da ih poštuju i države članice, EU ima odlike kluba čiji članovi su (odnosno, mogu biti) samo države koje su uređene prema demokratskom ustavnom modelu. Vrednosti na kojima se temelji EU i koje su zajedničke svim državama članicama su kodifikovane u čl. 2 Ugovora o EU (UEU) i predstavljaju srž poželjnog ustavnog poretka. Izričito proklamovanje demokratskih vrednosti u pravu EU nije prosta proklamacija, već pravno trasiran put za intervenciju EU u politički poredak država članica i država koje žele to da postanu. Pravo EU da na svojevrsan način utiče na oblikovanje političkog poretka u državama koje žele da postanu njene članice ostvaruje se kroz vezu između čl. 49 st. 1 UEU i čl. 2 UEU. Važan uslov za državu da postane članica EU je da poštuje vrednosti utvrđene u čl. 2 UEU. Obaveza države na poštovanje

vrednosti nastavlja se i nakon prijema u članstvo u EU, a poštovanje ove obaveze se obezbeđuje kroz poseban mehanizam koji je utvrđen u čl. 7 UEU. Na osnovu čl. 7 UEU, EU ima u pravu EU utemeljeno pravo da upozori državu članicu na rizik od kršenja demokratskih vrednosti ili pak da reaguje na kršenje ovih vrednosti uz mogućnost suspenzije prava iz članstva.

Predmet analize u radu je mehanizam uspostavljen u čl. 7 UEU koji omogućava institucionalizovan uticaj EU u politički poredak država članica, a u cilju očuvanja njegovog demokratskog karaktera. U prvom delu rada prikazane su vrednosti kodifikovane u čl. 2 UEU koje su predmet zaštite čl. 7 UEU. U drugom delu rada analizira se pristup EU očuvanju demokratskih vrednosti u državama članicama i državama kandidatima za članstvo, ukazuje se na različit intenzitet uticaja EU na demokratizaciju u državama članicama i državama kandidatima, kao i na negativne efekte pretpostavke da su države članice konsolidovane demokratije. Treći, centralni deo rada usmeren je na pravnu analizu čl. 7 UEU i uticaj koji aktiviranjem predviđenih instrumenata EU može vršiti na kvalitet političkog poretka u državama članicama.

## **2. Evropska unija kao vrednosna zajednica**

Iako je projekat evropskih integracija kroz tri Evropske zajednice imao za neposredni cilj stvaranje zajedničkog tržišta, najpre za industrijske oblasti značajne za vojnu industriju (ugalj i čelik), a zatim i za druge privredne grane, stvaranje ekonomske zajednice između država članica nije bio cilj sam za sebe. Ekonomsko povezivanje je bilo usmereno prevashodno na očuvanje i unapređenje mira, a zatim i sloboda (ekonomskih, ali i drugih), kao i na uspostavljanje temelja za integraciju u drugim (ne-ekonomskim) oblastima. Politički elementi se formalno tek postepeno uvode u proces evropskih integracija. Integracija kroz tri Evropske zajednice imala je izraženu ekonomsku dimenziju, pri čemu su države članice političke aspekte integracije poimale kao važan element državne suverenosti, koji je kao takav izuzet iz integracionih procesa. Osnivanjem EU 1992. godine države članice su uvođenjem tzv. drugog i trećeg stuba odškrinule vrata i za "političku" integraciju država članica preko EU. Ova integracija se bitno produbljuje Ugovorom iz Lisabona koji "komunitarizuje" oblast policijske i pravosudne saradnje i formira jedinstvenu oblast slobode, bezbednosti i pravde, u kojoj se odluke donose kvalifikovanom većinom i saodlučivanjem kao običnom zakonodavnom procedurom. Važan segment političke integracije čini kodifikacija vrednosti na kojima počiva EU i koje su zajedničke državama članicama, a koje odslikavaju centralne elemente moderne ustavnosti. Privrženost država članica zajedničkim vrednostima je temelj koji

obezbeđuje minimum homogenosti između njih i ključni je preduslov za uspeh integracionog procesa.<sup>1</sup>

Razvoj EU kao "unije vrednosti" tekao je postepeno, od pozivanja na određene vrednosti u preambuli Ugovora, preko delimičnog normiranja u nekadašnjem čl. 6 st. 1 Ugovora o Evropskoj uniji (UEU), do svojevrstne kodifikacije vrednosti u čl. 2 danas važećeg UEU. U Ugovoru iz Mاستrihta, kojim je osnovana EU, države članice su u preambuli potvrdile svoju privrženost principima slobode, demokratije i poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda i vladavine prava/pravne države.<sup>2</sup> U normativnom delu, Ugovor iz Mاستrihta nije detaljnije regulisao vrednosti EU. U čl. F st. 1 bilo je propisano da EU poštuje nacionalni identitet svojih država članica, "čiji se sistemi vlasti zasnivaju na demokratskim principima", čime je bez dalje konkretizacije postavljen neki okvirni zahtev za demokratski poretak država članica. Ljudska prava su neposrednije istaknuta time što je u čl. F st. 2 izričito istaknuto da EU poštuje "osnovna prava koja su garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i koja proizilaze iz zajedničkih ustavnih tradicija država članica". Ugovor iz Amsterdama uneo je izmene u čl. F st. 1 (koji postaje čl. 6 st. 1) time što je izričito propisao da EU "počiva na principima slobode, demokratije, poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda, kao i vladavine prava/pravne države" i da su ti principi zajednički svim državama članicama. Kroz isticanje da su ovi principi zajednički svim državama članicama, u UEU je fomulisan zahtev za homogenošću između ustavnopravnih principa EU i ustava država članica.<sup>3</sup> Ugovor iz Lisabona je dodatno ojačao vrednosnu dimenziju EU i u čl. 2 utemeljio EU kao vrednosnu uniju.

Čl. 2 UEU se donekle oslanja na tekst ranije važećeg čl. 6 st. 1 UEU, ali unosi i određene izmene i dopune. Najpre, čl. 2 UEU po prvi put koristi termin "vrednosti" (eng. *values*, nem. *Werte*) za razliku od ranije korišćenog pojma "principi" (eng. *principles*, nem. *Grundsätze*). Ova terminološka promena sama po sebi ne povlači suštinsku promenu, jer vrednosti sadržinski odlikavaju određene

---

<sup>1</sup> Upor. C. Callies, Art. 2 EUV, u: C. Callies, M. Ruffert (ur.), *EUV/AEUV. Kommentar*, München: C. H. Beck, 2011, str. 30.

<sup>2</sup> Treći stav Preambule Ugovora iz Mاستrihta (OJ C 191, od. 29. jula 1992).

<sup>3</sup> Homogenost podrazumeva podudarnost određenih pravnih principa ne samo između država članica, već i u odnosu na EU. Homogenost ostvaruje nekoliko funkcija: uspostavlja konsenzus između država članica kako bi se omogućila integracija, obezbeđuje osnov legitimacije za EU, omogućava izgradnju evropskog identiteta i osigurava funkcionalnost EU. C. Callies, *op. cit.*, str. 31 i 32.



principe.<sup>4</sup> Vrednosti koje ističe čl. 2 UEU su temelj EU i kao takve one su uslov i osnov za njeno postojanje.<sup>5</sup> Međutim, ove vrednosti ne obavezuju samo EU, već i države članice koje su odgovorne za njihovo poštovanje.

Vrednosti na kojima se, prema čl. 2 UEU, temelji EU su poštovanje ljudskog dostojanstva, sloboda, demokratija, jednakost, vladavina prava/pravna država i poštovanje ljudskih prava, uključujući i prava pripadnika manjina. Odredba čl. 2 UEU je preuzela principe koje je sadržao raniji čl. 6 st. 1 UEU (sloboda, demokratija, ljudska prava i vladavina prava/pravna država), ali je proširila katalog vrednosti novim vrednostima koje se tiču poštovanja ljudskog dostojanstva, jednakosti i poštovanja prava pripadnika manjina.

Osim što sadrži katalog vrednosti na kojima počiva EU, čl. 2 UEU dodatno postavlja standard tolerantnog, pravednog i solidarnog društva. Ovakvo društvo odlikuju "pluralizam, nediskriminacija, tolerancija, pravda, solidarnost i jednakost između žena i muškaraca". Ovom odredbom UEU ističe društvenu dimenziju EU i time otvara nekoliko pitanja. Najpre, nije jasno da li se navedena obeležja odnose na društva država članica ili se odnose na neko eventualno "evropsko društvo". Zatim, ostaje sporno da li su ova obeležja takođe vrednosti EU ili nisu. I konačno, ako je reč o vrednostima EU, diskutabilno je da li ovakva odredba skriva opasnost društveno-političkog akcionizma EU.<sup>6</sup>

Vrednosti koje utvrđuje čl. 2 UEU su centralni elementi moderne ustavnosti. Ove vrednosti, međutim, ne upućuju na uniformisanost demokratskog modela, već predstavljaju minimum ili srž demokratskog političkog sistema. Iako su prema čl. 2 UEU ove vrednosti zajedničke svim državama članicama EU, način na koji će one biti ostvarene u svakoj od njih zavisi prevashodno od njenog ustavnog okvira i političkog sistema. Široka i opšta formulacija vrednosti iz čl. 2 UEU ostavlja prostora da se one implementiraju u skladu sa nacionalnom političkom tradicijom i kulturom. Ipak, uprkos nedostatku detaljne kodifikacije pojmova koje sadrži čl. 2 UEU, njih treba "čitati" u kontekstu Povelje EU o osnovnim pravima, Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i sloboda i kontekstu zajedničke ustavne tradicije država članica,<sup>7</sup> ali imajući u vidu i Evropsku socijalnu povelju i Povelju Zajednice o osnovnim socijalnim pravima radnika.<sup>8</sup> U

---

<sup>4</sup> *Ibid.*, str. 32.

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*, str. 40.

<sup>7</sup> Upor. čl. 6 UEU.

<sup>8</sup> Vid. peti stav Preambule UEU.

tom smislu čl. 2 UEU, uprkos opštoj formulaciji, ima dovoljno sadržaja da služi kao merilo za ocenu političkih sistema država članica EU.

### 3. Pretpostavka poštovanja vrednosti Evropske unije u državama članicama

Vrednosti utvrđene u čl. 2 UEU nisu samo deklarativne proklamacije, već su važne za članstvo u EU. Prema čl. 49 st. 1 UEU svaka evropska država koja poštuje vrednosti proklamovane u čl. 2 UEU i koja je posvećena njihovom unapređivanju može aplicirati za članstvo u EU. Država koja podnosi zahtev treba da je vrednosno kompatibilna sa EU ili da teži ostvarivanju vrednosti koje se ističu u čl. 2 UEU. Na ovakav zaključak upućuju i tzv. Kopenhgenški kriterijumi koji u segmentu političkih uslova od države aplikanta zahtevaju uspostavljanje institucionalne stabilnosti koja je garancija demokratskog poretka i zaštite ljudskih i manjinskih prava. Ovako formulisani politički uslovi sadrže naznaku modela poretka koji države treba da uspostave kako bi se kvalifikovale za članstvo u EU i predstavljaju svojevrsnu smernicu za države kandidate ka kom cilju treba da sprovede svoje unutrašnje reforme. Zahtev za uspostavljanje političkog poretka određenog kvaliteta u državi kandidatu sprečava da se u EU unesu nestabilnost i autoritarizam,<sup>9</sup> obezbeđuje kompatibilnost nove države članice sa ostalim "članovima kluba" i doprinosi očuvanju identiteta EU kao zajednice koja se zasniva na (liberalno-) demokratskim vrednostima. Iako formulacija političkih kriterijuma ostavlja državama kandidatima slobodu da same odrede način na koji će ostvariti postavljeni standard, praksa pokazuje da ove države često preuzimaju institucionalne modele iz država članica EU. Suočene sa svojevrsnim institucionalnim vakuumom (slabom funkcionalnošću postojećih ili nepostojanjem određenih institucija) države kandidati u formiranju institucionalne strukture posežu za "evropskim modelima". Motivi za ovakav pristup leže u želji da se preslikavanjem modela na neki način osigura i njihova funkcionalnost, ali i u nameri da se ovim demonstrira težnja da se jednog dana postane "član kluba". Doduše, ni EU nije bez uticaja na ovakav pristup jer kroz definisanje prioriteta u Pristupnim, odnosno Evropskim partnerstvima, ali i kroz različite vidove finansijske i tehničke pomoći po ugledu na iskustva država članica kreira poželjne modele koje u većoj ili manjoj meri nameće državama kandidatima. EU načelno pokazuje odbojnost prema institucionalnim novotarijama u državama kandidatima jer je jedan od ciljeva njene integracione politike da kandidati što je moguće više liče na države članice. Problem koji se

---

<sup>9</sup> H. Grabbe, *The EU's Transformative Power. Europeanization through Conditionality in Central and Eastern Europe*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2006, str. 37.

javlja u vezu sa tim je što ovi institucionalni modeli nisu uvek prilagođeni specifičnim okolnostima u državama (potencijalnim) kandidatima i njihovim institucionalnim potrebama, već su definisani potrebama primene *acquis communautaire*. Ovo može imati za posledicu da institucije u državama kandidatima imaju formalne karakteristike evropskih uzora, ali da ne funkcionišu dobro.<sup>10</sup>

S obzirom na uslovljenost procesa integracije i njegovu faznu strukturu, napredak svake države ka članstvu u EU vezuje se za njene rezultate u sprovođenju demokratskih reformi. U procesu integracije države u EU potreba za uspostavljanjem demokratskog političkog poretka stavlja se u specifičan kontekst zahteva za ispunjavanjem standarda koji se vezuju za članstvo u EU. Privrženost države kandidata vrednostima EU prati ceo integracioni proces, jer je poštovanje vrednosti iz čl. 2 UEU uslov za dalje napredovanje u postupku pristupanja, najpre da bi od statusa države podnosioca zahteva stekla status države kandidata, a zatim i za otvaranje pristupnih pregovora, i konačno za zatvaranje ključnih poglavlja 23 i 24 (pravosuđe i osnovna prava, odnosno pravda, sloboda i bezbednost). Proces integracije države u EU je tako koncipiran da se smatra da je država spremna za članstvo u EU onda kada je dostigla nivo konsolidovane demokratije, odnosno kada je obezbeđena dugoročna stabilnost i funkcionalnost demokratskih institucija i pravila i kada je povratak na autoritarni sistem malo verovatan. Vrednosna koncepcija EU ima za posledicu da se EU, uključujući i njene države članice, percipira kao svojevrsan klub koji se temelji na principima liberalne demokratije, pa sledstveno prijem države u članstvo EU potvrđuje demokratski karakter te države. Članstvo u EU dobija dimenziju pripadanja klubu "slobodnih i demokratskih" država i postaje svojevrsna potvrda kvaliteta političkog poretka države. U kontekstu integracije države u EU, članstvo u EU se percipira kao krajnji cilj i verifikacija uspeha sprovedenih unutrašnjih reformi. Ovakav koncept stvara konstrukt da su sve države članice EU demokratske, odnosno, da je država ako je članica EU nepobitno demokratska. Načelno se ovakva tvrdnja može prihvatiti, ali se mora imati na umu da kvalitet demokratije nije isti u svim državama članicama EU. Neke države su razvijene i stabilne demokratije, u nekim državama članicama demokratski politički poredak još uvek nije u potpunosti konsolidovan, dok u nekim državama koje su smatrane konsolidovanim demokratijama postoje retrogradne tendencije. Euforija "istočnog proširenja" EU stvorila je iskrivljenu predstavu o pristupanju EU kao trenutku zaokruživanja procesa demokratizacije i o članstvu u EU kao garanciji

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, str. 69, 70, i 107.

demokratije. Međutim, kriza u EU, kao i generalna kriza liberalnog koncepta pokazuju da proces demokratizacije nije definitivna, da i u konsolidovanim demokratijama postoji određena dinamika i da su pomeranja u demokratskom poretku moguća ne samo u smeru unapređenja kvaliteta demokratije, već i u smeru slabljenja njenog kvaliteta. Jačanje desničarskih, populističkih i nacionalističkih partija i pokreta, prevashodno kao reakcija na ekonomsku krizu i krizu EU, pokazuje da (liberalna) demokratija nije imuna na uticaje određenog društvenog konteksta. U tom smislu su indikativni rezultati poslednjih izbora za Evropski parlament na kojima su ekstremne opcije ostvarile rezultat<sup>11</sup> koji ukazuje na određene promene u preferencama birača u državama članicama, koje promene u određenom kontekstu mogu negativno uticati na kvalitet demokratija koje su smatrane zrelim i stabilnim. Fragilnost demokratije je još uočljivija na primerima nekih "novih" država članica EU u kojima se, uprkos članstvu u EU, javljaju određeni simptomi nedemokratskog poretka. U tom kontekstu su prve na udaru kritika Bugarska i Rumunija, koje se nezaobilazno ističu kao primer država članica u kojima nisu konsolidovani svi segmenti demokratskog političkog poretka. Štaviše, na primeru prijema Bugarske i Rumunije u članstvo EU kritikuje se politika uslovljavanja EU kao proizvoljna i arbitrarna, imajući u vidu da su ove dve države primljene u članstvo EU iako nisu u potpunosti ispunjavale uslove za to. Pored toga, primeri Bugarske i Rumunije, njihov prijem u članstvo EU uprkos nedostacima u kvalitetu demokratije, a eventualno u očekivanju da će ovi nedostaci brže i lakše biti otklonjeni ako su države u EU, pokazuju da članstvo u EU samo po sebi ne može da supstituiše demokratizacioni proces i ne može da obezbedi "instant" transformaciju poretka. Pitanje u kom smeru bi se kretali procesi u Bugarskoj i Rumuniji da nisu 2007. postale članice EU ostaje u domenu pretpostavki i nagađanja, ali je nesumnjivo da i sedam godina nakon prijema u članstvo EU demokratija u ovim državama ne odgovara u potpunosti "evropskim standardima". Kriza demokratije prisutna je i u Mađarskoj koja se sve češće nalazi na udaru kritika zbog autoritarnih tendencija premijera Viktora Orbana i vladajuće konzervativne partije Fides. Slučaj Mađarske jasno pokazuje da i u konsolidovanoj demokratiji postoji dinamika političkog procesa i da nisu isključene oscilacije prema autoritarnom polu. Za razliku od Bugarske i Rumunije koje su često etiketirane kao "loši đaci" u procesu evropskih integracija, Mađarska je često ističana kao primer uspešne transformacije i efikasne sinergije

---

<sup>11</sup> <http://www.europarl.europa.eu/elections2014-results/en/election-results-2014.html> (pristupljeno: 1.12.2014).

unutrašnjih reformi i integracije u EU. Međutim, samo nekoliko godina od prijema u EU, Mađarska počinje da odstupa od koncepta liberalne demokratije. Štaviše, uspostavljanje novog koncepta vlasti sa autoritarnim tendencijama objašnjava se kao otklon od neefikasnog i prevaziđenog liberalnog koncepta. Pritom je interesantno da vlada uživa podršku birača, koja je kapitalizovana u dvotrećinsku većinu u parlamentu koja omogućava da se demokratskim instrumentima (između ostalog i kroz promenu ustava) razgrađuju demokratski instituti. Razvoj događaja u Mađarskoj stavlja na probu koncept EU kao zajednice vrednosti koje dele države članice i aktuelizuje pitanje veze između članstva u EU i demokratičnosti nacionalnog političkog poretka. Pored toga, slučaj Mađarske otvara pitanje mogućnosti, spremnosti i moći EU da utiče na države članice da u svojim nacionalnim porecima ostvaruju i štite demokratske vrednosti kodifikovane u čl. 2 UEU.

Primetno je da je uticaj EU na politički poredak država članica mnogo izraženiji u fazi priprema za članstvo nego nakon prijema u članstvo EU. U pristupnoj fazi odnosa EU ima na raspolaganju instrumente politike uslovljavanja kojima može u većoj ili manjoj meri uticati na procese u državi kandidatu. Članstvom u EU, država postaje ravnopravan partner i politiku uslovljavanja zamenjuje politika koordinacije i saradnje. U kontekstu pretpostavke demokratičnosti država članica, fokus EU u odnosu prema državama članicama se pomera sa domena "političkog" u domen "komunitarnog" i usmeren je na obezbeđivanje efikasnog funkcionisanja EU. Imajući u vidu koncept EU i specifičan odnos nadnacionalnog i nacionalnog u EU, opravdano se nameće pitanje, da li EU uopšte ima pravo da procenjuje demokratski karakter političkih poredaka država članica. Članice EU su države koje imaju svoje ustave, specifično ustavno uređenje i politički sistem, kao i određenu ustavnu tradiciju. EU ne zadire u "ustavnu autonomiju" država članica i one zadržavaju suvereno pravo da uredi svoj ustavni poredak (države samostalno odlučuju da li će biti organizovane kao federacija ili unitarna država, da li će uspostaviti predsednički ili parlamentarni sistem vlasti, da li će i na koji način decentralizovati vlast i tome slično).<sup>12</sup> Različitost ustavnih aranžmana u državama članicama EU dovodi do svojevrsnog "ustavnog pluralizma"<sup>13</sup> u EU.

---

<sup>12</sup> L. Besselink, M. Claes, S. Imamovic, J. H. Reestman, *National Constitutional Avenues for further EU Integration*, Brussels: European Parliament, 2014, str. 16. [online] [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493046/IPOL-JURI\\_ET%282014%29493046\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493046/IPOL-JURI_ET%282014%29493046_EN.pdf) (pristupljeno: 1.12.2014).

<sup>13</sup> A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, *Common Market Law Review*, 48, 2011, str. 10.

Neke države članice EU su monarhije, neke su republike sa različitim položajem predsednika republike, u nekima je parlament snabdeven jakim, a u drugima slabijim ovlašćenjima, neke su unitarne države, druge federacije, neke imaju jako ustavno sudstvo, druge ne, i tome slično.<sup>14</sup> U tom kontekstu odnos između država članica i EU zasniva se na dva međusobno povezana principa: na obavezi EU da poštuje nacionalni identitet država članica (čl. 4 st. 2 UEU) i na obavezi država članica na "lojalnu saradnju" (čl. 4 st. 3 UEU). Ipak, usled isticanja određenih vrednosti i njihovog inkorporiranja u pravo EU, kao i normiranja u Ugovoru da su ove vrednosti zajedničke svim državama članicama (čl. 2 UEU) pitanje političkog uređenja prestaje da bude isključivi domen državne suverenosti, jer se kroz čl. 2 UEU otvara kanal za EU da utiče na političke poretke država članica. S obzirom da su vrednosti demokratske ustavne države kodifikovane u pravu EU, povreda tih vrednosti od strane države članice predstavlja povredu prava EU i otvara mogućnost za intervenciju EU. Intervencija može biti (i najčešće jeste) politička (kroz instrumente tzv. meke diplomatije), ali može biti i kroz aktiviranje institucionalnog mehanizma koji propisuje čl. 7 UEU. I upravo mehanizam sankcija predviđen čl. 7 UEU vrednosti iz čl. 2 UEU izdiže iznad programske proklamacije i daje im pravni karakter.

#### **4. Povreda vrednosti i mehanizam sankcija prema članu 7 Ugovora o Evropskoj uniji**

Unošenjem čl. 7 UEU u Ugovor iz Amsterdama u pravo EU je po prvi put inkorporiran mehanizam sankcija i uspostavljen institucionalni mehanizam za eventualno ograničenje prava države članice. Uvođenje mogućnosti da se državi članici ograniče prava iz članstva u EU zbog političkih razloga (kršenje vrednosti EU) odražava tendenciju da se integracioni proces iz ekonomske sfere proširi i na političku sferu koja je dugo smatrana domenom državne suverenosti. Pored toga, uvođenje čl. 7 u Ugovore bilo je motivisano i težnjom da se smanji diskrepanca između insistiranja EU na određenom demokratskom modelu u spoljnoj politici (u odnosima prema državama koje nisu članice) i skromnih kapaciteta EU da interveniše u situacijama kada neka država članica eventualno krši demokratske vrednosti.<sup>15</sup> Inicijalno je procedura za uvođenje sankcija bila koncipirana kroz dve faze, fazu utvrđivanja povrede i fazu ograničenja prava, u kom kontekstu je delovanje EU bilo reaktivno. Prema rešenju sadržanom u Ugovoru iz

---

<sup>14</sup> Upor. *ibid.*

<sup>15</sup> "Article 7 TEU: a mechanism to protect EU values", <http://epthinktank.eu/2013/10/07/article-7-teu-a-mechanism-to-protect-eu-values/> (pristupljeno: 5.12.2014).

Amsterdama, mehanizam EU se mogao pokrenuti kada je već došlo do kršenja vrednosti. Koncept je promenjen Ugovorom iz Nice koji je EU dao mogućnost i da aktivno deluje. Procedura je dopunjena prethodnom fazom, fazom upozorenja, u kojoj EU može upozoriti državu članicu na opasnost od kršenja vrednosti. U prethodnoj fazi EU može delati i pre nego što država članica prekrši demokratske vrednosti, s obzirom da okolnosti slučaja pokazuju da postoji tendencija da do kršenja zaista i dođe. Aktivnost EU treba da utiče na državu članicu da ne dođe do kršenja vrednosti. Ovakav koncept mehanizma sankcija zadržan je i u Ugovoru iz Lisabona.

Mehanizam u prvoj fazi podrazumeva da Savet može utvrditi da postoji nedvosmislen rizik da država članica ozbiljno prekrši vrednosti iz čl. 2 UEU. Predlog za donošenje ovakve odluke mogu uputiti trećina država članica EU, Evropski parlament ili Evropska komisija. Savet odluku donosi kvalifikovanom većinom od četiri petine članova.<sup>16</sup> Proceduralni uslovi za donošenje odluke su i prethodna saglasnost Evropskog parlamenta i saslušanje dotične države članice. Interesantno je da čl. 7 st. 1 UEU predviđa mogućnost i da Savet državi članici uputi preporuku, koju usvaja po istoj proceduri kao i utvrđujuću odluku. Mogućnost da se stvar okonča preporukom Saveta predstavlja instrument da se spor reši diplomatskim putem i da se izbegne formalizacija koja postoji u slučaju usvajanja odluke Saveta.<sup>17</sup> Ipak, postavljanjem istih proceduralnih uslova za usvajanje preporuke obezbeđuje se njena ozbiljnost i "težina", a time i snaga uticaja na državu članicu.

Ključan preduslov za donošenje odluke Saveta iz čl. 7 st. 1 UEU je postojanje nedvosmislenog rizika od ozbiljnog kršenja demokratskih vrednosti (iz čl. 2 UEU). S obzirom da formulacija sadrži neodređene pojmove, ključno pitanje za primenu čl. 7 st. 1 UEU tiče se procene u kojim okolnostima se može smatrati da postoji nedvosmislen rizik da vrednost EU bude ozbiljno prekršena. Mehanizma upozorenja iz čl. 7 st. 1 UEU se aktivira u fazi kada država članica još uvek ne krši vrednosti EU, ali kada postoji rizik da do takvog kršenja dođe. Aktiviranje mehanizma iz čl. 7 st. 1 UEU zasniva se na određenoj pretpostavci, odnosno prognozi, i ima za cilj da spreči da do kršenja vrednosti zaista i dođe. S obzirom da ne postoje tačno utvrđeni kriterijumi na osnovu kojih se procenjuje postojanje opasnosti, procena je prepuštena slobodnoj oceni organa koji učestvuju u

---

<sup>16</sup> Država članica koja je predmet odluke se ne računa prilikom utvrđivanja većine glasova. Pored toga, uzdržani glasovi se smatraju glasovima protiv. Vid. M. Ruffert, Art. 7 EUV, u: C. Calliess, M. Ruffert (ur.), *op. cit.*, str. 157.

<sup>17</sup> *Ibid.*

proceduri i ima izraženu političku konotaciju.<sup>18</sup> U slobodi svoje procene organi su organizirani zahtevom da je rizik od kršenja vrednosti nedvosmislen (eng. *clear risk*; nem. *eindeutige Gefahr*). Mora biti evidentno da takav rizik postoji, odnosno koristeći se obrnutom argumentacijom, mehanizam se ne može aktivirati ako je evidentno da ne postoji rizik od kršenja vrednosti. Pored toga, mehanizam iz čl. 7 st. 1 UEU je usmeren na prevenciju ozbiljnog kršenja vrednosti (eng. *serious breach*, nem. *eine schwerwiegende Verletzung*), što takođe podiže prag za njegovo aktiviranje jer se vezuje samo za kršenja vrednosti određenog, jačeg intenziteta.

Druga faza mehanizma regulisana je u čl. 7 st. 2 UEU i odnosi se na situacije kada je država članica prekršila vrednosti EU. U ovom slučaju ovlašćenje za donošenje utvrđujuće odluke nije dato Savetu, već Evropskom savetu kao političkom organu EU. Donošenje odluke o kršenju vrednosti mogu predložiti jedna trećina država članica i Evropska komisija, dok za razliku od mehanizma upozorenja iz čl. 7 st. 1 UEU Evropski parlament nema svojstvo ovlašćenog predlagača. Evropski parlament je uključen u postupak nakon njegovog pokretanja, jer Evropski savet može odlučivati nakon saglasnosti Evropskog parlamenta. Dodatni proceduralni uslov za donošenje odluke je da Evropski savet pozove državu članicu da se izjasni, odnosno iznese svoju poziciju. Formulacija čl. 7 st. 2 UEU ukazuje da je proceduralni uslov da Evropski savet pozove državu članicu da se izjasni, a ne samo izjašnjenje države članice. Ovakvom formulacijom se sprečava da država uskraćivanjem izjašnjenja blokira postupak i donošenje odluke. U krajnjoj konsekvenci, Evropski savet svoju odluku može doneti i bez da se država članica izjasnila, naravno pod uslovom da je pozvao da to učini. Konačni procesni uslov za donošenje odluke tiče se načina odlučivanja i zahteva da Evropski savet odluku donosi jednoglasno. U ovom kontekstu treba imati na umu da glas države članice koja je predmet odluke i uzdržani glasovi predstavnika prisutnih država članica ne utiču na jednoglasnost (čl. 354 st. 1 Ugovora o funkcionisanju EU).

Odlukom Evropskog saveta utvrđuje se postojanje ozbiljnog i upornog kršenja vrednosti iz čl. 2 UEU od strane države članice. I u čl. 7 st. 2 UEU, Ugovor sadrži neodređene pojmove čije tumačenje zavisi prevashodno od percepcije organa koji su uključeni u postupak i ima izraženu političku konotaciju. Ipak, Ugovor postavlja određenu kvalifikaciju kršenja vrednosti koja je nužna da bi se mogao aktivirati mehanizam čl. 7 st. 2 UEU, time što zahteva da kršenje bude ozbiljno i uporno (eng. *serious and persistent breach*, nem. *eine schwerwiegende and anhaltende*

---

<sup>18</sup> *Ibid.*



*Verletzung*). Zahtev da je kršenje vrednosti ozbiljno odnosi se na intenzitet povrede koju država čini, dok se kroz zahtev da je kršenje uporno daje vremenska dimenzija kršenju vrednosti, koje je na neki način postalo stanje.

Iako se može logično pretpostaviti da se instrument iz čl. 7 st. 2 UEU sukcesivno primenjuje u okolnostima kada primena instrumenta iz čl. 7 st. 1 UEU nije dala željene rezultate (predupredila kršenje vrednosti), formalnopravno takva veza između ovih instrumenata ne postoji. UEU ne propisuje izričit uslov da se odluka Evropskog saveta može doneti ukoliko je prethodno doneta odluka Saveta na osnovu čl. 7 st. 1 UEU. Stoga je pravno moguće i dopušteno da se instrument iz čl. 7 st. 2 UEU aktivira i bez prethodnog sprovođenja procedure prema čl. 7 st. 1 UEU. Ipak, s obzirom da je svrha instrumenta iz čl. 7 st. 1 UEU da upozori i predupredi kršenje vrednosti, neposredno aktiviranje instrumenta iz čl. 7 st. 2 UEU bi faktički obesmisllilo ideju o preventivnom delovanju EU. Nepostojanje formalne veze između prve i druge faze mehanizma iz čl. 7 može se opravdati potrebom da EU u određenim slučajevima promptno reaguje na kršenje vrednosti u državi članici, ali se osnovano može postaviti pitanje zbog čega EU nije reagovala ranije i kroz preventivni instrument pokušala da spreči da do kršenja vrednosti zaista i dođe. Situacija je drugačija u pogledu međusobne veze između druge i treće faze mehanizma, jer je za aktiviranje treće faze mehanizma procesni uslov da je Evropski savet doneo odluku, odnosno da je primenjen instrument iz čl. 7 st. 2 UEU.

Treća faza mehanizma odnosi se na sâm instrument sankcija prema državi za koju je Evropski savet utvrdio da krši vrednosti EU. Prema čl. 7 st. 3 UEU, Savet može kvalifikovanom većinom odlučiti da državi članici suspenduje prava iz članstva u EU, uključujući i pravo glasa u Savetu. U trećoj fazi mehanizma aktivan je samo Savet, koji sâm procenjuje da li će kršenje vrednosti od strane države članice sankcionisati suspendizijom prava, pa proceduru u ovom slučaju ne mogu pokrenuti akteri koji su prisutni u prve dve faze (dve trećine država članica, Evropska komisija, Evropski parlament). Pored toga, u trećoj fazi se više ne zahteva izjašnjavanje države članice kojoj se suspenduju prava. Treća faza se oslanja na drugu fazu, u tom smislu da je *conditio sine qua non* odluke Saveta o suspendiziji prava odluka Evropskog saveta kojom se utvrđuje kršenje prava od strane dotične države. Ipak, formulacija čl. 7 st. 3 UEU ukazuje da nakon odluke Evropskog saveta ne mora neizostavno da sledi suspendizija prava. UEU daje Savetu mogućnost izbora da li će državi članici suspendovati prava ili ne. Treća faza mehanizma tangira prava države članice, ali ne i njene obaveze. Prema čl. 7 st. 3 UEU, obaveze za državu članicu koje proizilaze iz Ugovora proizvode dejstva i prema državi kojoj su suspendovana prava.

Osim prava glasa u Savetu, koje se posebno ističe, Savet državi može suspendovati čitavu paletu prava preko kojih ona učestvuje u aktivnostima EU. Tako npr. državi može biti uskraćeno pravo da predlaže kandidate za određene funkcije, pravo učestvovanja i obraćanja na sednicama, kao i pravo predsedavanja različitim telima.<sup>19</sup> Pored toga državi se može suspendovati pravo na učestvovanje u raspodeli sredstava iz različitih fondova, poput fondova za poljoprivredu, ribarstvo ili strukturnih fondova.<sup>20</sup> Važno je istaći da se mogu suspendovati ona prava čiji je titular država članica, ali se ne mogu suspendovati prava državljana dotične države u supranacionalnim telima EU. Tako npr. položaj komesara ili poslanika u Evropskom parlamentu koji su državljani države članice ostaje izvan uticaja sankcija.<sup>21</sup> Ovo je razumljivo iz razloga što oni u ovim organima ne predstavljaju interese države članice čiji su državljani, već interese EU. O pravima koja će državi biti suspendovana, kao i o obimu suspenzije odlučuje Savet, pri čemu, prema slovu čl. 7 st. 3 UEU, mora da vodi računa o dejstvu suspenzije na prava i obaveze fizičkih i pravnih lica.

Suspendovanje prava državi članici deluje kao instrument pritiska prema njoj da prekine sa kršenjem vrednosti UEU, pa u tom kontekstu korespondira sa razvojem događaja u dotičnoj državi i može se menjati ili ukinuti. Čl. 7 st. 4 UEU izričito propisuje da Savet može kvalifikovanom većinom odlučiti da instrument sankcija izmeni ili ukine, ukoliko su se promenile okolnosti koje su dovele do njihovog uvođenja. Međutim, čl. 7 UEU, kao uostalom i Ugovori u celini, ne reguliše situaciju u kojoj sankcije prema državi članici nemaju efekta, tj. situaciju u kojoj država uprkos suspenziji prava iz članstva nastavi da krši vrednosti iz čl. 2 EU. Pravom EU i nakon Ugovora iz Lisabona nije regulisano pitanje isključenja države iz članstva, pa situacija u kojoj država nastavi da krši vrednosti EU izlazi izvan okvira prava EU i prelazi u domen međunarodnog javnog prava.<sup>22</sup>

Interesantno je da mogućnost suspenzije prava za državu članicu postoji jedino zbog kršenja vrednosti iz čl. 2 UEU. Čl. 7 st. 3 UEU je jedina odredba Ugovora koja predviđa mogućnost sankcija za državu članicu, a njihovo uvođenje je moguće jedino ako je Evropski savet utvrdio da država ozbiljno i uporno krši vrednosti iz čl. 2 UEU. Povreda pravila EU iz neke druge oblasti (npr. oblasti ekonomske i monetarne unije) ne može biti sankcionisana suspenzijom prava iz

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, str. 160.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Vid. A. Kaczorowska, *European Union Law*, 2. izdanje, Oxon: Routledge, 2011, str. 68.

članstva u EU. U ovim okolnostima je eventualno moguće aktivirati redovan put sudske zaštite kroz postupak zbog kršenja Ugovora, ali je domet ovakve zaštite ograničen, s obzirom da je usmeren na slučajeve konkretnog kršenja prava EU, a ne na generalno odstupanje od principa EU u određenoj oblasti.

Kroz čl. 7 UEU se na nivou EU institucionalizuje reakcija EU na kršenje demokratskih vrednosti od strane države članice, na koji način se pravno uobličuje suštinski politička reakcija. Stav EU i njeno postupanje prevashodno zavise od političkog uverenja aktera koji su uključeni u postupak prema čl. 7 UEU, pa su odluke donete u okviru i na osnovu čl. 7 UEU pre svega političke odluke. Isprepletanost pravnih i političkih elemenata u čl. 7 UEU ima za posledicu ograničenu mogućnost sudske kontrole od strane Suda pravde EU. Država članica koju adresira odluka Saveta ili Evropskog saveta može takvu odluku pobijati pred Sudom pravde, ali samo iz proceduralnih razloga, tj. da nije doneta u skladu sa procedurom koju propisuje čl. 7 UEU. Sud pravde može ispitivati odluku sa proceduralnog aspekta, ali ne može ulaziti u domen političke odluke Saveta, odnosno Evropskog saveta i ispitivati njihovu procenu da u državi članici postoji nedvosmisleni rizik od ozbiljnog kršenja demokratskih vrednosti ili ozbiljno i uporno kršenje tih vrednosti.

EU do sada nikada nije aktivirala instrumente čl. 7 UEU, pa on za sada deluje kao "mrtvo slovo na papiru". Bilo je nekoliko prilika u kojima se (neformalno) razmatrala mogućnost primene čl. 7 UEU, ali se EU opredelila da na dotične države vrši pre diplomatski pritisak, nego pritisak institucionalizovan kroz čl. 7 UEU. Prvi slučaj razmatranja primene čl. 7 UEU odnosi se na slučaj Austrije (tzv. "Slučaj Hajder") i izazvan je ulaskom Austrijske slobodarske partije u austrijsku Saveznu vladu. Zbog percepcije ove partije kao ekstremno desničarske, zbog njenog rasističkog i ksenofobnog istupanja, države članice EU su se zalagale za uvođenje sankcija prema svakoj austrijskoj vlasti u kojoj učestvuje ova stranka. S obzirom da u vreme dešavanja "Slučaja Hajder" čl. 7 UEU nije sadržao fazu upozorenja, prema Austriji se nije mogao primeniti mehanizam iz ovog člana, jer nije došlo do ozbiljnog i upornog kršenja demokratskih vrednosti. Zbog toga je reakcija prema Austriji bila pravno utemeljena u međunarodnom javnom pravu, kroz uvođenje bilateralnih sankcija od strane država članica EU prema Austriji.<sup>23</sup> Ovaj slučaj je, međutim, doprineo da se izmenom Ugovora iz Nice u mehanizam

---

<sup>23</sup> *Ibid.* Detaljnije u: G. Budo, EU Common Values at Stake: Is Article 7 TEU an Effective Protection Mechanism, *Documents CIDOB*, 2014, str. 3-4, [online] [http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos/documentos\\_cidob\\_nueva\\_epoca/eu\\_common\\_values\\_at\\_stake\\_is\\_article\\_7\\_teu\\_an\\_effective\\_protection\\_mechanism](http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos/documentos_cidob_nueva_epoca/eu_common_values_at_stake_is_article_7_teu_an_effective_protection_mechanism) (pristupljeno: 8.12.2014).

čl. 7 UEU uvede faza upozorenja. Mogućnost aktiviranja čl. 7 UEU razmatrana je u nekoliko navrata, ali do njegove primene nije došlo. Autoritarne tendencije u Mađarskoj nakon 2010. godine i naročito usvajanje novog mađarskog ustava 2012. godine izazvale su burne reakcije u institucijama EU u pogledu kršenja vrednosti iz čl. 2 UEU,<sup>24</sup> ali mehanizam iz čl. 7 UEU (još uvek) nije aktiviran. Pretnja aktiviranjem čl. 7 UEU postojala je i u slučaju Rumunije, i to kao reakcija na podrivanje vladavine prava u političkim konfliktima (između predsednika republike i vlade) i na politizaciju javnog prostora,<sup>25</sup> ali do njegovog aktiviranja nije došlo. Proterivanje Roma, građana EU, iz Francuske izazvalo je određene reakcije u institucijama EU,<sup>26</sup> ali za razliku od prethodna dva primera, mogućnost aktiviranja mehanizma iz čl. 7 UEU nije isticana.

## 5. Zaključak

Kroz čl. 7 UEU se reflektuje kompleksnost odnosa u EU, njena težnja da se kao nadnacionalna zajednica nametne državama članicama i intenzivnije prodire u nacionalne poretke, ali i njena nemoć da prevaziđe otpor država članica komunitarizaciji u oblasti političkog. Uvođenjem čl. 7 UEU, a u vezi sa čl. 2 UEU, u pravo EU je uveden kanal za institucionalizovan uticaj EU na politički poredak država članica i za jačanje političke dimenzije EU. Sa druge strane, moć odlučivanja o merama iz čl. 7 UEU nemaju komunitarizovani organi (Evropski parlament, Evropska komisija ili Sud pravde EU), već organi u kojima glavnu reč imaju države članice (Savet i Evropski savet). Zbog toga eventualna primena čl. 7 UEU zavisi prevashodno od njihove spremnosti da u oblast koja se tradicionalno smatra domenom državne suverenosti dopuste mešanje EU. Sledstveno tome, aktiviranje mehanizma iz čl. 7 UEU je verovatnije u fazama snage EU i jačanja njenih supranacionalnih elemenata nego u fazama krize i jačanja suverenističkih tendencija. Činjenica da čl. 7 UEU do sada nije primenjivan jasno pokazuje da države članice (još uvek) nisu voljne da se u oblasti političkog liše svog suvereniteta i dopuste institucionalizovani uticaj EU, kao i da diplomatski uticaj

---

<sup>24</sup> Evropska komisija je u januaru 2012. godine odlučila da pokrene proceduru protiv Mađarske u vezi sa nezavisnošću centralne banke, snižavanjem starosne granice za penzionisanje sudija i nezavisnošću tela za zaštitu podataka. Evropska komisija je takođe zahtevala od mađarske vlade dodatne informacije u vezi nezavisnosti sudstva. Pored toga, Evropski parlament je u dva navrata donosio rezoluciju kojom je pozivao Mađarsku da uskladi svoj poredak sa vrednostima EU. *Ibid.*, str. 4-5.

<sup>25</sup> Vid. detaljnije u *ibid.*, str. 5.

<sup>26</sup> *Ibid.*, str. 6-7.

ostaje i dalje dominantan instrument za očuvanje poželjnog demokratskog modela.

Ljubica Đorđević\*

### **Protection of the EU Values in the EU Member States through the Sanction Mechanism: the Scope and the Impact of Article 7 TEU**

#### **Summary**

The concept of the EU as a value-based union clearly indicates its political dimension. The EU is a specific club whose members can only be states constituted on democratic principles. Article 2 TEU sets the values which form the framework of a democratic constitutional order: respect for human dignity, freedom, democracy, equality, rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. Although there is a presumption that all EU member states are democratic, and that they respect the values set in Article 2 TEU, Article 7 TEU establishes a specific mechanism for the EU intervention when a member state violates these values. In the first phase of the mechanism, the EU can act to prevent eventual violation of values, in cases in which "there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values referred to in Article 2". In such a case, the Council may determine the situation or address recommendations to the respective member state. In the second phase of the mechanism, the EU can act when the violation has actually occurred. In this case the European council may determine the existence of "a serious and persistent breach by a Member State of the values referred to in Article 2". On ground of such a decision the Council may decide to suspend certain of the rights to the member state, and this instrument is actually the third phase of the mechanism. The intervention of the EU on ground of Article 7 TEU is in its core a political one, since the decision about the violation of values or its possibility is based on political perception of the players involved in the procedure. With Article 7 TEU, the EU law has set a legal path for the EU intervention in an area which is traditionally perceived as sovereign domain of a state. However, the fact that Article 7 TEU has never been applied plausibly shows resistance of the EU member states to open their national orders for such an activity of the EU.

**Keywords:** Article 7 TEU, EU values, democracy, sanction mechanism.

---

\* Associate Professor at Faculty of European Legal and Political Studies, Novi Sad.



## SISTEM PRAVNIH LEKOVA U PROCESNOM PRAVU EVROPSKE UNIJE

### Apstrakt

*Sistem pravnih lekova u procesnom pravu Evropske unije ima specifičnosti u poređenju sa nacionalnim pravosudnim sistemima. U prvo vreme u postupku pred Sudom pravde nije postojala žalba kao redovno pravno sredstvo, već su predviđeni drugi pravni lekovi koji su se mogli podneti Sudu upravo povodom njegovih konačnih presuda. Neki od njih su kvalifikovani kao vanredna pravna sredstva, dok su drugi imali izuzetan i procesni karakter. U prvu kategoriju spadaju prigovor trećeg koji nije bio strana u sporu protiv presude i zahtev za reviziju presude. Druga grupa pravnih lekova obuhvata prigovor tuženog protiv presude zbog izostanka i zahteva strana u sporu za tumačenje, ispravku i dopunu presude. Posle osnivanja Prvostepenog suda u procesno pravo Evropske unije uvedena je mogućnost podnošenja žalbi protiv njegovih presuda Sudu pravde. Kasnije je Prvostepeni sud postao nadležan da odlučuje o žalbama protiv odluka koje su, u međuvremenu osnovani, sudski paneli doneli u prvom stepenu. U postupcima pred Prvostepenim sudom i sudskim panelima zadržana je mogućnost korišćenja drugih pravnih lekova protiv njihovih konačnih odluka o kojima su odlučivali isti ovi sudovi. U tom pogledu Lisabonski ugovor nije ništa značajnije izmenio, osim što je Prvostepeni preimenovao u Opšti sud, a sudske panele u specijalizovane sudove.*

---

\* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

**Ključne reči:** pravni lek, žalba, preispitivanje, revizija, zahtev treće strane, presuda zbog izostanka, tumačenje presude, ispravka presude, dopuna presude.

### 1. Uvodne napomene

Sistem pravnih lekova u procesnom pravu Evropske unije ima osobenosti u poređenju sa nacionalnim pravosudnim sistemima. Pre svega, žalba kao redovno pravno sredstvo prvobitno nije postojala u komunitarnom pravosudnom sistemu. Iako je Sud pravde u početku delovao kao sud prve i poslednje instance, procesno pravo Evropskih zajednica predviđalo je neke druge pravne lekove koji su se mogli podneti upravo povodom njegovih konačnih presuda. Oni su imali vanredni i procesni karakter i o njima je odlučivao sam Sud.

Mogućnost podnošenja žalbe uvedena je u komunitarno procesno pravo tek posle osnivanja Prvostepenog suda.<sup>1</sup> Naime, protiv presuda Prvostepenog suda mogla se izjaviti žalba Sudu pravde. Ugovorom iz Nice predviđeno je pravo žalbe na odluke sudskih panela koji su ustanovljeni ovim Ugovorom. Tako je Prvostepeni sud postao nadležan da odlučuje o žalbama protiv presuda koje su doneli sudski paneli u prvom stepenu.<sup>2</sup> Uporedo sa uvođenjem žalbe, u postupcima pred Prvostepenim sudom i sudskim panelima zadržana je mogućnost korišćenja drugih pravnih lekova protiv njihovih konačnih odluka o kojima su odlučivali isti ovi sudovi. U tom pogledu Lisabonski ugovor nije ništa značajnije izmenio, osim što je Prvostepeni sud preimenovao u Opšti sud, a sudske panele u specijalizovane sudove.<sup>3</sup>

Imajući u vidu pravne lekove koje poznaje procesno pravo Evropske unije, prvi deo ovog rada biće posvećen žalbama kao pravnim sredstvima o kojima odlučuje viši sud od onog koji je doneo presudu, a to su žalbe protiv odluka Opšteg suda i odluka specijalizovanih sudova. Drugi deo rada bavi se pravnim lekovima o kojima odlučuje isti sud koji je doneo presudu.<sup>4</sup> U ovu kategoriju spadaju prigovor trećeg lica protiv presude i revizija, koji se mogu smatrati vanrednim

---

<sup>1</sup> Z. Radivojević, V. Knežević-Predić, *Institucije Evropske unije*, Niš, 2008, str. 144.

<sup>2</sup> Čl. 225, st. 2 Ugovora o Evropskoj zajednici, izmenjen Ugovorom iz Nice.

<sup>3</sup> Z. Radivojević, *Organizacija pravosudnog sistema Evropske unije prema Lisabonskom ugovoru, Izazovi evropskih integracija*, 2009, br. 4, str. 118.

<sup>4</sup> U francuskoj teoriji prava Evropske unije (C. Blumann, L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2010, p. 631) prva vrsta pravnih lekova naziva se "les voies de réformation" a druga "les voies de rétraction".



pravnim lekovima,<sup>5</sup> kao i prigovor tuženog protiv presude zbog izostanka, tumačenje, ispravka i dopuna presude koji imaju karakter izuzetnog procesnog pravnog sredstva.

## 2. Žalbe

Pravo na žalbu logična je posledica uspostavljanja sistema dvostepenog suđenja u komunitarnom pravosudnom sistemu. Podnošenjem žalbe pokreće se mehanizam kontrole zakonitosti odluka koje su doneli niži sudovi od strane više sudske instance. Na taj način unapređuje se i čini efikasnijom pravosudna zaštita prava svih subjekata prava Evropske unije.<sup>6</sup>

Procesno pravo Unije dopušta pravo na žalbu protiv odluka Opšteg suda i protiv odluka Službeničkog tribunala, koji je za sada osnovan kao jedini specijalizovani sud. U prvom slučaju o žalbi odlučuje Sud pravde, a u drugom Opšti sud. Izuzetak predstavlja mogućnost da se zatraži preispitivanje od strane Suda pravde konačnih odluka koje po žalbama donese Opšti sud. Ovako trostepeno suđenje<sup>7</sup> predviđeno je samo pod uslovom da postoji ozbiljna opasnost po jedinstvo i usklađenost prava EU. Međutim, Sud pravde ostao je i dalje poslednja i najviša sudska instanca, što znači da protiv njegovih odluka ne postoji pravo žalbe, čak i kada ih je doneo u prvom stepenu.

### 2.1. Žalba protiv odluka Opšteg suda

Žalba se podnosi protiv konačnih odluka Opšteg suda. Izraz konačne odluke tumači se u praksi široko i obuhvata sve odluke kojima se okončava postupak, uključujući povlačenje tužbe, odluku o glavnoj stvari, tumačenje presuda, kao i presude zbog izostanka.<sup>8</sup> Postoji mogućnost da se žalba uloži i na odluke kojima se samo delimično rešava o meritornim pitanjima.

Žalba se, takođe, može podneti protiv odluka kojima Opšti sud rešava o prethodnim prigovorima, kao što su nenadležnost i nedopuštenost tužbe ili procesnim pitanjima u sporednim postupcima, kao što je, recimo, odluka doneta povodom zahteva za odobravanje privremenih mera. Pravo žalbe dopušteno je i protiv odluke kojom se odbija zahtev lica za mešanje. Postoji mogućnost podnošenja žalbe protiv odluka kojima se obustavlja primena osporenog akta

---

<sup>5</sup> Ph. Manin, *L'Union européenne: institutions – ordre juridique – contentieux*, Paris, 2005, p. 402.

<sup>6</sup> K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, London, 2006, p. 452.

<sup>7</sup> N. Misita, *Evropska unija: institucije*, Sarajevo, 2009, str. 263.

<sup>8</sup> Z. Meškić, D. Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, Sarajevo, 2012, str. 452.

organa Unije ili obustavlja prinudno izvršenje odluka Saveta, Komisije i Evropske centralne banke kojima se nameću novčane obaveze fizičkim i pravnim licima. Međutim, izričito je isključena mogućnost ulaganja žalbe samo na odluku o troškovima postupka, tj. o visini troškova i strani koja je dužna da ih snosi.<sup>9</sup> Žalba se ne bi mogla izjaviti ni protiv odluka koje se isključivo tiču unutrašnje organizacije Opšteg suda.<sup>10</sup>

Pravo na žalbu ima svaka od stranaka koja u potpunosti ili delimično nije uspela u sporu pred Opštim sudom. Procesno pravo Evropske unije ne poznaje institut prethodne ocene dopuštenosti žalbe koji u mnogim nacionalnim pravosudnim sistemima omogućava svojevrsno filtriranje žalbi nezadovoljnih učesnika u prvostepenom postupku.<sup>11</sup> Međutim, u skladu sa opštim pravnim principima, žalilac u svakom slučaju mora da ima interes za podnošenje žalbe. Stoga bi Sud pravde mogao proglasiti kao nedopuštenu žalbu ukoliko se posle donošenja presude Opšteg suda pojavila činjenica koja tu presudu lišava negativnog dejstva po žalioca.<sup>12</sup>

Žalbu mogu podneti i umešači, koji nisu države članice ili institucije Unije, pod uslovom da ih se odluka Suda neposredno tiče. Države članice i organi Unije mogu se, pak, žaliti čak i onda kada se nisu umešali u postupak pred Opštim sudom, izuzimajući radne sporove službenika. Tada su države članice i organi Unije u istom položaju kao i države i organi koji su se umešali u prvom stepenu.

Žalba protiv presuda Opšteg suda ograničena je na pravna pitanja.<sup>13</sup> Ona se može odnositi kako na pitanja procesnog, tako i materijalnog prava. U postupku po žalbi Sud pravde ispituje samo zakonitost odluka Opšteg suda u cilju otklanjanja eventualnih pravnih nedostataka i time obezbeđuje usklađenost pravnog poretka Unije i jedobraznost prilikom njegovog tumačenja. Isključena je mogućnost podnošenja žalbe zbog nepravilno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Međutim, u praksi nije uvek jednostavno razgraničiti pravna od činjeničnih pitanja.<sup>14</sup> Sud pravde stoji na stanovištu da njegov zadatak nije da povodom

---

<sup>9</sup> Čl. 45-48 Statuta Suda pravde (dalje: Statut), Consolidated version, *Off. Journal EU*, L 228/2012.

<sup>10</sup> Case C-173/95 P *Hogan v Court of Justice* (1995) ECR I-4905; case C-39/00 P *SGA v Court of Justice* (2000) ECR I-11201.

<sup>11</sup> N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo, 2007, str. 509.

<sup>12</sup> Case C-19/93 P *Rendo* (1995) ECR I-3319; case C-111/99 P *Lech-Stahlwerke* (2001) ECR-I-727.

<sup>13</sup> Čl. 56, st. 3 i čl. 58, st. 1 Statuta.

<sup>14</sup> J. Rideau, F. Picod, Le pourvoi sur les questions de droit, *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, 1995, no 4, p. 594.

žalbe kontroliše činjenice i dokaze na kojima je zasnovana presuda, već da njihovo utvrđivanje i ocena spada u isključivu nadležnost Opšteg suda. To ipak ne sprečava Sud pravde da kontroliše da li su dokazi pribavljeni na ispravan način i da li su poštovana opšta pravila o teretu dokazivanja i postupku izvođenja dokaza.<sup>15</sup> Sud pravde, takođe, može da ispituje valjanost pravne kvalifikacije utvrđenog činjeničnog stanja, budući da je ovde reč o ispravnom tumačenju ili primeni prava Unije.<sup>16</sup> Isto tako, Sud ima pravo da ocenjuje da li je presuda Opšteg suda dovoljno i dobro obrazložena, jer se i ovde radi o pitanju primene prava Unije.<sup>17</sup>

Osnovi za žalbu mogu biti: nenadležnost Opšteg suda (njegovo delovanje *ultra vires*), povreda pravila postupka ili kršenje prava EU od strane Opšteg suda.<sup>18</sup> U vezi sa prvim razlogom treba naglasiti da je Sud pravde ovlašćen da bliže odredi nadležnost Opšteg suda u konkretnom sporu. Povodom povrede pravila postupka potrebno je da žalilac dokaže na koji način kršenje procedure negativno utiče na njegove interese. Treći osnov za žalbu je najznačajniji i najšire formulisan, jer omogućava Sudu pravde da kontroliše sve vidove kršenja prava EU u procesu njegovog tumačenja i primene od strane Opšteg suda.<sup>19</sup>

U žalbi se ne mogu iznositi novi zahtevi ili razlozi za donošenje odluke u korist žalioaca. Obe stranke su vezane razlozima i zahtevima koje su već iznele u prvostepenom postupku. Na nove činjenice mogle bi se pozvati samo ako su nastale posle donošenja presude Opšteg suda, a tokom postupka koji se vodi pred Sudom pravde.<sup>20</sup> Žalba ne može izmeniti predmet spora koji se vodio pred

---

<sup>15</sup> H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, The Hague/London/New York, 2001, p. 763.

<sup>16</sup> Case C-325/94 P *An Taisce and WWF UK v Commission* (1996) ECR I-3727; case C-19/95 P *San Marco v Commission* (1996) ECR I-4435; case C-278/95 P *Siemens v Commission* (1997) ECR I-2507; case C-154/99 P *Politi v European Training Foundation* (2000) ECR I-5019; Joined cases C-2/01 P and C-3/01 P *BAI and Commission* (2004) ECR I-23.

<sup>17</sup> Case C-259/96 P *Council v De Nil and Impens* (1998) ECR I-2915; case C-197/99 P *Belgium v. Commission* (2003) ECR I-8461.

<sup>18</sup> Čl. 58, st. 1 Statuta.

<sup>19</sup> H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 762.

<sup>20</sup> Case C-136/92 P *Commission v Brazzelli Lualdi and Others* (1994) ECR I-1981.

opštim Sudom.<sup>21</sup> Ova ograničenja uneta su u Poslovnik sa ciljem da se žalbeni postupak ne koristi za ponovnu raspravu o činjenicama.<sup>22</sup>

Žalba se podnosi sekretarijatu Suda pravde ili Opšteg suda. Žalba mora da sadrži: ime i stalnu adresu podnosioca i njegovog zastupnika; oznaku odluke Opšteg suda protiv koje je podneta; imena ostalih stranaka u postupku pred Opštim sudom; žalbene osnove i argumente na kojima su zasnovani, zajedno sa sažetim prikazom tih osnova; žalbeni predlog; kao i datum kada je pobijana odluka dostavljena podnosiocu žalbe. U žalbi treba precizno navesti delove presude koji se pobijaju i pravne osnove i argumente zbog kojih se ona podnosi.<sup>23</sup> Prosto ponavljanje ili reprodukovanje razloga i argumenata koji su već izneti pred Opštim sudom ne smatra se dovoljnim.<sup>24</sup> Što se tiče sadržine žalbenog predloga, žalilac može tražiti potpuno ili delimično ukidanje presude, odnosno njenog dispozitiva.

Rok za podnošenje žalbe je dva meseca od dana dostavljanja odluke Opšteg suda. Kod žalbe protiv odluke o odbijanju mešanja rok je kraći i iznosi dve nedelje od njenog dostavljanja.<sup>25</sup> Žalba se dostavlja ostalim strankama koje su učestvovala u postupku pred Opštim sudom. Svaka stranka koja ima interes da se žalba prihvati ili odbije može podneti odgovor na žalbu, takođe, u roku od dva meseca. Ovakav rok je predviđen da bi se osigurao jednak tretman svih stranaka u postupku. Poslovnik izričito predviđa da se rok za odgovor na žalbu ne može produžiti.

U odgovoru na žalbu mora se navesti ime i stalna adresa stranke koja ga podnosi i njenog zastupnika, datum dostavljanja žalbe podnosiocu, osnovi i argumenti na kojima se odgovor zasniva, kao i sam predlog koji podnosilac odgovora podnosi. Taj predlog može biti usmeren na potpuno ili delimično prihvatanje ili odbijanje žalbe.

Ako predsednik dozvoli, mogu se nakon toga podneti replika i duplika (odgovor na repliku). Predsednik odobrava repliku na uredno obrazloženi zahtev žalioaca podnet u roku od sedam dana od dostavljanja odgovora na žalbu nakon što

---

<sup>21</sup> Čl. 170, st. 1 Poslovnika Suda pravde (dalje: Poslovnik SP), *Off. Journal EU*, L 265/2012; poslednja izmena: *Off. Journal EU*, L 173/2013.

<sup>22</sup> H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 765.

<sup>23</sup> Čl. 168 Poslovnika SP.

<sup>24</sup> Case 244/92 P *Kupka-Floridi v Economic and Social Committee* (1993) ECR I-2041; case C-31/95 P *Del Plato v Commission* (1996) ECR I-1443.

<sup>25</sup> Čl. 56, st. 1 i čl. 57, st. 1 Statuta.

sasluša sudiju izvestioca i opšteg pravobranioca i ukoliko smatra da se time omogućava žalioocu da se izjasni o prigovoru nedopuštenosti žalbe ili novim elementima koje sadrži odgovor na žalbu. U isto vreme, predsednik određuje dan kada se podnosi replika i po dostavljanju tog podneska datum kada se podnosi duplika. Tom prilikom može ograničiti broj stranica i predmet ovih podnesaka.<sup>26</sup>

U roku od dva meseca koji je predviđen za odgovor na žalbu svaka stranka u postupku pred Opštim sudom može podneti protivžalbu (*cross-appeal*). Protivžalba se podnosi kao poseban dokument, odvojeno od odgovora na žalbu. Ona mora da sadrži ime i stalnu adresu stranke koja je podnosi, datum kada joj je dostavljena žalba, protivžalbene osnove i argumente, kao i sam protivžalbeni predlog. Kad je u pitanju cilj ovog predloga, podnosilac protivžalbe može tražiti ukidanje presude Opšteg suda u celosti ili u pobijanom delu iz razloga koji nisu istaknuti u žalbi. Protivžalbeni predlog, takođe, može biti usmeren na ukidanje izričite ili prećutne odluke o dopuštenosti tužbe pred Opštim sudom. U vezi sa protivžalbenim osnovima i argumentima potrebno je precizno navesti delove presude Opšteg suda koji se osporavaju. Oni ne smeju biti isti sa osnovima i argumentima iz odgovora na žalbu.

Kada je podneta protivžalba, podnosilac žalbe ili bilo koja stranka u postupku pred Opštim sudom koja ima interes da se ona prihvati ili odbije može u roku od dva meseca od datuma dostavljanja podneti odgovor na protivžalbu. Predmet ovog odgovora ograničen je na osnove na koje se poziva protivžalba. Rok za odgovor na protivžalbu ne može se produžiti. Posle toga mogu se uz dozvolu predsednika podneti replika i duplika. Predsednik odobrava njihovo podnošenje na uredno obrazloženi zahtev podnosioca protivžalbe podnet u roku od sedam dana od dostavljanja odgovora na protivžalbu pošto sasluša sudiju izvestioca i opšteg pravobranioca i ako oceni da se time omogućava podnosiocu protivžalbe da se izjasni o prigovoru nedopuštenosti protivžalbe ili o novim elementima iz odgovora na protivžalbu. Predsednik, takođe, određuje dan kada se podnosi replika i posle dostavljanja tog podneska, datum kada se podnosi duplika. U isto vreme on može ograničiti broj stranica i predmet ovih podnesaka.<sup>27</sup>

Postupak po žalbi sastoji se iz pismenog i usmenog dela i odvija se u osnovi na isti način kao i drugi postupci pred Sudom pravde. Usmena rasprava održava se samo na izričit zahtev stranaka. Statut dopušta mogućnost da se usmena faza

---

<sup>26</sup> Čl. 172-175 Poslovnika SP.

<sup>27</sup> Čl. 176-180 Poslovnika SP.

postupka izostavi. Takvu odluku Sud donosi pošto prethodno sasluša opšteg pravobranioca i stranke u sporu.<sup>28</sup> U praksi se obično po okončanju pismenog postupka od stranaka traži da se izjasne da li žele da usmena faza izostane,<sup>29</sup> ali stav stranaka ne obavezuje Sud.

Sud će u svakom slučaju doneti odluku bez sprovođenja usmenog postupka ukoliko su žalba ili protivžalba u celosti ili delimično očigledno nedopuštene ili neosnovane. Tada Sud na predlog sudije izvestioca i posle saslušanja opšteg pravobranioca donosi obrazloženo rešenje kojim u potpunosti ili delimično odbacuje, odnosno odbija žalbu ili protivžalbu. S druge strane, Sud može na predlog sudije izvestioca i nakon što sasluša stranke i opšteg pravobranioca obrazloženim rešenjem odlučiti da žalbu i protivžalbu proglašava očigledno osnovanom upućujući na svoju relevantnu praksu. U ovom slučaju Sud je ranije već odlučivao o istim pravnim pitanjima koja su navedena u razlozima podnete žalbe ili protivžalbe.<sup>30</sup>

Podnošenje žalbe sprečava pravosnažnost presude Opšteg suda i ima devolutivno dejstvo, jer o njoj odlučuje Sud pravde kao viši sud.<sup>31</sup> Međutim, žalba nema suspenzivno dejstvo u odnosu na osporenu presudu. Izuzetno, Sud može na zahtev žalioca odlučiti da pokretanje postupka po žalbi odlaže izvršenje prvostepene presude. Osnivački ugovori dozvoljavaju strankama da traže obustavu izvršenja odluke kojom je regulativa oglašena ništavom.<sup>32</sup> Statut Suda, pak, predviđa da odluka Opšteg suda o proglašenju regulative ništavom stupa na snagu od dana isteka roka za podnošenje žalbe ili, ako je žalba uložena, od dana kada je ona odbijena.<sup>33</sup>

Povodom žalbe Sud pravde može odluku Opšteg suda potvrditi ako nađe da žalba nije osnovana. Ukoliko prihvati navode žalbe on ukida odluku Opšteg suda. U ovom slučaju Sud pravde ima mogućnost da sam donese konačnu odluku kada stanje postupka to dozvoljava. Ukoliko to nije slučaj predmet se vraća Opštem sudu na ponovno rešavanje, uz obavezujuće uputstvo za odlučivanje. U tom slučaju Opšti sud je vezan pravnim shvatanjem koje je sadržano u odluci

---

<sup>28</sup> Čl. 59 Statuta.

<sup>29</sup> Case C-310/93 P *BPB Industries and British Gypsum v Commission* (1995) ECR I-865.

<sup>30</sup> Čl. 181-182 Poslovnika SP.

<sup>31</sup> Z. Meškić, D. Samardžić, *op. cit.*, str. 452.

<sup>32</sup> Čl. 278-279 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (dalje: UFEU), *Off. Journal EU*, C 326/2012.

<sup>33</sup> Čl. 60 Statuta.

Suda pravde.<sup>34</sup> Kada žalbu podnesu države članice ili institucije Unije koje se nisu umešale u spor pred Opštim sudom, Sud pravde može, ako je žalba osnovana i ako oceni da je to neophodno, navesti koja će se dejstva ukinute odluke Opšteg suda smatrati konačnim za stranke u sporu.

## 2.2. *Žalba protiv odluka Službeničkog tribunala*

Ugovorom iz Nice Prvostepenom sudu po prvi put data je nadležnost da odlučuje o žalbama protiv odluka koje su doneli sudski paneli u prvom stepenu. Tako se ovaj sud, uprkos svom nazivu, pojavljivao u ulozi drugostepene instance. Lisabonski ugovor, takođe, ovlašćuje Opšti sud da rešava po žalbama podnetim protiv odluka specijalizovanih sudova.<sup>35</sup> Detaljna pravila o ovoj vrsti žalbe sadržana su u Aneksu Statuta Suda pravde i Poslovniku Opšteg suda.

Žalba se podnosi protiv konačnih odluka Službeničkog tribunala. Predviđena je mogućnost da se žalba uloži i protiv delimičnih odluka kojima se rešava u meritumu. Žalba se, takođe, može podneti protiv odluka kojima Službenički tribunal rešava o procesnim pitanjima, kao što su prigovor nenadležnosti ili nedopuštenosti tužbe. Pravo žalbe dopušteno je i protiv odluke kojim se odbija zahtev lica za mešanje. Postoji mogućnost podnošenja žalbe protiv svake odluke Službeničkog tribunala kojom se odbija obustavljanje izvršenja osporenog akta organa Unije ili odbija zahtev za odobravanje privremenih mera. Međutim, žalba samo na odluku o iznosu troškova postupka i strani koja je dužna da ih plati nije dopuštena.

Pravo na žalbu ima svaka od stranaka koja u potpunosti ili delimično nije uspela u sporu pred Službeničkim tribunalom. Žalbu mogu podneti i svi umešači, koji nisu države članice ili institucije Unije, pod uslovom da odluka Službeničkog tribunala neposredno na njih utiče.<sup>36</sup>

Novinu predstavlja odredba osnivačkog ugovora koja predviđa da se regulativom o osnivanju specijalizovanog suda može dopustiti žalba Opštem sudu ne samo zbog pravnih pitanja, već i iz razloga vezanih za činjenično

---

<sup>34</sup> Čl. 61, st. 1 i 2 Statuta. Sud pravde ovde deluje slično revizionom (kada sam odlučuje) ili kasacionom (ako predmet vraća na ponovno odlučivanje) sudu u nacionalnom pravosuđu.

<sup>35</sup> Čl. 257 UFEU (raniji čl. 225 A Ugovora o Evropskoj zajednici, izmenjen ugovorom iz Nice).

<sup>36</sup> Čl. 9-11 Aneksa I Statuta koji nosi naslov "Službenički tribunal Evropske unije" (dalje: Aneks I), Regulativa Evropskog parlamenta i Saveta 741/2001 od 11.8.2001. godine, *Off. Journal EU*, L 228/ 2012.

stanje.<sup>37</sup> Uprkos ovoj mogućnosti, regulativa kojom je osnovan Službenički tribunal ne dozvoljava podnošenje žalbe zbog nepravilno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja. Prema Aneksu Statuta Suda pravde EU žalbe Opštem sudu protiv odluka Službeničkog tribunala ograničene su samo na pravna pitanja.<sup>38</sup>

Osnovi za ovu vrstu žalbe su isti i svode se na nenadležnost Tribunala, povredu pravila postupka na štetu žalioaca i kršenje prava Unije od strane Službeničkog tribunala. Rok za podnošenje žalbe, takođe, iznosi dva meseca od prijema odluke Tribunala. Kod žalbe protiv odluke o odbijanju mešanja rok je kraći i iznosi dve nedelje od njenog dostavljanja.

Žalba se podnosi sekretarijatu Opšteg suda ili Službeničkog tribunala. Žalba mora da sadrži standardne elemente, kao što su ime i stalna adresa podnosioca, imena ostalih stranaka u postupku pred Službeničkim tribunalom, žalbene osnove i pravne argumente na kojima su zasnovani i žalbeni predlog. Uz žalbu se prilaže odluka Službeničkog tribunala protiv koje je podneta uz naznaku datuma kada je pobijana odluka dostavljena podnosiocu žalbe. U žalbi treba precizno navesti delove presude koji se pobijaju i pravne osnove i argumente zbog kojih se ona podnosi. Što se tiče sadržine žalbenog predloga, žalilac može tražiti potpuno ili delimično ukidanje odluke Službeničkog tribunala i prihvatanje u celosti ili delimično zahteva iznetog u prvom stepenu pri čemu nije dopušteno isticanje novih zahteva. Žalba ne može izmeniti predmet spora koji se vodio pred Službeničkim tribunalom.

Žalba se dostavlja ostalim strankama koje su učestvovala u postupku pred Službeničkim tribunalom. Svaka stranka u ovom postupku može podneti odgovor na žalbu u roku od dva meseca od njenog dostavljanja. Rok za odgovor na žalbu ne može se produžiti. U odgovoru na žalbu mora se navesti ime i stalna adresa stranke koja ga podnosi, datum dostavljanja žalbe podnosiocu, osnovi i pravni argumenti na kojima se odgovor zasniva, kao i sam predlog koji podnosioc odgovora ističe. Taj predlog može biti usmeren na potpuno ili delimično odbijanje žalbe ili ukidanje u celosti ili delimično odluke Službeničkog tribunala, kao i na potpuno ili delimično prihvatanje zahteva iznetog u prvom stepenu. Odgovorom na žalbu, takođe, se ne može menjati predmet spora koji se vodio pred Službeničkim tribunalom.

---

<sup>37</sup> Čl. 257, st. 3 UFEU.

<sup>38</sup> Čl. 11 Aneksa I.



Ako predsednik dozvoli, mogu se nakon toga podneti replika i duplika. Predsednik će tako postupiti na zahtev žalioaca podnet u roku od sedam dana od dostavljanja odgovora kada oceni da je to potrebno da bi se podnosiocu omogućilo da iznese svoje stanovište ili da se obezbedi osnov za odlučivanje po žalbi. U isto vreme, predsednik određuje dan kada se podnosi replika i po dostavljanju tog podneska datum kada se podnosi duplika.

Kada se u odgovoru na žalbu traži potpuno ili delimično ukidanje odluke Službeničkog tribunala na osnovu pravnih osnova koji nisu sadržani u žalbi žalilac ili bilo koja strana mogu i bez podnošenja posebnog zahteva predsedniku podneti repliku. Ona se može odnositi samo na taj osnov i mora se podneti u roku od dva meseca od dostavljanja takvog odgovora. Međutim, druge strane koje žele da pismeno odgovore na repliku moraju za to dobiti dozvolu od predsednika.

Žalba ne odlaže izvršenje osporene odluke Službeničkog tribunala. Postupak po žalbi sastoji se iz pismenog i usmenog dela i u osnovi se odvija na isti način kao i postupak po žalbi pred Sudom pravde. Usmena rasprava održava se samo na izričit zahtev stranaka. Taj zahtev se podnosi u roku od mesec dana od kada je strana obaveštena da je okončan pismeni postupak. Ovaj rok predsednik može produžiti. Poslovnik dopušta mogućnost da se usmena faza postupka potpuno izostavi. Takvu odluku Opšti sud donosi na predlog sudije izvestioca pošto prethodno sasluša opšteg pravobranioca i stranke u sporu.<sup>39</sup>

Opšti sud može u bilo koje vreme bez održavanja usmene rasprave doneti obrazloženo rešenje kojim u potpunosti ili delimično odbacuje ili odbija žalbu. Takvo rešenje donosi se na predlog sudije izvestioca i posle saslušanja opšteg pravobranioca u slučaju kada je žalba u celosti ili delimično očigledno nedopuštena ili neosnovana.<sup>40</sup>

Ukoliko utvrdi da je žalba osnovana, Opšti sud će ukinuti odluku Službeničkog tribunala i sam doneti konačnu presudu. Predmet se može vratiti Tribunalu na ponovno rešavanje ako stanje postupka ne dozvoljava Opštem sudu da konačno presudi spor. U tom slučaju Tribunal je vezan odlukom Opšteg suda o pravnim pitanjima.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Čl. 137-143 Poslovnika Opšteg suda (dalje: Poslovnik OS), *Off. Journal EU*, L 92/2010; poslednja izmena: *Off. Journal EU*, L 173/2013.

<sup>40</sup> Čl. 145-146 Poslovnika OS.

<sup>41</sup> Čl. 13 Aneksa I.

Odluke koje donese Opšti sud po žalbama su konačne. Izuzetno, one mogu biti predmet preispitivanja od strane Suda pravde. Uslov za to je postojanje ozbiljne opasnosti po jedinstvo ili usklađenost prava Unije.<sup>42</sup> Pravo da predloži preispitivanje odluke Opšteg suda ima samo prvi opšti pravobranilac. Po tome se ovo pravno sredstvo razlikuje od žalbe koju, po pravilu, podnose nezadovoljne stranke u postupku. Druga razlika tiče se osnova za njihovo podnošenje, budući da se žalbe izjavljuju zbog pravnih nedostataka u presudama donetim u prvom stepenu, dok razlog za preispitivanje odluke Opšteg suda po žalbi na presudu Službeničkog tribunala predstavlja rizik po jedinstvo i doslednost prava Unije.<sup>43</sup>

Predlog za preispitivanje prvi opšti pravobranilac mora podneti u roku od mesec dana od datuma objavljivanja odluke Opšteg suda, dok Sud pravde u daljem roku od mesec dana od prijema predloga odlučuje da li treba preispitati ovu odluku. Tom prilikom Sud odlučuje u hitnom postupku na osnovu spisa koje mu je dostavio Opšti sud. Predlozi za preispitivanje i odluke da se pokrene postupak preispitivanja nemaju suspenzivno dejstvo.<sup>44</sup>

Sud pravde odluku o preispitivanju odluke Opšteg suda donosi na predlog sudije izvestioca. U toj odluci navode se samo ona pitanja koja su predmet preispitivanja. Obaveštenje o datumu donošenja ove odluke objavljuje se u Službenom listu EU. Sekretar Suda pravde o odluci da se preispita odluka Opšteg suda obaveštava stranke u postupku pred tim Sudom.<sup>45</sup> One su ovlašćene da podnesu pismene primedbe o pitanjima koja podležu postupku preispitivanja u za to propisanim rokovima. Sud može odlučiti da sprovede usmeni postupak pre donošenja konačne odluke.

Ukoliko Sud pravde utvrdi da odluka Opšteg suda utiče na jedinstvo ili usklađenost prava Unije, predmet se vraća ovom Sudu. Tada je Opšti sud vezan odlukom Suda o pravnim pitanjima. U slučaju potrebe Sud može navesti koja se dejstva odluke Opšteg suda imaju smatrati konačnim za stranke u sporu. Međutim, Sud pravde može sam doneti konačnu odluku ako ishod postupka očigledno proizilazi iz činjeničnog stanja na kome se zasniva odluka Opšteg suda. Kada se utvrdi da odluka Opšteg suda utiče na jedinstvo i usklađenost

---

<sup>42</sup> Čl. 256, st. 2 UFEU.

<sup>43</sup> K. Lenaerts, D. Arts, I. Maselis, *op. cit.*, p. 472.

<sup>44</sup> Čl. 62-62b Statuta.

<sup>45</sup> Čl. 193 Poslovnika SP.

prava Unije, odluka Suda o pitanju koje je podvrgnuto preispitivanju zamenjuje odluku Opšteg suda.<sup>46</sup>

### 3. Drugi pravni lekovi

Iako nema prava žalbe na odluke Suda pravde, postoje drugi pravni lekovi koji se mogu podneti Sudu upravo povodom njegovih konačnih presuda, a čiji je značaj pre teorijski nego praktični. Protiv konačnih odluka Opšteg suda i Službeničkog tribunala predviđeni su, takođe, pravni lekovi o kojima odlučuju isti ovi sudovi. Prema slovu sudskih poslovnika, neki od njih su kvalifikovani kao vanredna pravna sredstva, dok drugi imaju izuzetan i procesni karakter. U prvu kategoriju spadaju prigovor trećeg koji nije bio strana u sporu protiv presude i zahtev za reviziju presude. Druga grupa pravnih lekova obuhvata prigovor tuženog protiv presude zbog izostanka i zahteve strana u sporu za tumačenje, ispravku i dopunu presude.

#### 3.1. Prigovor trećeg protiv presude

Prvo sredstvo koje po tekstu poslovnika ima karakter vanrednog pravnog leka je postupak po prigovoru trećeg lica koje nije učestvovalo u postupku (*third party proceedings; tierce opposition*), a koje smatra da je presuda doneta na štetu njegovih prava, odnosno da ih prejudicira. Ovaj pravni lek ima dosta sličnosti sa tužbom glavnog mešanja koja postoji u nacionalnim procesnim pravima.<sup>47</sup> Svrha prigovora trećih lica nije tumačenje sporne presude koja je doneta bez učešća ovih subjekata, već njeno preinačenje.

U ulozi trećeg može se pojaviti fizičko i pravno lice, organ Unije ili država članica. Da bi mogao da podnese prigovor, treći mora da dokaže štetan uticaj presude na njegova prava, kao i da navede razloge zbog kojih nije učestvovao u osnovnom postupku.<sup>48</sup> Budući da se ovim prigovorom dovodi u pitanje autoritet već donete presude, proceduralne zahteve za njegovo podnošenje treba ceniti strogo.<sup>49</sup>

Prvi uslov koji se odnosi na prejudicijelni uticaj presude zadovoljen je ako je ona štetna po prava trećeg lica. Sama šteta može biti materijalne ili moralne prirode. Sud smatra da za podnošenje prigovora nije dovoljno da treći ima samo legitimni

---

<sup>46</sup> Čl. 62a i 62b Statuta.

<sup>47</sup> A. Čavoški, A. Knežević-Bojović, D. Popović, *Evropski sud pravde*, Beograd, 2006, str. 59.

<sup>48</sup> Čl. 42 Statuta.

<sup>49</sup> R. Vukadinović, *Evropska ekonomska zajednica*, Beograd, 1991, str. 94.

interes koji treba zaštititi.<sup>50</sup> Uz to, potrebno je da prava trećeg lica budu dovedena u pitanje dispozitivom presude koja se osporava ili razlozima koji su navedeni u njenom obrazloženju. Praktično to znači da se prigovor ne može podneti protiv deklarativnih presuda i rešenja Suda.<sup>51</sup>

Drugi uslov tiče se razloga kojima treće lice opravdava svoje neučestvovanje u postupku u kome je doneta osporena odluka. Ispunjenost ovog uslova Sud ceni u svakom konkretnom slučaju vodeći računa o dužnom stepenu pažnje koju je treći morao da ispolji u vezi sa obaveštenjem o pokretanju postupka koje se objavljuje u Službenom listu EU.<sup>52</sup> Svrha ovog obaveštenja je da se upravo trećima pruži prilika da saznaju i eventualno se umešaju u postupak koji može da ima negativan uticaj po njihova prava. Zato podnosilac prigovora mora navesti uverljive razloge zbog kojih nije bio u stanju da učestvuje u osnovnom postupku u svojstvu umešača.

Postupak po prigovoru se pokreće zahtevom u istom obliku kao i tužba kod uobičajene procedure. U prigovoru treba označiti presudu koja se pobija, navesti u kom smislu ona nanosi štetu pravima trećeg lica i razloge zbog kojih to lice nije moglo učestvovati u izvornom postupku. Prigovor se podnosi protiv svih stranaka u postupku iz koga proističe osporena presuda. Rok za pokretanje postupka je dva meseca od dana objavljivanja presude u Službenom listu Unije.

Dok traje postupak po prigovoru trećeg, Sud može na zahtev tog lica obustaviti izvršenje osporene presude ili odrediti druge odgovarajuće privremene mere.<sup>53</sup> Ukoliko je, pak, istovremeno sa prigovorom trećeg lica kojim se osporava presuda Opšteg suda ili Službeničkog tribunala podneta žalba protiv iste presude, ovaj Sud, odnosno Tribunal može posle saslušanja stranaka odlučiti da zastane sa postupkom po prigovoru dok viši sud ne donese presudu po žalbi.<sup>54</sup>

U slučaju da prihvati prigovor, Sud će novom presudom izmeniti presudu u onim tačkama u kojima je usvojio zahteve trećeg lica. Original preinačene

---

<sup>50</sup> Case 292/84 TO *Bolognese and Others v Scharf and Commission* (1987) ECR 3563.

<sup>51</sup> H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 747.

<sup>52</sup> Case T-35/89 TO 1 *Ascasibar Zubizarreta and Others v Albani* (1992) ECR II-1599.

<sup>53</sup> Čl. 157 Poslovnika SP; čl. 123 Poslovnika OS; čl. 117 Poslovnika Službeničkog tribunala (dalje: Poslovnik ST), *Off. Journal EU*, L 225/2007; poslednja izmena: *Off. Journal EU*, L 162/201.

<sup>54</sup> Čl. 123, st. 4 Poslovnika OS; čl. 117, st. 4 Poslovnika ST.

presude priključuje se izvorniku prvobitne presude i na njoj se o tome sastavlja odgovarajuća beleška.<sup>55</sup>

### 3.2. Revizija

Drugo pravno sredstvo koje je u sudskim poslovnima izričito predviđeno kao vanredni pravni lek je zahtev za reviziju presude. Može se podneti samo ako se otkrije nova činjenica od odlučujućeg značaja koja u vreme donošenja presude nije bila poznata ni Sudu ni stranci koja traži obnovu postupka.<sup>56</sup> Revizija nije zamišljena kao zamena za žalbu, već predstavlja vanredno pravno sredstvo koje omogućava stranama u osnovnom sporu da dovedu u pitanje autoritet konačne odluke i presuđene stvari (*res judicata*) pod strogim uslovima.

Pre svega, neznanje podnosioca zahteva da postoji određena činjenica ne sme biti posledica njegove nemarnosti. Sud stoji na stanovištu da otkrivanje novog dokumenta ili nepoznavanje njegove sadržine ne predstavlja novu činjenicu ukoliko je stranka koja traži reviziju mogla ili morala da zna da on postoji ili da se sa njim upozna.<sup>57</sup> Pored toga, potrebno je da je ta činjenica već postojala u vreme donošenja presude bez obzira što je ona bila nepoznata strankama i Sudu.<sup>58</sup> Kasnija sudska praksa ne može se smatrati novom činjenicom koja opravdava zahtev za reviziju presude.<sup>59</sup>

Novootkrivena činjenica mora biti takve prirode da bi odlučujuće uticala na presudu. Praktično to znači da bi Sud doneo suštinski drugačiju odluku da mu je ova činjenica bila predočena u vreme izricanja presude. Sa stanovišta ovog uslova od značaja je potencijalni uticaj nove činjenice na dispozitiv presude, ali ne i na odluku o troškovima ili merama radi njenog izvršenja.<sup>60</sup> Isto tako, Sud smatra da taj uslov za reviziju neće biti ispunjen ukoliko je nova činjenica relevantna samo u pogledu dopunskih razloga za donošenje osporene presude.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> Čl. 157, st. 5 i 6 Poslovnika SP; čl. 123, st. 3 Poslovnika OS; čl. 117, st. 3 Poslovnika ST.

<sup>56</sup> Čl. 44 Statuta.

<sup>57</sup> Case 56/70 Rev. *Mandelli v Commission* (1971) ECR 1.

<sup>58</sup> Case C-130/91 Rev. II *ISAE/VP and Interdata v Commission* (1996) ECR I-65.

<sup>59</sup> Case C-403/85 Rev. *Ferrandi v Commission* (1991) ECR I-1215; case T-4/89 Rev. *BASF v Commission* (1992) ECR II-1523.

<sup>60</sup> Case 235/82 Rev. *Ferriere San Carlo v Commission* (1986) ECR 1799.

<sup>61</sup> Case 40/71 *Richez-Parise v Commission* (1972) ECR 73; case T-106/89 Rev. *Norsk Hydro v Commission* (1994) ECR II-419.

Zahtev za reviziju podnosi se u roku od tri meseca od dana kada je podnosilac saznao za činjenicu na kojoj zaniva svoj zahtev za reviziju (subjektivni rok). Po proteku deset godina od dana donošenja presude ne može se zahtevati obnova postupka (objektivni rok).<sup>62</sup> Pravo da traže reviziju imaju stranke u postupku koji je okončan presudom. Isto pravo dato je umešačima nezavisno od toga da li je strana kojoj su se pridružili tražila reviziju presude.

Revizija se podnosi u istom obliku kao i tužba. U zahtevu se posebno mora navesti osporena presuda, tačke u kojima se presuda osporava i razlozi zbog kojih se ona pobija. Uz to, potrebno je da se iznesu činjenice na kojima se zahtev zasniva, kao i da se prilože dokazi o tome da postoje činjenice koje opravdavaju reviziju presude i dokazi o poštovanju roka od tri meseca. Zahtev za reviziju se podnosi protiv svih stranaka na koje se odnosi presuda doneta u postupku čija se obnova traži.<sup>63</sup>

Postupak po zahtevu za reviziju ima dve faze.<sup>64</sup> Kada se zahtev podnese, Sud ili Tribunal prvo odlučuju o dopuštenosti revizije na zatvorenoj sednici uzimajući u obzir mišljenja stranaka dostavljena u pismenom obliku. Sud pravde i Opšti sud pre donošenja odluke moraju da saslušaju i mišljenje opšteg pravobranioca.<sup>65</sup> Ocenjujući dopuštenost zahteva za reviziju, ovi sudovi moraju zapravo utvrditi da li su nove činjenice na kojima se ovaj zahtev zasniva takvog značaja da treba ponovo otvoriti postupak povodom tog slučaja.

Ako usvoji pozitivnu odluku, koja se takođe donosi u obliku presude, Sud u drugoj fazi prelazi na meritorno odlučivanje. Meritum se razmatra u uobičajenom postupku koji je predviđen za direktne tužbe, uključujući i usmeni deo koji se inače izostavlja u prvoj fazi. Ukoliko je, pak, istovremeno sa zahtevom za reviziju protiv presude Opšteg suda ili Službeničkog tribunala podneta žalba, ovaj Sud, odnosno Tribunal može posle saslušanja stranaka odlučiti da zastane sa postupkom revizije dok viši sud ne donese presudu po žalbi.<sup>66</sup> Posle sprovedenog postupka donosi se nova presuda koja se priključuje izvorniku osporene presude. Na margini te presude mora se staviti beleška da je doneta presuda po zahtevu za reviziju.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> Čl. 44, st. 3 Statuta.

<sup>63</sup> Čl. 159 Poslovnika SP; čl. 125-126 Poslovnika OS; čl. 119 Poslovnika ST.

<sup>64</sup> H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *op. cit.*, pp. 748-749.

<sup>65</sup> Čl. 159, st. 5 Poslovnika SP; čl. 127, st. 2 Poslovnika OS.

<sup>66</sup> Čl. 128 Poslovnika OS; čl. 119, st. 4 Poslovnika ST.

<sup>67</sup> Čl. 159, st. 7 Poslovnika SP; čl. 127, st. 4 Poslovnika OS; čl. 119, st. 3 Poslovnika ST.

### 3.3. Prigovor tuženog protiv presude zbog izostanka

Ako tuženi kome je tužba uredno dostavljena ne podnese u propisanom roku pisani odgovor na tužbu tužilac može tražiti od Suda pravde da donese presudu kojom prihvata tužbeni zahtev. Isto pravo tužilac ima u postupcima pred Opštim sudom i Službeničkim tribunalom ukoliko je tuženi propustio da odgovori na tužbu. Pošto ovaj zahtev dostavi tuženom, Sud ili Tribunal mogu odlučiti da povodom njega otvore usmeni deo postupka. Tada tuženi može prisustvovati usmenoj raspravi, ali će na njoj samo tužilac biti saslušan. Pored toga, Sud ili Tribunal mogu narediti izvođenje drugih dokaza.

Pre nego što donesu presudu zbog propuštanja, Sud ili Tribunal treba da saslušaju mišljenje opšteg pravobranioca i da ispitaju dopuštenost tužbe. Isto tako, moraju proveriti da li su uredno ispunjene sve formalnosti i utvrditi da li se zahtev tuženog čini osnovanim.

Presuda zbog propuštanja je izvršna, ali Sud ili Tribunal mogu obustaviti njeno izvršenje ili ga usloviti davanjem jemstva u slučaju da tuženi podnese prigovor protiv ove presude. Suspenzija traje sve dok se ne odluči o podnetom prigovoru. S druge strane, jemstvo se vraća tužiocu ako prigovor ne bude podnet ili ako bude odbijen.

Prigovor protiv presude zbog izostanka podnosi se u roku od mesec dana od dana prijema presude. Ulaganjem prigovora tuženi zapravo traži od Suda ili Tribunala da ukinu donetu presudu. Prigovor se podnosi u istom obliku kao i tužba u redovnom postupku. Po prijemu prigovora predsednik veća određuje rok u kome suprotna strana može da podnese svoje pismene primedbe.<sup>68</sup>

Dalji postupak po prigovoru odvija se u skladu sa pravilima koja regulišu tok postupka po direktnim tužbama nakon okončanja inicijalne faze u okviru njegovog pismenog dela. To praktično znači da Sud ili Tribunal mogu odlučiti da se sprovede pripremno istraživanje radi prikupljanja činjenične i pravne građe i izvođenja dokaza, kao i da se održi usmena rasprava.

Nakon toga, Sud ili Tribunal o prigovoru odlučuju presudom protiv koje nije dopušten prigovor. Ukoliko je prigovor tuženog odbijen presuda zbog izostanka ostaje na snazi. U suprotnom donosi se presuda kojom se ukida presuda zbog izostanka.<sup>69</sup> Original ove presude dodaje se izvornoj presudi donetoj zbog

---

<sup>68</sup> Čl. 41 Statuta; čl. 152 Poslovnika SP; čl. 122 Poslovnika OS; čl. 116 Poslovnika ST.

<sup>69</sup> Case C-172/97 OP *SIVU v Commission* (2001) ECR I-6699; case T-85/94 *OPPO Commission v Branco* (1995) ECR II-2993.

izostanka. Na margini te presude stavlja se beleška o presudi donetoj povodom prigovora tuženika.

### 3.4. Tumačenje, ispravka i dopuna presude

Posebno pravno sredstvo procesnog karaktera predstavlja zahtev za tumačenje presude. Ovaj zahtev podnosi se ukoliko nije jasan smisao ili domašaj donete presude ili eventualno nekog rešenja. Prema stavu Suda uslov za tumačenje je stvarna nejasnoća u presudi koja se u zahtevu mora izričito navesti. Smatra se dovoljnim da u tom pogledu između strana postoje različita mišljenja.<sup>70</sup>

Zahtev za tumačenje ograničen je na utvrđivanje tačnog značenja ili domašaja presude. Pitanja koja nisu rešena presudom ne mogu biti predmet ovog zahteva. Tako se, recimo, od Suda ne može tražiti da tumači uticaj presude ne druge slučajeve ili sadržinu mera koje su potrebne da bi ona proizvela dejstvo.<sup>71</sup> Ova pitanja mogu da budu predmet nekog novog postupka. Drugačije rečeno, stranke nemaju pravo da zahtev za tumačenje presude koriste kao sredstvo za traženje nove sudske odluke.

Pravo da podnesu zahtev za tumačenje imaju strane u sporu koji je okončan presudom. Isto pravo imaju umešači nezavisno od stava stranke u postupku kojoj su se pridružili. Organi Unije mogu da podnesu zahtev za tumačenje čak i u slučaju da sami nisu učestvovali u postupku, ako dokažu opravdan interes za tumačenje značenja i domašaja presude.<sup>72</sup> U slučaju više paralelnih postupaka zasnovanih na istim tužbenim zahtevima u kojima se presuda u jednom sporu poziva na prethodno donetu presudu, Sud je sve strane u ovim sporovima smatrao ovlašćenim da zatraže tumačenje presude čak iako nisu stranke u konkretnom postupku.<sup>73</sup>

Zahtev za tumačenje se može odnositi samo na dispozitiv presude ili njeno obrazloženje. Od Suda se ne može tražiti da tumači sporedna pitanja kojima se samo dopunjavaju ili objašnjavaju osnovni razlozi za donošenje presude. Zahtev se podnosi u istom obliku kao i tužba. U njemu se mora navesti presuda o kojoj je reč, kao i konkretni delovi teksta presude čije se tumačenje traži. Zahtev se

---

<sup>70</sup> Case 5/55 *Assider v High Authority* (1954-1956) ECR 175.

<sup>71</sup> Case 70/63 *High Authority v Clotti and Court of Justice* (1965) ECR 275; case 9/81 *Interpretation Court of Auditors v Williams* (1983) ECR 2859; joined cases 146 and 431/85 *Interpretation Maindiaux and Others v ESC* (1988) ECR 2003.

<sup>72</sup> Čl. 43 Statuta.

<sup>73</sup> Case 5/55 *Assider v High Authority* (1954-1956) ECR 175.



podnosi protiv svih strana u postupku u kome je doneta presuda čije se tumačenje traži (nužni suparničari).

Tumačenje presude Suda pravde može se tražiti u roku od dve godine od dana objavljivanja presude ili dostavljanja rešenja.<sup>74</sup> Međutim, poslovnicima Opšteg suda i Službeničkog tribunala nije propisan poseban rok u kome se zahtev za tumačenje njihovih presuda mora podneti. Iako nije izričito predviđeno, smatra se da podnošenje zahteva za tumačenje presude nema suspenzivno dejstvo, tj. ne odlaže njeno izvršenje.<sup>75</sup> Ukoliko je, pak, istovremeno sa zahtevom za tumačenje protiv presude Opšteg suda ili Službeničkog tribunala podneta žalba, ovaj Sud, odnosno Tribunal može posle saslušanja stranaka odlučiti da zastane sa postupkom tumačenja dok viši sud ne donese presudu po žalbi.

Pre donošenja odluke strankama se mora omogućiti da podnesu svoja mišljenja o zahtevu za tumačenje, dok će Sud pravde prethodno saslušati mišljenje opšteg pravobranioca. Odluku o tumačenju Sud ili Tribunal donose u formi presude (interpretativna presuda). Ona se prilaže originalu presude čije se tumačenje tražilo i na njoj se o tome sačinjava odgovarajuća beleška.<sup>76</sup>

Drugo procesno pravno sredstvo koje se može koristiti pred istim sudom koji je doneo odluku je ispravka njegove presude. Ispravka je moguća samo ukoliko presuda sadrži greške u pisanju, računanju ili druge očigledne omaške. Presudu ispravlja Sud ili Tribunal na sopstvenu inicijativu ili na zahtev stranaka, uključujući i umešače. Rok za traženje ispravke je kraći i iznosi dve nedelje od donošenja presude ili dostavljanja rešenja.

Kada se ispravka odnosi na dispozitiv presude ili deo obrazloženja na kome se dispozitiv zasniva stranke koje uredno obavesti sekretar Suda mogu podneti svoje pismene primedbe. Rok za dostavljanje primedbi određuje predsednik. Sud pravde odlučuje o ispravci presude nakon što sasluša opšteg pravobranioca. Opšti sud o tome odlučuje na zatvorenoj sednici, dok Službenički tribunal odluku o ispravci donosi u obliku rešenja posle saslušanja stranaka.

Original rešenja o ispravci prilaže se izvorniku ispravljene presude. Beleška o tom rešenju stavlja se na margini izvornika presude koja je ispravljena.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup> Čl. 158 Poslovnika SP.

<sup>75</sup> H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 744.

<sup>76</sup> Čl. 129 Poslovnika OS; čl. 118 Poslovnika ST.

<sup>77</sup> Čl. 154 Poslovnika SP; čl. 84 Poslovnika OS; čl. 84 Poslovnika ST.

Dopuna presude predstavlja poslednje pravno sredstvo koje se ponekad smatra samo posebnim oblikom zahteva za ispravku presude.<sup>78</sup> Ona se traži u slučaju kada je Sud ili Tribunal propustio da odluči o određenom delu zahteva ili o troškovima postupka. U tom slučaju svaka strana može u roku od mesec dana od datuma dostavljanja presude zatražiti da Sud ili Tribunal dopune presudu.

Prilikom dopune presude sprovodi se isti postupak kao i za njenu ispravku. Zahtev za dopunu presude dostavlja se drugoj strani i predsednik određuje rok u kome ona može podneti svoje pismene primedbe. Posle dostavljanja pismenih primedbi, Sud ili Tribunal odlučuju istovremeno o dopuštenosti i osnovanosti zahteva za dopunu presude. Pre donošenja takve odluke Sud pravde ima obavezu da sasluša mišljenje opšteg pravobranioca.<sup>79</sup>

Zoran Radivojević \*

### **System of the Legal Remedies in the Procedural Law of the European Union**

#### **Summary**

The system of the legal remedies in the Procedural Law of the European Union have some distinctive features as compared to the legal remedies used in the national judicial systems. At first, the communitarian justice system originally did not envisage the possibility of filing an appeal with this Court as a regular legal remedy but there were other remedies that could be pursued in respect of the judgments issued by the Court.

After the establishment of the Court of First Instance, the Procedural Law of the European Union introduced the possibility of filing an appeal with the Court of Justice against the judgments of the Court of First Instance. Later, the Court of First Instance became competent to decide on appeals against the judgments rendered by the judicial panels, which were established in the meantime. The Court of First Instance and judicial panels reserved the possibility of using other legal remedies against the final decisions rendered by these judicial authorities.

---

<sup>78</sup> H. G. Schermers, D. F. Waelbroeck, *op. cit.*, p. 744.

<sup>79</sup> Čl. 155 Poslovnika SP; čl. 85 Poslovnika OS; čl. 85 Poslovnika ST.

\* Full-time Professor at the Faculty of Law University of Niš.

In this respect, the Lisbon Treaty did not bring any significant changes, except that the Court of First Instance was renamed into the General Court whereas the judicial panels were designated as specialized courts.

Taking into account the system of legal remedies recognized by the Procedural Law of the European Union, the first part of the paper deals with appeals as a regular legal instrument for bringing the case before a higher instance court which is to review the judgment of a lower instance court, including appeals against the decisions of the General Court and specialized courts. In the second part of the paper, the authors focus on the legal remedies which are awarded by the same court that issued the judgment. This category includes the application of a third party and revision, which may be considered as extraordinary legal remedies, as well as the objection against the judgment by default, judgment interpretation, judgment rectification and supplementing the judgment, which are considered to be extraordinary procedural remedies.

**Keywords:** legal remedy, appeal, review, revision, third-party application, default judgment, judgment interpretation, judgment rectification, supplementing the judgment.



**SPACE FOR THE CHILD'S BEST INTERESTS INSIDE THE HAGUE  
CONVENTION ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD  
ABDUCTION\***

**Abstract**

*This paper analyses the relation between the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction from 1980 and "the best interests of the child" as a fundamental principle of family law. Intention is to show the space that aforementioned Convention leaves for applying "the best interests of the child" inside its own mechanism of application. Although it has been enacted almost decade earlier than Convention on the rights of the child, the Hague Convention recognised the need to protect "the best interests of the child" in certain way. In that sense, the Hague Convention has established the legal assumption that it is in "the best interests of the child" to be returned promptly in country of her/his habitual residence. Individualisation of "the best interests of the child" is achieved through enumeration of exemptions from the duty of child's prompt return in the form of grounds for challenging the mentioned assumption. The authors show that national authorities that decide on the child's return interpret these exemptions mostly in a narrow and restrictive*

---

\* Full-time Professor at the Faculty of Law University of Kragujevac.

\*\* Assistant at the Faculty of Law University of Kragujevac.

\* Rad je nastao u okviru projekta "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u okviru evropskog pravnog prostora" (br. Projekta 179046), čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

*fashion to avoid the disintegration of the basic mechanism of the Hague Convention. However, since the time when the Hague Convention has been enacted, the strenght of "the best interests of the child" formidably increased so the space has been given to national authorities to interpret the exemptions more flexibly and widely which can jeopardize procedural goals of the Hague Convention.*

**Keywords:** The Hague Convention, child abduction, 'the best interests of the child', legal assumption, exemptions.

### 1. Introduction

The international child abduction is a complex problem, which represents a source of legal as well as political conflicts between countries. It can be said that almost no country or nation has been able to avoid this problem. Having in mind the emphasized international aspect of the problem, it has become clear that efficient solution to the international child abduction can only be reached as a consequence of mutual and coordinated activities of all countries in the international area. Such coordinated efforts led to the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (the Hague Convention), signed in the Hague on October 25, 1980, as the first and foremost international contract in the domain of international child abduction.<sup>1</sup>

The aforementioned Convention is different from all others in the international private law in that its aim is not producing uniform rules in cases of conflicts between different laws, nor setting rules regarding conflicts between different spheres of competences. Quite the contrary, it is an instrument of cooperation between countries aiming to accomplish momentary return of the child.<sup>2</sup> The Convention insists on establishing the previous state of affairs that had existed up to the moment of child's abduction, that is, its return to the place of habitual residence, and only after that follows solving the issues that are mostly

---

<sup>1</sup> According to the report by The Hague Conference on Private International Law until now there have been 89 signatories of this Convention. This information is available at: [www.hcch.net/index\\_en.php](http://www.hcch.net/index_en.php), accessed on 14 December 2012.

<sup>2</sup> A. Fiorini, "Enlèvements internationaux d'enfants - solutions internationales et responsabilités étatiques", *McGill Law Journal*, Vol. 51, No. 2, 2006, pp. 279-326, at p. 283.

concerned with custody allocation.<sup>3</sup> At any rate, no other authority could solve the issue of custody, except for the one that is competent in the place of habitual residence of the child. In this way, by establishing the previous state of affairs, which is the primary aim of the Hague Convention, all those who would take children across the border are discouraged to do so by having to face practical and legal consequences.

According to all of this, the Hague Convention offers a mechanism to solve problems that arise as a consequence of the conflict between parents regarding custody issues and taking the child into another country. But where is the child in that conflict as more vulnerable, passive and unwilling participant? In that sense, there is every justification to ask the question whether the return of the child is always in "the best interests of the child", which is one of the basic principles of the Convention on the Rights of the Child (CRC),<sup>4</sup> and which always has to be applied in cases where decisions are made regarding rights of the child. If the return of the child to its place of habitual residence as basic goal of the Hague Convention is subordinated to "the best interests of the child", it can be rightfully asked whether such action could prevent accomplishing that basic goal, having in mind that quite often it would be better for the child to remain where it is. Hence there is genuine fear that interpreting such extremely vague and broad principle<sup>5</sup> might become mere excuse for the court not to apply the law,<sup>6</sup> that is, a handy justification for any court decision, especially such decision that refuses the return of the child into the country of "habitual residence".<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Aside from this Convention there are other regional ones, with almost identical aims, such as in the cases of: Council of Europe, European Convention on Recognition and Enforcement of Decisions concerning Custody of Children and on Restoration of Custody of Children, 20 May 1980, CETS 105; Organization of American States, Inter-American Convention on the International Return of Children, 15 July 1989, OAS Treaty Series 70.

<sup>4</sup> United Nations, Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, UNTS 1577.

<sup>5</sup> Especially if it is taken into consideration that the legal norm based on "the best interests of the child" is more like a social paradigm and not an exact legal norm. See E. Elisa Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, para. 21. available at: [www.hcch.net/upload/expl28.pdf](http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf), accessed on 11 December 2012.

<sup>6</sup> To paraphrase Professor Rubellin Devichi who long ago wrote "donner au juge le droit de se déterminer en fonction de l'intérêt de l'enfant, c'est lui donner le droit de ne pas appliquer le droit", J. Rubellin Devichi, "Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises", *Revue française des affaires sociales*, Vol. 48, No. 4, 1994, pp. 157-193, at p. 163.

<sup>7</sup> According to art. 3 para. 1 of the Draft of Law on Civil Law Protection of the Children from Wrongful International Removing and Retaining made by the Ministry of Justice of the

This paper will present arguments to support the aforementioned fear, which makes an issue of the system established by the Hague Convention. These are mostly based upon judgements of national courts of the States parties to the Hague Convention.

The arguments shall be laid out in three segments showing the mechanism of applying "the best interests of the child" within the Hague Convention. Hence, the discussion shall first turn to the need to establish space within the Hague Convention for the application of the principle of "the best interest of the child" and the way in which the aforementioned international treaty does this. Then the second part of the paper shall turn to analyzing manifestation of the mentioned principle in the general legal assumption on the return of the child into its country of habitual residence. The third part shall discuss grounds for challenging the legal assumption of the "best interests of the child" that the Hague Convention gives in form of exceptions from the obligation of returning the child.

## 2. Space for "the best interests of the child" within the Hague Convention

The Hague Convention is often emphasized as a successful example of international cooperation,<sup>8</sup> with its basic value coming from the simplicity of duties that it prescribes.<sup>9</sup> Namely, as was already mentioned, the entire construction of this international treaty rests on the assumption that detrimental consequences of the international child abduction can most efficiently be mitigated by the prompt return of illegally removed or retained child to the country of its habitual residence.<sup>10</sup> Thereat, judicial or administrative body making the decision on the return of the child cannot interfere with custody issues, because the decision on that is left to the legal system of the country to which the child and its family are most directly related, that is, the country of

---

Republic of Serbia "by the habitual residence of the child, in the sense of this law, is implied place where child has been integrated in social and family environment".

<sup>8</sup> J. Herring, *Family Law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2007, at p. 537.

<sup>9</sup> N. Lowe, G. Douglas, *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2007, at p. 631.

<sup>10</sup> J. Murphy, *International dimensions in family law*, Manchester University Press, Manchester, 2005, at p. 213.



habitual residence.<sup>11</sup> However, regardless of the great operational power of the Hague Convention, the mentioned international treaty should not be assessed exclusively on the account of the number of children who were returned to their countries of habitual residence and the speed of their return.<sup>12</sup> In other words, what cannot be allowed is to treat the child as a legal object so that it becomes invisible inside the mechanism of the Hague Convention. Namely, the basic purpose of the mentioned Convention is fulfilled inevitably as a backdrop to another goal, which is the protection of "the best interests of the child".

In the context of the principle of "the best interest of the child", the speed and pragmatic value of the Hague Convention are faced with a serious test, having in mind that the mentioned principle forces adjusting or even subordinating interests of other legal subjects to the interests of the child.<sup>13</sup> On the other hand, there is an inevitable impression that primary concerns of the Hague Convention are rights and interests of the parents,<sup>14</sup> while there is a tendency to – often quite artificially – fit the interests of the child into the mechanism of application of the mentioned international treaty. Therefore it is necessary to achieve balance between two goals: the first one is to secure prompt return of the wrongfully removed child and the second one is to prevent child's interest from being overridden by the interests of other legal subjects. The balance is necessary in order to achieve some sort of a compromise between the aims of the Hague Convention and the principle of "the best interests of the child" as the principle which has been used to being master and not servant in legal relationships concerning children.

The makers of the Hague Convention have left certain space within the mechanism for the prompt return of the child for consideration of "the best interests of the child". However, even if they had not done such thing, the mentioned space could still have been found, for otherwise the Hague

---

<sup>11</sup> See arts. 1 and 2 of The Hague Convention. In this sense see: *Roszkowski v. Roszkowska*, 274 N.J. Super. 620, 644 A.2d 1150 (Ch. Div. 1993), HC/E/USs 238; *W.(V.) v. S.(D.)*, (1996) 2 SCR 108, (1996) 134 DLR 4th 481, HC/E/CA 17; *Supreme Court of Finland: KKO:2004:76*, HC/E/FI 839.

<sup>12</sup> R. Schuz, "The Hague Child Abduction Convention: Family Law and Private International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 44, No. 4, 1995, pp. 771-802, at p. 771.

<sup>13</sup> Depending whether the legislation of the country of habitual residence applies the conception of "primary" or "paramount consideration" of the best interests of the child when deciding on the issues in the area of custody.

<sup>14</sup> J. Caldwell, "Child welfare defences in child abduction cases - some recent developments", *Child and Family Law Quarterly*, Vol. 13, No. 2, 2001, pp. 121-136, at p. 121.

Convention itself could hardly have survived on the legal stage. Regardless of the efficiency of the Convention in the area of international private law, it is not possible to evade "the best interests of the child" as a basic principle of family law into whose domain this international treaty inevitably intrudes.<sup>15</sup> For that reason, the next part of this paper will consider what is that the Hague Convention offers to the principle of "the best interests of the child" and what the mentioned principle seeks from the Hague Convention itself.

At the time when The Hague Convention was being adopted, the principle of "the best interests of the child" was already present in the text of one international treaty of global significance, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women,<sup>16</sup> although this international treaty was not still enter into force. However, the most important formulation of the mentioned principle is to be found in the CRC. Hence this Convention proclaims that in "all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration".<sup>17</sup> In this way, the principle of "the best interests of the child" has become much stronger compared to the time when the Hague Convention was being adopted. Firstly, the reach of the mentioned principles has been extended from somewhat narrow area of custody allocation to all legal relationships which are of direct or indirect significance for the child. Furthermore, the principle of "the best interests of the child" has now begun to be achieved in a special context, characterized by the rights of the child as a special category within human rights. In this way the child has become a central element in the family law relationships, and the parental right has been transformed into parental responsibility.

### **3. The return of the child into the country of habitual residence as the basis of the legal assumption on "the best interests" of the child**

Because of doubtless values of the Hague Convention, it was necessary to find space for the application of the principle of "the best interests of the child" within boundaries of the aforementioned Convention. Thus, the first and the only clearly stated trace of the presence of "the best interests of the child" has been

---

<sup>15</sup> R. Schuz, *loc. cit.*, at p. 772.

<sup>16</sup> Art. 16. para. 1. (f). United Nations, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18 December 1979, UNTS 1249.

<sup>17</sup> Art. 3. para. 1. CRC.

recognized in the preamble of the Hague Convention. However, in this preamble the gist is on representing "the interests of the child" as specific social group and not as an individual legal subject.<sup>18</sup> However, indeterminacy of the contents of "the best interests of the child" does in fact follow from such circumstances that the mentioned principle is individual in its character and whose contents are shaped by each individual case. For that reason the discretionary power of bodies applying the principle of 'the best interests of the child' is so huge.

In order to solve the mentioned problem, one part of literature,<sup>19</sup> and judicial practice of States parties<sup>20</sup> as well, speaks about the notion of "the best interests of the children", representing the frame for the principle of "the best interests of the child". Hence it is thought that the "the best interests of children" completely reflect the fundamental aim of the Hague Convention to return the children to the country of habitual residence as urgently as possible.<sup>21</sup> In such way are the harmful consequences of child abduction mitigated and parents thinking of doing such things are being discouraged against it.<sup>22</sup> Therefore, the interests of each particular child are in certain sense sacrificed to the interests of the children as a group.<sup>23</sup>

Arguments for the thesis on the existence of the notion of "the best interests of the children" is seemingly offered by the basic formulation of the principle of "the best interests of the child" from the CRC which, among other things, states that legislative bodies are obliged to respect the mentioned principle.<sup>24</sup> As legislative bodies usually enact legal acts containing general legal norms, it is clear that their activity can only be directed to children as a social group, and not to each

---

<sup>18</sup> See preamble of The Hague Convention.

<sup>19</sup> See R. Schuz, "The Hague Abduction Convention and Children's Rights", *Transnational Law & Contemporary Problems*, vol. 12, no. 2, 2002., pp. 393-452, at p. 397; Herring, *op. cit.*, at pp. 533-534; N. Lowe, G. Douglas, *op. cit.*, at pp. 631-632.

<sup>20</sup> Preamble speaks about "the interests of the children" in general, and not about "the best interests" of the specific child before court. *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290, HC/E/CA 11.

<sup>21</sup> See Schuz (2002), *loc. cit.*, p. 398.

<sup>22</sup> Schuz (1995), *loc. cit.*, p. 775-776. German jurist Kurt Siehr points out that this general policy has nothing in common with "the best interests of the child" in a specific case; K. Siehr, "The 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Failures and Successes in German Practice", *International Law and Politics*, Vol. 33, No. 1, 2000, pp. 207-220, at p. 218.

<sup>23</sup> *Ibid.* at p. 776.

<sup>24</sup> See art. 3 para. 1 of CRC.

individual child. However, activities of legislative bodies do not aim to determine the contents of "the best interests of the child", but to provide guidelines to those legal subjects that directly shape the contents of the mentioned principle (courts, administrative authorities). More correctly, legislator cannot determine what "the best interests of the child" would be in each specific case, but he can, using general legal rules, establish appropriate assumptions that would be relevant for the benefit of "the best interests of the child". The aim of the mentioned assumptions, as already stated, is to make easier the application of the principle of "the best interests of the child" but also to narrow the discretion of legal subjects applying the mentioned principle.<sup>25</sup> According to that, it cannot be discussed about "the best interests of the children", but of the ways in which to manifest "the best interests of the child" through appropriate assumptions. Therefore, the preamble of the Hague Convention establishes legal assumption that in case of international abduction it is in "the best interests of the child" to be returned to the country of habitual residence. Exceptions from this general obligation to return the child are nothing more than grounds for challenging this assumption. Having in mind that stating "the best interests of the child" by virtue of assumptions narrows the discretionary space of legal subjects that apply the mentioned principle, the mentioned exceptions represent the remaining discretionary space for individual, that is, true application of the principle of the "best interests of the child". For that reason the realization of the concept of "the best interests of the child" within the Hague Convention can only be considered through the relationship between the general assumption on the obligation to return the child, and the grounds for challenging the mentioned assumption, that is, the exceptions from the obligation to return the child as soon as possible to the country of habitual residence.

---

<sup>25</sup> Manifesting "the best interests of the child" through appropriate assumptions represents the oldest approach to the problem of the contents of the aforementioned principles. For example, at the time when the concept of "the best interests of the child" emerges, there was an assumption that father knows best what is in the interests of the child. See R. Van Krieken, "The Best Interests of the Child and Parental Separation: On the 'Civilizing of Parents'", *The Modern Law Review*, Vol. 68, No. 1, 2005, pp. 25-48, at p. 28. We can follow the development of the principle of "the best interests of the child" through evolution of certain assumptions. However, the greatest drawback of the mentioned approach to the issue of contents of "the best interests of the child" is the absence of elasticity that is necessary to follow turbulent and ceaseless changes in legal relationships concerning children.

#### 4. Grounds for challenging the assumption on "the best interests of the child" from the Hague Convention

##### 4.1. Placing the child in an "intolerable situation"

There has been a long-standing practice to restrictively apply all mentioned exceptions from the obligation to urgently return the child.<sup>26</sup> There is, not without reason, fear that a loose application of the stated rules would represent a sort of "Trojan Horse" within the Hague Convention, which could topple and render meaningless the entire mechanism of the international treaty. Of all stated exceptions, what some theorists fear the most is exactly "the intolerable situation" reasoning that such exception opens "Pandora's Box".<sup>27</sup>

The legal assumption that it is in "the best interests of the child" to be returned to the, the stated reason is only a cause that leads to a consequence, that is, to the "intolerable situation" for the child. In other words, in situations when a "grave risk of exposing the child to physical or psychological harm" is determined, it is not necessary to prove that there is country of habitual residence is most often challenged in practice exactly because of assessment that the child would be placed in an "intolerable situation" by its return.<sup>28</sup> It should be stated that instead of the stated exception, the literature usually mentions existence of "grave risk that return would expose the child to physical or psychological harm" as a ground for the decision to refuse the return to the country of habitual residence.<sup>29</sup> However an "intolerable situation" for the child. The creators of the Hague Convention have explicitly determined the existence of cause-and-effect relationship between the grave risk of harming the child and "the intolerable situation" into which the child would be put in such circumstances. This is also indicated by the mentioned rule from the Hague Convention which states that the country into which the child was taken is not obliged to return the child if

---

<sup>26</sup> Thus one old, yet influential decision estimated that only in rarest cases will the separation of the child from the parent who abducted him and its new environment reach the level of harm prescribed by the Hague Convention. See *Thomson v. Thomson* [1994] 3 SCR 551, 6 RFL (4th) 290, HC/E/CA 11. Another decision, the context of placing the child in "an intolerable situation" it is stated that the word "intolerable" is so strong in its sense and meaning that it sets the bar for the application of the exception rather high. See *Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2002] EWCA Civ 908, HC/E/UK 469.

<sup>27</sup> See K. Siehr, *loc. cit.*, at pp. 215-216.

<sup>28</sup> Art. 13 para. 1 (b). the Hague Convention.

<sup>29</sup> See Caldwell, *loc. cit.*, at p. 124.

"there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation".<sup>30</sup>

Terms such as "grave risk" and "intolerable situation" suggest that the way to challenge the assumption on "the best interests of the child" from the Hague Convention is not easy at all, and that the threshold for proving it is set rather high. Most often, when defending the action of abduction the parent tries to present the other parent (who request the return) as unfit for the child. The parent seeking the return of the child speaks of "kidnapping", to which the other replies that life with that parent represents "grave risk", and that the return would put the child into an "intolerable situation". The parent challenging the return often wants to represent the child as a serious victim of violence whose situation is "intolerable", for which the other parent is accused.

When "grave risk" is being discussed, what should be stressed first is physical threat for the child, who shall not be returned into a country engulfed in a civil war or in which there is constant danger of violence. Besides, the existence of physical or psychological danger must be specifically related to the child whose return is requested, and not generally to the context in which a specific population is living.<sup>31</sup> In this case the interest of the child not to be taken away from its habitual residence without guaranteed stability in new situation must yield before the primary interest of every person not to be exposed to physical or psychological threat or to be brought into adverse conditions.<sup>32</sup> However, beside those external risky events that are "objective", the adverse conditions can also be subjective. In this sense, the parent requesting the return can represent a threat, if he or she had been violent towards the child. In judicial practice this exception is interpreted rather narrowly so that it does not remain "dead letter", that is, one isolated act of violence is not enough, but a continuity of violence in the past and the danger of repeating it in the future are necessary to refuse the request to return the child on this ground.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Art. 13 para. 1 (b). the Hague Convention.

<sup>31</sup> N° 03/3585/A, *Tribunal de première instance de Bruxelles*, HC/E/BE 547, at p. 516.

<sup>32</sup> In this sense see: E. Pérez-Vera, *Explanatory Report on The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction*; *United Nations Convention on the Rights of the Child*, at p. 433.

<sup>33</sup> See *Domestic and family violence and the article 13 "grave risk" exception in the operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the civil aspects of the international child abduction: A Reflection Paper*, (drawn up by the Permanent Bureau), at p. 18; available at: [www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf), accessed on 20 December 2012.

Hence, the standard of proving the "intolerable situation" is on the whole quite high. Courts in Great Britain,<sup>34</sup> Austria,<sup>35</sup> Australia,<sup>36</sup> Canada,<sup>37</sup> New Zealand,<sup>38</sup> Germany<sup>39</sup> and the USA<sup>40</sup> hesitate to refuse the return of the child in case of family violence. Case-law in the USA asks that the claims from article 13 paragraph 1b be proven in "clear and convincing"<sup>41</sup> way that is consistent with legal rules. Furthermore, courts either ignore the term "intolerable situation" from article 13 paragraph 1b and base their decisions mostly on proving the existence of "grave risk of physical and psychological harm", or they list it under the term "grave risk of physical or psychological harm".<sup>42</sup> Courts in England and Wales are very restrictive in their interpretations of the exception from article 13 paragraph 1b. Like American courts, they too demand that the proofs be

---

<sup>34</sup> Decision of the Court of Appeal in case *Re S. (A Child) (Abduction: Grave Risk of Harm)* [2002] EWCA Civ 908, HC/E/UKe 469.

<sup>35</sup> Decision of the Supreme Court of Austria in case *4Ob1523/96, Oberster Gerichtshof*, HC/E/AT 561.

<sup>36</sup> Director-General Department of Families, Youth and Community Care and Hobbs, 24 September 1999, Family Court of Australia (Brisbane), HC/E/AU 294. Although, it can be said that attitudes of courts in this country vary to a certain degree. Thus in one case the court refused to order the return of the child holding that conditions demanded by article 13 paragraph 1b were met. The court stated that the return of the child (which was two years old) into the USA would represent grave risk. The fact that the mother was denied entry into the United States constituted a grave risk that the child would be placed in an intolerable situation if sent back alone. See *State Central Authority of Victoria v. Ardito*, 29 October 1997, Family Court of Australia (Melbourne), HC/E/AU 283.

<sup>37</sup> Decision of the Quebec Court of Appeal in case *M.G. v. R.F.*, [2002] R.J.Q. 2132, HC/E/CA 762.

<sup>38</sup> Decision of High Court (Auckland), *K.S. v. L.S.* [2003] 3 NZLR 837, HC/E/NZ 770. In this case one of the judges stresses that the exception from article 13 paragraph 1b relates to the child and is interested in special situations or any other situations of other persons, including there the parent who took the child, except if that does not affect the child. In this case the mother took the child from Australia to New Zealand, where she was then diagnosed with cancer. Justifying it by the need to continue the treatment of disease in this country she refused to return the child.

<sup>39</sup> Decision of *Oberlandesgericht Dresden* (Higher Regional Court), *10 UF 753/01, Oberlandesgericht Dresden*, HC/E/DE 486. Although, courts in Germany were previously leaning towards more liberal interpretation of the exception from article 13 paragraph 1b. See: *17 UF 260/98, Oberlandesgericht Stuttgart*, HC/E/DE 323.

<sup>40</sup> *Panazatou v. Pantazatos*, No. FA 960713571S (Conn. Super. Ct. Sept. 24, 1997), HC/E/USs 97.

<sup>41</sup> *Caro v. Sher*, 296 N.J. Super. 594, 687 A.2d 354 (Ch. Div. 1996), HC/E/USs 100.

<sup>42</sup> Cited according to: M. H. Weiner, "Intolerable situations and counsel for children: Following Switzerland's example in Hague abduction cases", *American University Law Review*, Vol. 58, No. 2, pp. 334-403, at p. 345.

"substantial, not trivial".<sup>43</sup> The Federal Constitutional Court of Germany did a similar thing when it pointed out that "only unusually severe endangerment of a child's welfare, which appears to be substantial, specific and current, precludes a child's return. Hardship for the abducting parent generally does not constitute such prejudice".<sup>44</sup> Courts in Serbia are on the same track, and one decision by the High Court of Valjevo leads into conclusion that the assessment of the fulfillment of conditions for the deviation from the duty of returning the child is of exceptional value and that it "must be based on unambiguous and hard evidence".<sup>45</sup>

The basic goal of the stated approach is that the one who took the child does not get any benefit from their wrongful act and that they cannot count on the consequence of such abduction be creating "grave risk" or "intolerable situation" in case of return. It is obvious that some countries employ high standards of proving the "intolerable situation" striving towards the most restrictive possible application of article. Thereby they believe that "the best interests" of the child are protected exactly by its return into the country of habitual residence. Besides, some of them, as in the case of Australian courts, justify such attitude claiming that they have "conceptualized the return as being to the country of habitual residence rather than to a particular person or area".<sup>46</sup> At the same time, courts in New Zealand believe that the order to return a child into a country is not an

---

<sup>43</sup> *Re C. (Abduction: Grave Risk of Psychological Harm)* [1999] 1 FLR 1145, Fam Law 371, HC/E/UK 269.

<sup>44</sup> 2 BvR 1206/98, *Bundesverfassungsgericht*, 29.10.1998, HC/E/DE 233.

<sup>45</sup> The High Court of Valjevo, in decision 23/11, did not take into consideration violence done to the parent who took the child, even though significant research in social sciences indicate that "there is a great connection between partner's violence and the problems of the children, even when they are not direct victims". In that sense, see: D. A. Wolfe, C. V. Crooks, V. Lee, A. McIntyre-Smith, P. G. Jaffe, "The Effects of Children's Exposure to Domestic Violence: A Meta-Analysis and Critique", *Clinical Child and Family Psychology Review*, Vol. 6, No. 3, 2003, pp. 171-187, at p. 182; J. L. Edleson, "Children's Witnessing of Adult Domestic Violence", *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 14, No. 8, pp. 839-870, at pp. 860-861; J. L. Edleson, "The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering", *Violence Against Women*, Vol. 5, No. 2, 1999, pp. 134-154, at p. 145.

<sup>46</sup> Cited according to: J. Gillen, "The Hague Convention and domestic violence - friend or foe? - A common law perspective of interpretations of article 13(1) b) of the Hague Convention in the context of domestic violence", in: *The Judges' Newsletter: Special Focus The Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction - 25 years on!*, 2006, pp. 34-35.



order to return the child to its parent, and that the child remains a responsibility of the Central Authority in the other country.<sup>47</sup>

However, some other countries, like France, are more prone to a broader interpretation of the stated exceptions from article 13 paragraph 1b.<sup>48</sup> This attitude mostly originates from the fact that courts, as has been stated, interpret the mentioned exceptions from article 13 paragraph 1b from the perspective of "the best interests of the child".<sup>49</sup>

The Convention does not define "intolerable situation". However, the term "grave risk" suggests that the area of application is rather narrow, and that it mostly resembles subjective feeling that for the child the return would be intolerable.<sup>50</sup> Because of the difficulties with interpreting the term "intolerable situation", Switzerland suggested to the international community an adoption of a special legal act.<sup>51</sup> After it had not succeeded in that endeavour, Switzerland was left to adjust its federal legislation on international child abduction to the principle of "the best interests of the child". Hence on 21 December 2007, it adopted a law on international child abduction and the Hague Conventions on protection of children and adults by which some of the notions from the Hague Convention were specified.<sup>52</sup> According to it, article 5 of this law gives a precise definition of

---

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> The Court of Cassation, Cass Civ 1ère 25 janvier 2005 (N° de pourvoi: 02-17411), HC/E/FR 708.

<sup>49</sup> See B. Vassallo, *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant l'enfance: conventions de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants et sur l'adoption internationale*, Bruxelles II bis, available at: [www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html](http://www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html), accessed on 3 January 2013.

<sup>50</sup> Weiner, *loc. cit.*, at p. 375.

<sup>51</sup> The immediate cause was "the Wood case". In this case the mother took two of her children from Australia to Switzerland. When the case was discovered, her children were taken from her and put into an institution for a year until their return to Australia. When the time for return came the children were forced into the plane. After arriving to Australia the children were again put into a foster family because their father could not take care of them. The mother did not come back to Australia in order not to be legally persecuted for the child abduction. In the meantime the children changed several foster families. Finally the Australian court decided to give the mother the right to custody and the children were returned to Switzerland. In short the children were with their mother as before the case to return them was opened, but they had undergone great stress during the whole procedure.

<sup>52</sup> The Law is available at: [www.admin.ch/ch/fff/2008/33.pdf](http://www.admin.ch/ch/fff/2008/33.pdf), accessed on 10 January 2013. During the meeting of the fifth session of the Special Committee of The Hague Convention the Swiss delegation suggested this text as an addition to the art. 13 para. 1b. By great majority of votes this suggestion was rejected for using the term "the best interests of the child". It was

the "intolerable" from article 13 paragraph 1b, where it is said that this condition exists under following circumstances: a) when staying with the parent requesting the return of the child is obviously not in the interests of the child, b) when the parent requesting the return of the child is obviously and having in mind circumstances of the case not able to take care of the child in the country of its habitual residence (or for justified reason the parent cannot be asked to do so), or c) when staying with a third person is not in the best interests of the child.<sup>53</sup>

It is a special issue how to deal with the situation when the person in danger is not the child but the parent who took the child. Besides, how can it be possible to differentiate between physical threat and psychological trauma afflicted to the child from one afflicted to the parent? Is not there psychological violence afflicted to the child if every day it witnesses physical abuse of one parent by the other?

As far as comparative law is concerned, the situation is quite different and there is not always the same attitude, even within the same country. Hence in case *Parsons c. Styger*,<sup>54</sup> a decision was made to return the child from Canada to California (the USA) because the husband's violence was directed towards his wife and not the child. At the same time, the mother did not provide convincing evidence of the violence against her. However, in another very familiar case *Pollastro c. Pollastro* the same court refused the return of the child, because the mother, who took the child away, managed to prove that she was a victim of violence by her husband.<sup>55</sup> According to this decision, violence of one parent towards the other can put the child into a situation of physical or psychological threat, even when violence is not committed directly against the child. Starting from this decision, in Canada there has been much greater acceptance of the idea that a grave risk for physical and psychological state of the parent also represents a grave risk for the child, which justifies the application of the exception from article 13 paragraph 1b.<sup>56</sup>

---

interpreted as a first step towards a broad interpretation of the mentioned exception from the art. 13. The United States of America considered that it was through its return that 'the best interests of the child' are fulfilled. See *Weiner, loc. cit.*, at pp. 339-340.

<sup>53</sup> It was this law that Swiss Federal Court referred to in one of its most basic decisions concerning the return of the child. See *5A\_479/2012, Ile Cour de droit civil, arrêt du TF 13 juillet 2012*, HC/E/CH 1179.

<sup>54</sup> This refers to the decision of the Supreme Court of Ontario: *Parsons v. Styger* (1989), 67 O.R. (2d) 1 (L.J.S.C.), *aff'd* (1989) 67 O.R. (2d) 11 (C.A.), HC/E/CA 16.

<sup>55</sup> *Pollastro v. Pollastro* [1999] 45 R.F.L. (4th) 404 (Ont. C.A.), HC/E/CA 373.

<sup>56</sup> See: Decision of Quebec Court of Appeal (Canada), *N.P. v. A.B.P.*, [1999] R.D.F. 38 (Que. C.A.), HC/E/CA 764.

#### **4. 2. Child objections to return into the country of habitual residence**

When child objections to return is considered, what should be said is that this exception is frequently combined with the second one.<sup>57</sup> The CRC guarantees that "the shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child".<sup>58</sup> Child's views, as in other cases, shall be taken into consideration under the condition that the child is capable of forming his or her own views. In addition to that, it depends upon "the best interests of the child" what significance will be given to child's views, that is, whether the expressed views will be accepted.

Creators of the Hague Convention were aware of the significance of child's views when making the decision on return in cases of international abduction.<sup>59</sup> Hence, according to the mentioned international treaty, "the judicial or administrative authority may also refuse to order the return of the child if it finds that the child objects to being returned and has attained an age and degree of maturity at which it is appropriate to take account of its views".<sup>60</sup>

It should be noted that, in difference to Brussels II bis,<sup>61</sup> the Hague Convention does not recognize explicit right of the child to be heard. Still, even though the

---

<sup>57</sup> Most often it is considered that clearly stated objection of the child can mean that the child would be place in an "intolerable situation" if it were to return to the country of habitual residence. See, for example: *The Ontario Court v. M. and M. (Abduction: Children's Objections)* [1997] 1 FLR 475, [1997] Fam Law 227, HC/E/UKe 33; *Re T. (Abduction: Child's Objections to Return)* [2000] 2 FCR 159, HC/E/UKe 270.

<sup>58</sup> See Art. 12. CRC.

<sup>59</sup> See, for example, case *W. v. W.* 2003 SCLR 478, HC/E/UKs 508, in which Scottish court, in the context of objections of nine-year-old child, states that if the conclusion expressed by the child is quite definite and strongly felt, that is an important factor in the court's exercise of its discretion. The reasons for which the child could not return to Australia were: father's behavior towards her and her twin sister while they were living in Australia, fear that they would be separated from their mother, and the desire to continue their education in Scotland.

<sup>60</sup> Art. 13. the Hague Convention.

<sup>61</sup> These rules were adopted by the Council of the European Union. In the Council Regulation (EC) No 2201/2003 (Brussels II bis) in Art. 11. para. 2. a possibility is provided that the child be heard when applying provisions in Art. 12 and 13. of the Hague Convention, except when it is not concordant with its age and maturity. The right of the child to freely express its views has been also provided in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (2000/C 364/01) in Art. 24. para. 1.

Hague Convention does not allude to the need to directly hear the child, it can be said that these exceptions are the ones actually inspired by the need to protect "the best interests of the child".<sup>62</sup> Determining these interests without child's views is hardly possible. Regardless of the urgency of the case, which needs to be validly terminated in six weeks, in cases in which one of the reasons to refuse the return is being stated, presenting of the evidence needs to be done. In this sense, within the case the child too needs to be heard, regardless of the fact that the court is not solving meritorious issue of custody.<sup>63</sup>

Besides, in this manner a possibility is accepted that the views of the child on its return or non-return can be a deciding factor in a situation in which the opinion of the court is that the child is old and mature enough. The child is thus given possibility to interpret its own interests. This provision could become dangerous if the child would be asked a direct question about its return.<sup>64</sup> The child can certainly have a clear view of the situation, but it can also be under great psychological pressure if she/he thinks it has to choose between two parents.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Further confirmation of this is judicial practice. Hence, in his explanation of the decision in the case *Director General, Department of Community Services v. De Lewinski* (1996) FLC 92-674, judge Nicholson CJ states that "the policy of the Convention is not compromised by hearing what children have to say and by taking, a literal view of the term 'objection'. That is because it remains for the Court to make the critical further assessment as to the child's age, maturity and whether in the circumstances of the case the discretion to refuse return should be exercised". [[1996] FLC 92-674 at 83,017].

<sup>63</sup> Special Commission on the practical operation of the 1980 and 1996 Hague Conventions (1-10 June 2011) in its Conclusions and Recommendations too commends efforts to give chance to children to be heard according to their age and maturity in the case opened for their return according to the Hague Convention. This is not affected by the fact whether child's return is refuted based on Art. 13. para. 2. of the Hague Convention (50). Special Committee also emphasizes the significance of the need that the person talking to child, whether it is a judge, and independent expert or some other person, be trained for this task as much as it is possible. Special Committee also recognizes the need to inform the child, according to its age and maturity, of the case that is conducted and its possible consequences.

<sup>64</sup> Elisa Pérez-Vera, *loc. cit.*, at p. 433.

<sup>65</sup> In this respect what cannot be neglected is the influence of the parent who took the child, that is the parent with whom the child is living, and this must be counted on. As was stated in a court's decision in Liege: "it was illusory to think that a child could be completely impermeable to what the parent he was living with was experiencing, thinking or saying [...] That does not mean that the attitudes of the child are automatically formed by suggestion of the parent when it holds the same opinion." *N° de rôle: 02/7742/A, Tribunal de première instance de Bruxelles, 27/5/2003, HC/E/BE 546.*

As stated, courts are obliged to take into consideration child's views when the child objects to return and has reached age or degree of maturity in which it is capable of forming its own views.<sup>66</sup> The court deciding on the return of the child is not in this case bound by the child's expressed views. Although child's views represents an important element of the decision, it cannot, however, turn into a right to absolute veto.<sup>67</sup> Such opinion can also be found in the case-law in Serbia,<sup>68</sup> as well as in the practice of the ECtHR.<sup>69</sup> The court can, but does not have to, accept the views of the child in relation to other elements based on which the court decides on the return of the child.<sup>70</sup> Objections of the child to the

---

<sup>66</sup> According to the Family law of the Republic of Serbia, the child has a right to veto the decision on return only if it is 15 years old and ability to reason. This follows from provision of art. 60 para. 2 of the Family law of RS under which "the child who has turned 15 years of life and who is capable to reason can decide with which parent to live".

<sup>67</sup> In the case of *Cass Civ 1ère 8 Juillet 2010, N° de pourvoi 09-66406*, HC/E/FR 1073, French Court of Cassation pointed out that even though the child was mature enough (14 years old) and is opposed to return, the very fact of opposition is not enough to prevent the return.

<sup>68</sup> Hence in one of its decision the Supreme Court of Serbia did not accept the formed opinion of a nine-year-old child that it did not want to see its father thinking that it was not in its "best interests". Judgement, Review 930/09 of 16<sup>th</sup> April 2009, published in *Case-law Bulletin*, 2/2009, at pp. 44-46.

<sup>69</sup> As has been stated in the decision of the Court in Strasbourg, ECtHR, *C. v. Finland*, 9 May 2006 (Appl. no. 18249/02) at para. 58. In this case the applicant, Swiss resident, had two children (ten and 11-years old) in marriage with Finnish resident, and these two children were after the divorce entrusted to their mother. After that, the mother moved with her children to Finland where she formed non-marital community. The applicant remained in Switzerland, but still kept in touch with his children. After the death of the mother, the court of first instance in Finland made a decision to entrust the children to the father, but the Supreme Court changed this decision justifying it by the wish of the children to remain in Finland and live with their mother's partner. The applicant filed a violation of the art. 8 of the Convention, thinking that he had advantage concerning taking care of the children and the more so because he stayed in touch with them. The Court in Strasbourg considered that the decision of the Supreme Court was motivated only by the desire of the children to remain in Finland without considering other factors, above all the rights of the applicant as the father, giving in this way the importance of an unconditional veto to the opinion of the child. Based on all this, the Court concluded that the rights of all participants in the case were not respected enough, and unanimously concluded that there was a violation of the rights from the art. 8 of the Convention. See also F. Krenc, M. Puechavy, *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, at p. 86.

<sup>70</sup> In one decision by the Supreme Court of Serbia opinion of a 16-year-old child capable of forming its own opinion was not taken into consideration, because, as the court explained, "the child is apparently not able to realize what is in its best interests, for which it needs help". Judgement

return into the country of habitual residence is therefore not the deciding factor when passing judgement, but it is also necessary to determine the motivation for such attitude of the child.<sup>71</sup> It is unrealistic to expect of a parent not to exert any influence on the child. The question is only whether such influence is unusually great.<sup>72</sup> In that sense, if it is proven that the opposition of the child to the return into the country of habitual residence is the result of the influence of the parent who took the child, then the views of the child will not be accepted.

However, what should be had in mind is that the right of the child to express views represents one of the most important rights from the catalogue according to CRC.<sup>73</sup> Because of that, the objections of the child shall, as an exception from the obligation to return, probably exert ever greater pressure on the mechanism of The Hague Convention.

#### 4.3. *Child settlement in its new environment*

The fact that assessing the best interests of the child is primarily done by the authority of the country of child's habitual residence does not mean that the same interests will not in some cases demand that the child should stay in the new surroundings into which it was brought. In case of child's integration into the new surroundings, the direct aim of the Hague Convention – the return into the country of habitual residence – cannot be achieved, and the assumption that that country is in the best position to solve the dispute no longer holds.<sup>74</sup> Therefore, aims of the Hague Convention have to be analyzed according to the circumstances of each case and in the interests of the child.

Therefore, to apply the exception from the article 12 paragraph 2 of the Convention it is necessary for the court to get an insight into the situation in which the child is put when it is in the new surroundings, and then to interpret

---

of the Supreme Court of Serbia, Rev. 1368/2008 from 28<sup>th</sup> May 2008, published at *Paragraf lex*, internet version.

<sup>71</sup> In Brussels II bis Regulation (Art. 11. para. 5) it is provided that the return of the child cannot be refused unless the person who requested the return of the child has been given an opportunity to be heard.

<sup>72</sup> In a case, the court was left with such impression because a 16-year-old child used term "settled" during the hearing. See: *Robinson v. Robinson*, 983 F. Supp. 1339 (D. Colo. 1997), HC/E/USf 128.

<sup>73</sup> See J. Fortin, *Children's Rights and Developing Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, at p. 42.

<sup>74</sup> This was pointed out by Baroness Hale in judgment *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

such insight in light of the its aims. Application of this exception is allowed only in such situation when from the moment of illegal abduction to the moment of making the demand for the return to an administrative or judicial authority of a country there has passed more than a year.<sup>75</sup> If the child is living in stable family surroundings, that is, if it has integrated into it, then from the point of view of its "best interests" in some cases it would be best if it remained there. However, this does not mean that the return of the child cannot be ordered even if the child has settled in the new environment because the opposite act of judicial or administrative authorities in some cases would be against "the best interests of the child". If such was the intention of the creators of the Convention, they would have stated it so explicitly.<sup>76</sup> In absence of such explicit provision in the Convention, it should be said that court holds discretionary right to order the return of the child in this case.<sup>77</sup>

Case-law rarely involves judgements according to which the decision not to allow the return of the child is based exclusively on Article 12 of the Hague Convention. In most cases, the settlement of the child in its new environment as a reason for refusal to return is emphasized in combination with other exceptions. One of the first such decisions was made by the American court in case *Wojcik v. Wojcik* back in 1997.<sup>78</sup> In this case 18 months had passed from the moment of the child abduction to the beginning of the court procedure to return the child.<sup>79</sup> In some cases the parent hides the child in its new surroundings, and sometimes even changes the child's identity. The fact does not lead to a halt in the deadline provided in the Article 12 of the Hague Convention, but it is important when

---

<sup>75</sup> Art 12. para 1. The Hague Convention.

<sup>76</sup> For Baroness Hale a pointer to this is formulation "shall ...unless" from art. 12 of the Hague Convention. See *Abduction: Rights of Custody* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UK 937.

<sup>77</sup> However, in some court decisions we can find an attitude that the court does not have discretionary right in case of application of art. 12 para. 2, and that in such case the Hague Convention shall not be applied, that is, the child shall not be returned. See: *State Central Authority v. Ayob* (1997) FLC 92-746, 21 Fam. LR 567, HC/E/AU 232.

<sup>78</sup> *Wojcik v. Wojcik*, 959 F. Supp. 413 (E.D. Mich. 1997), HC/E/USf 105. Of the newer ones we should mention: *Kubera v. Kubera*, 2010 BCCA 118, HC/E/CA 1041.

<sup>79</sup> The court did not accept arguments of the father who demanded the return of the child that the procedure to return begins at the moment of submitting his demand to the Central Authority of the USA. The moment of commencement of the procedure was interpreted in the same manner in judgement of the Appellate Court in Canada in case *V.B.M. v. D.L.J.* [2004] N.J. No. 321; 2004 NLCA 56, HC/E/CA 592 [26].

proving the settlement of the child in its new environment.<sup>80</sup> At any rate, based on the existing judicial practice of national courts, the shorter the time of the child's settlement into the new surroundings, the more solid the evidence for it need to be.<sup>81</sup> The notion of the settlement of the child is unevenly interpreted. Some interpret this notion exclusively in the linguistic sense of the word and on the top of that, besides settlement of the child in its new environment, also cite that it is not in the interests of the child to return the child.<sup>82</sup> Other countries interpret this notion according to the aims of the Hague Convention. These other countries are more numerous. In these cases the courts do not explicitly deal with the issue of protecting "the best interests of the child". The parent who took the child away has to prove not only that the child has adapted to the new surroundings but that it has been integrated into it. Integration presupposes not only physical relationship with the community and the surroundings, but also emotional security and stability of the child in the new surroundings, as well as expectation that it will remain so in the future. An exception is decision House of Lords in *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* which starts its interpretation of the notion of settlement with "the best interests of the child",<sup>83</sup> which shall be, as is pointed out in the decision, in accordance with the unlimited discretion of the court, in some cases be taken into consideration, and in some not. The interests of the child to remain in the environment into which it has been settled must be so cogent that it outweighs the primary purpose of the Convention, namely the return of the child to the proper jurisdiction so that the child's future may be determined in the appropriate place.<sup>84</sup>

## 5. Conclusion

This paper deals with the applying of "the best interests of the child" principle inside the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child

---

<sup>80</sup> *Re C. (Abduction: Settlement)* [2004] EWHC 1245, HC/E/UKe 596.

<sup>81</sup> As can be inferred from the decision *Perrin v. Perrin* 1994 SC 45, HC/E/UKs 108.

<sup>82</sup> *France, Cour de cassation, Chambre civile 1, 12 décembre 2006, 06-13177; Secretary, Attorney-General's Department v. T.S.* (2001) FLC 93-063, HC/E/AU 823; 7Ob573/90 *Oberster Gerichtshof, 17/05/1990, HC/E/AT 378; Präsidium des Bezirksgerichts St. Gallen* (District Court of St. Gallen), decision of 8 September 1998, 4 PZ 98-0217/0532N, *décision du 8 Septembre 1998, 4 PZ 98-0217/0532N, HC/E/CH 431.*

<sup>83</sup> *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, HC/E/UKe 937.

<sup>84</sup> *Soucie v. Soucie* 1995 SC 134, HC/E/UKs 107.



Abduction. This question raises the dilemma if the return of the child is always in her/his best interests. Indeterminacy of the "the best interests of the child" derives from the fact that the mentioned principle has individualistic character which content is shaped by every single case. That is why the discretionary power of the competent national authorities that apply this principle is so vast. Because of that, the authors express fear that calling upon one indeterminate and wide principle may become convenient justification for each court decision not to apply the law, especially in case of refusing to return the child into country of her/his habitual residence. In order to support their views, the authors give the arguments on seriousness of such fear which can lead to the reexamination of the system established by the Hague Convention. This arguments are based primarily upon the decisions of the national courts in Member-States.

It has been concluded that legislator cannot determine what "the best interests of the child" will be in each individual case, but it can establish certain legal assumptions which would correspond to "the best interests of the child". These assumptions should make the enforcement of "the best interests of the child" easier, but they can also reduce the discretion of the persons and authorities that apply the mentioned principle. Such general assumption can be found in the preamble of the Hague Convention where it is stressed that it is "the best interests of the child" to be returned in the country of her/his habitual residence in case of unlawful international child abduction.

The exemptions from the general duty to return formulated in the Hague Convention are nothing more then ground for challenging the mentioned legal assumption. That is why the application the "best interests of the child" concept can be considered only as a relation between general assumption on duty to return the child and the grounds for challenging that assumption, or exemptions from the duty to return the child promptly in the country of her/his habitual residence.

Having that in mind, it can be said that it would not be in "the best interests of the child" to be returned if such decision would mean a grave risk of placing child into intolerable situation, if child objects returning into the country of her/his habitual residence and if the child has adapted herself/himself in the new environment.

Zoran Ponjavić i Veljko Vlašković\*

### **Prostor za najbolji interes deteta unutar Haške konvencije o građanskopravnim aspektima otmice deteta**

U radu se razmatra primena principa "najboljeg interesa deteta" kao jednog od osnovnih iz Konvencije o pravima deteta unutar Haške Konvencije o građanskopravnim aspektima otmice dece. Postavlja se pitanje da li je povratak deteta uvek u njegovom "najboljem interesu".

Neodređenost sadržine "najboljeg interesa deteta" upravo proističe iz okolnosti da je navedeni princip individualističkog karaktera, čiju sadržinu oblikuje svaki pojedinačni slučaj. Iz tog razloga je moć diskrecije organa koji primenjuju princip "najboljeg interesa deteta" tako velika. Stoga se u radu iznosi bojazan da pozivanje na jedan ovakav krajnje neodređen i širok princip može postati za sud samo izgovor da ne primeni pravo, odnosno, zgodno opravdanje za svaku sudsku odluku, naročito onu kojom se odbija povratak deteta u zemlju u kojoj dete ima "uobičajeno boravište". U radu su izneti argumenti kojima se navedena bojazan potkrepljuje, čime se može dovesti u pitanje sistem ustanovljen Haškom konvencijom. Oni se uglavnom zasnivaju na odlukama nacionalnih sudova država potpisnica Haške konvencije

Konstatuje se da zakonodavac ne može odrediti kakav će biti "najbolji interes deteta" u svakom konkretnom slučaju, ali može kroz opšta pravna pravila ustanoviti odgovarajuće pretpostavke koje bi važile u korist "najboljeg interesa deteta". Pomenute pretpostavke, imaju za cilj olakšati primenu principa "najboljeg interesa deteta", ali i umanjiti diskreciju pravnih subjekata koje navedeni princip primenjuju. U Haškoj Konvenciji se upravo njenom preambulom uspostavlja pravna pretpostavka kako je u "najboljem interesu deteta" u slučaju nezakonitog prekograničnog odvođenja da bude vraćeno u državu uobičajenog boravišta.

---

\* Zoran Ponjavić je redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Srbija, čija oblast interesovanja su Porodično pravo i Medicinsko pravo. Veljko Vlašković je asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta u Kragujevcu čija oblast interesovanja je Porodično pravo.

Izuzeci od navedene opšte obaveze povratka deteta formulisani u Haškoj konvenciji nisu ništa drugo nego osnovi za obaranje pomenute pretpostavke. Iz tog razloga se ostvarivanje koncepta "najboljeg interesa deteta" unutar Haške Konvencije može sagledati jedino kroz odnos između opšte pretpostavke o obavezi povratka deteta i osnova za obaranje pomenute pretpostavke, odnosno izuzetaka od obaveze da se dete što hitnije vrati u državu uobičajenog boravišta.

Imajući u vidu rečeno, neće biti u najboljem interesu deteta ako bi u slučaju njegovog povratka postojala ozbiljna opasnost da će dete biti dovedeno u nepodnošljivu situaciju, ako se dete protivi povratku u državu uobičajenog boravišta i ako se dete adaptiralo u novoj sredini.

**Ključne reči:** Haška Konvencija, otmica deteta, najbolji interes deteta, pravna pretpostavka, izuzeci.



Vesna Ćorić\*

UDK: 341.231.14(4-672EU)

str. 69-85.

## NEUSKLAĐENOST TUMAČENJA ČLANA 6. EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA U JURISPRUDENCIJI SUDA PRAVDE EVROPSKE UNIJE I EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

### Apstrakt

*Pitanje stepena usaglašenog tumačenja Evropske konvencije o ljudskim pravima u jurisprudenciji Suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava, podelilo je u velikoj meri evropsku naučnu misao i stručnu javnost. Ovim radom nastoji se pružiti parcijalni doprinos rešavanju datog pitanja, na taj način što se pristupa evolutivnoj analizi sudske prakse Suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava, koja se odnosi na zaštitu prava na pravično suđenje, zajemčeno članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima.*

**Ključne reči:** Evropski sud za ljudska prava, Sud pravde Evropske unije, pravo na pravično suđenje, Evropska konvencija o ljudskim pravima, neusklađena tumačenja.

### 1. Uvod

Decenijama je u naučnim i stručnim krugovima, dominiralo gledište da postojanje neusklađenog tumačenja odredbi Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu EKLJP) od strane Suda pravde Evropske unije (u

---

\* Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo, Beograd.

daljem tekstu SP)<sup>1</sup> i Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) predstavlja jedan od ključnih sistemskih problema u evropskom poretku zaštite ljudskih prava, koji proizilazi iz suštinski različitih pristupa dva suda.<sup>2</sup> Isticano je da postojeća neusaglašenost doprinosi, s jedne strane, pravnoj nesigurnosti i nejednakosti pojedinaca, dok s druge strane, ugrožava legitimnost i autoritet oba nadnacionalna suda.<sup>3</sup>

S druge strane, među autorima je bilo zastupljeno i drugačije stanovište, koje je vremenom okupilo sve veći broj pristalica, a prema kojem neusaglašenost prakse dva suda predstavlja istorijsku kategoriju, koja trenutno ima isključivo doktrinarni značaj. Tačnije, pobornici ovog shvatanja navode da je evolucijom evropskog poretka zaštite ljudskih prava problem stvarne neusaglašenosti prevaziđen.<sup>4</sup> Pod evolucijom evropskog sistema zaštite ljudskih prava,

---

<sup>1</sup> Ugovorom iz Lisabona Evropski sud pravde, čije je pravo ime do tada bilo Sud pravde Evropskih zajednica je promenio svoj naziv u Sud pravde Evropske unije. Za potrebe ovog rada će se upotrebljavati termin Sud pravde, kako kada se upućuje na njegovo delovanje pre, tako i nakon stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona. Izrazom Sud pravde će se obuhvatiti i delovanje Opšteg suda koji se do stupanja na snagu Ugovora iz Lisabona nazivao Prvestepeni sud.

<sup>2</sup> I. Ward, *A Critical Introduction to EC Law*, Butterworths, London, 1996, str. 140-143; J. H. H. Weiler, "Eurocracy and Distrust: Some Questions concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Rights within the Legal Order of the European Communities", *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, str. 1103-1109; N. J. S. Lockhart, J. H. H. Weiler, "Taking Rights Seriously Seriously: The European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence", *Common Market Law Review*, vol. 32, no. 1, 1995, str. 62-69; R. Lawson, "Confusion and Conflict? Divergent Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg", *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers* (eds. R. Lawson, M. de Blois), Martinus Nijhoff, London, 1994, str. 215-290; S. Douglas-Scott, "Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis", *Common Market Law Review*, vol. 43, no. 3, 2006, str. 629-665; A. G. Toth, "The European Union and Human Rights: The Way Forward", *Common Market Law Review*, vol. 34, no. 3, 1997, str. 491-529; M. W. Janis, "Fashioning a Mechanism for Judicial Cooperation on European Human Rights Law Among Europe's Regional Courts", *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe: Essays in Honour of Henry G. Schermers* (eds. R. Lawson, M. de Blois), vol. 3, Martinus Nijhoff, London, 1994, str. 213-214; R. Lawson, (1994), 210-240.

<sup>3</sup> M. W. Janis, (1994), 213; J. R. Wetzel, "Improving Fundamental Rights Protection in the European Union: Resolving the Conflict and Confusion between the Luxembourg and Strasbourg Courts", *Fordham Law Review*, vol. 71, no. 6, 2003, str. 2843-2845.

<sup>4</sup> D. Spielmann, "Human Rights Case Law in the Strasbourg and Luxemburg Courts: Conflicts, Inconsistencies, and Complementarities", *The EU and Human Rights* (eds. P. Alston, M. R. Bustelo, J. Heenan), Oxford University Press, New York, 1999, str. 770-777; P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, str. 525; C. Costello, "The Bosphorus

podrazumevaju se kako izmene i dopune koje su pretrpeli pravni akti u okviru oba nadnacionalna sistema, tako i brojni međuuticaji koji su se odigrali između dva suda, pre svega, kroz uzajamno oslanjanje na praksu drugog suda u cilju ujednačavanja tumačenja odredbi EKLJP.

Pobornici izloženog shvatanja dalje ističu da neusaglašenost predstavlja dinamički, a ne statički koncept, ukazujući tako na njen prolazni karakter. Pojava povremene neusaglašenosti je, po njihovom mišljenju, neizbežna i prirodna posledica tzv. miroljubive koegzistencije različitih sudskih sistema između kojih nisu uspostavljeni hijerarhijski odnosi.<sup>5</sup> Privremena neusklađenost je neizbežna budući da dva različita pravna sistema nikada ne mogu da se razvijaju istim tempom odnosno paralelno. Stoga, kada ESLJP npr. izmeni tumačenje neke odredbe EKLJP, potrebno je izvesno vreme sve dok se pravni poredak Evropske unije (u daljem tekstu EU) ne prilagodi novonastaloj izmeni.<sup>6</sup> Privremenu neusaglašenost, po mišljenju ove grupe autora, ne bi trebalo smatrati negativnom i štetnom pojavom, budući da bi se na taj način, favorizovala koherentnost, na štetu pravne evolucije, što bi vodilo zatvaranju i zaustavljanju daljeg razvoja evropskog sistema zaštite ljudskih prava.<sup>7</sup>

Stanovištu o tolerisanju izvesnog stepena neusaglašenosti ne protivi se ni ESLJP u svojim novijim presudama u kojima primenjuje doktrinu ekvivalentne zaštite.

---

Ruling of the European Court of Human Rights: Fundamental Rights and Blurred Boundaries in Europe", *Human Rights Law Review*, vol. 6, no. 1, 2006, str. 112-113; J. Wetzel, (2003), str. 2822-2862; M. Varju, *On Divergence in European Human Rights Law - The European Convention on Human Rights and European Community Law - A Claim of Non-Divergence*, The University of Hull, 2008, str. 87; P. Drzemczewski, "The Council of Europe's position with respect to the EU Charter of Fundamental Rights", *Human Rights Law Journal*, vol. 22, no.1-4, 2001, str. 28-30.

<sup>5</sup> G. de Búrca, "Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, no. 3, 1993, str. 316; P-M. Dupuy, "The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1999, str. 797-798; S. Spelliscy, "The Proliferation of International Tribunals: A Chink in the Armor", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 40, no. 3, 2001, str. 155.

<sup>6</sup> U tom kontekstu Venecijanska komisija Saveta Evrope navodi u svom izveštaju da usled imanentnih razlika, razvoj ova dva sistema nije bio u potpunosti "paralelan". B. Venice Commission of the Council of Europe, "Draft Opinion on Implications of a Legally-Binding EU Charter of Fundamental Rights on Human Rights Protection in Europe", No. 256/2003, 10 October 2003, Strasbourg, para. 3.

<sup>7</sup> M. Varju, (2008), str. 19; A. von Bogdandy, "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", *Common Market Law Review*, vol. 37, no. 6, 2000, str. 1333.

Naime, ESLJP u svojoj dosadašnjoj praksi primene te doktrine toleriše izvestan stepen neusaglašene prakse dva suda koja, još uvek, nije tih razmera da bi vodila zaključku o "očiglednoj manjkavosti" zaštite koja se pruža u okviru EU.<sup>8</sup> Pitanje stvarnih razmera i pojava oblika neusaglašenosti ponovo je dobilo na aktuelnosti u kontekstu razmatranja opravdanosti uvođenja mehanizma pristupanja EU EKLJP, kao i na putu formulisanja optimalnih karakteristika datog mehanizma.

U okviru ovog rada biće predstavljeni pojava oblici i stvarne razmere neusklađenog tumačenja člana 6. EKLJP u jurisprudenciji dva suda, kao i sagledani međuticaji koji su dva suda ostvarili u cilju otklanjanja neusaglašenog tumačenja odredbi datog člana 6. EKLJP. Predstojeća analiza, dakle, ima za cilj da kroz sažeto evolutivno ispitivanje relevantne sudske prakse, koja se odnosi na predmete u kojima su nadnacionalni sudovi različito tumačili odredbe člana 6. EKLJP, pokaže da li oblici neusklađenog tumačenja prava na pravično suđenje u jurisprudenciji dva suda zaista predstavljaju istorijsku kategoriju ili je reč o problemu koji nije izgubio na aktuelnosti, nadživевši, dakle, dosadašnje reforme izvršene u okviru evropskog sistema zaštite ljudskih prava.

U evropskom poretku zaštite ljudskih prava prisutna je u izvesnoj meri i neusaglašena praksa dva suda u pogledu tumačenja člana 8. EKLJP kojim se jemči pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, člana 7. stava 1. EKLJP, koji se odnosi na načelo zabrane retroaktivnosti strože kazne, člana 4. Protokola br. 7. uz EKLJP, kojim se predviđa da niko ne može da bude suđen i kažnjen dva puta u istoj stvari, kao i primene člana 13. EKLJP kojim se jemči pravo na delotvoran pravni lek.<sup>9</sup> Međutim, na ovom mestu, analiza neusklađene jurisprudencije ograničava se na slučajeve u kojima su sudovi u određenim

---

<sup>8</sup> C. Costello, (2006), str. 103-111.

<sup>9</sup> V. npr. u pogledu različitih tumačenja čl. 7. st. 1. EKLJP para. 231. presude u predmetu br. 189/02, *Dansk Rørindustri and Others v. Commission of the European Communities*, od 28. juna 2005. godine, ECR 2005, I-5425 i para. 35. ranije citirane presude u predmetu *Michel Cantoni v. France*, navedeno prema K. Nordlander, "Joined Cases C-189/02 P, C-205/02 to C-208/02 P and C-213/02 P, *Dansk Rørindustri and others v. Commission*, judgment of the Court (Grand Chamber) of 28 June 2005, not yet reported", *Common Market Law Review*, vol. 43, no. 2, 2006, str. 571-582; R. R. Churchill, N. G. Foster, "Double Standards in Human Rights? The Treatment of Spanish Fishermen by the European Community", *European Law Review*, vol. 12, 1987, str. 430-443. Takođe, v. npr. u pogledu različitog tumačenja člana 4. Protokola br. 7. uz EKLJP presudu u predmetu br. 14/68, *Walt Wilhelm and Others v. Bundeskartellamt*, od 13. februara 1969. godine, ECR 1969, 1 i *Gradinger v. Austria*, predstavka br. 15963/90, presuda od 23. oktobra 1995, navedeno prema N. J. S. Lockhart, J. H. H. Weiler, (1995), str. 92.



periodima različito tumačili pravo na pravično suđenje garantovano članom 6. EKLJP.

## 2. Praksa neusklađenog tumačenja prava na pravično suđenje zajemčenog članom 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima

SP je u više predmeta<sup>10</sup> uporno ponavljao da podvrgava postupke koji se vode shodno pravu EU kontroli usklađenosti sa standardima člana 6. EKLJP, kojima se jemči pravo na pravično suđenje. Međutim, i pored toga, ukazivalo se u doktrini na slučajeve neusklađenih tumačenja dve različite komponente datog člana. Stoga se, najpre, pristupa analizi neusklađenih praksi, koja se javlja u pogledu tumačenja prava lica da ne inkriminiše samo sebe, a nakon toga i ispitivanju slučajeve neusklađenog tumačenja prava na akuzatorski postupak.

### 2.1. Neusklađena tumačenja prava lica da ne inkriminiše samo sebe kao komponente prava na pravično suđenje

Gledište SP u presudi u predmetu *Orkem*<sup>11</sup> je u suprotnosti sa kasnijim stavom Evropskog suda u predmetu *Funke*<sup>12</sup> u pogledu pružanja zaštite pravu lica da ne inkriminiše samo sebe.<sup>13</sup> Naime, SP je u presudi u predmetu *Orkem* odbio zahtev da primenom člana 6. EKLJP pruži zaštitu pravnom licu, čija je povreda prava da ne doprinosi vlastitoj optužbi bila istaknuta.<sup>14</sup> Naime, SP je u datom predmetu

<sup>10</sup> V. između ostalog, presudu u predmetu br. 374/87, *Orkem v. Commission*, od 18. oktobra 1989. godine, 3283, presudu u spojenim predmetima br. 238/99 P, 244/99 P, 245/99 P, 247/99 P, 250/99 P do 252/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij and others v. Commission*, od 15. oktobra 2002. godine, ECR 2002, I-8375, kao i presudu u predmetu br. 185/95, *Baustahlgewebe GmbH v. Commission of the European Communities*, od 17. decembra 1998. godine, ECR 1998, 08417.

<sup>11</sup> V. između ostalog, ranije citiranu presudu u predmetu br. 374/87, *Orkem v. Commission*.

<sup>12</sup> V. presudu u predmetu *Funke v. France*, predstavka br. 10828/84, presuda od 25. februara 1993. godine.

<sup>13</sup> Za potrebe ovog rada formulacije "pravo lica da ne inkriminiše samo sebe" i "pravo da ne doprinosi svojoj optužbi" imaju isto značenje. R. Lawson, (1994), str. 234; D. Curtin, "Constitutionalism in the European Community - The Right to Fair Procedures in Administrative Law", *Human Rights and Constitutional Law: Essays in Honour of Brian Walsh* (ed. J. O'Reilly), Round Hall Press, Dublin, 1992, str. 316-317.

<sup>14</sup> Značajno je napomenuti da je i pre presude u predmetu *Orkem*, SP u presudi u spojenim predmetima *Muzik Difusion Fransez* našao da se čl. 6. EKLJP ne primenjuje na Komisiju kada deluje u oblasti prava konkurencije, budući da Komisija ne može da se smatra sudom u smislu čl. 6. EKLJP. Data presuda je ocenjena "neusklađenom sa praksom Evropske komisije i ESLJP" u meri u kojoj se u njoj drži da se na Komisiju ne primenjuju odredbe čl. 6. EKLJP, kada postupa u oblasti prava konkurencije. V. presudu u spojenim predmetima br. 100-103/80, SA

utvrdio da dato pravo ne predstavlja nužnu komponentu prava na pravično suđenje u smislu člana 6. EKLJP.<sup>15</sup> Tačnije, SP nije našao da primoravanjem pravnog lica da otkrije i pruži podatke u toku preliminarne istrage, koji se dalje mogu upotrebiti kao dokaz protiv njega, dolazi do povrede člana 6. EKLJP.<sup>16</sup> Nasuprot tome, ESLJP je u presudi u predmetu *Funke*, zauzeo drugačiji stav, držeći da pravo lica da ne inkriminiše samo sebe predstavlja značajan aspekt prava na pravično suđenje koje se jemči članom 6. EKLJP.<sup>17</sup>

Presuda ESLJP nije uticala na dalju praksu SP u pogledu pružanja zaštite pravu lica da ne inkriminiše samo sebe. Naime, SP je i nakon presude ESLJP u predmetu *Funke* čvrsto ostao pri svom ranijem stanovištu uskraćivanja zaštite žrtvama povrede prava lica da ne inkriminišu sama sebe, odnosno da ne doprinose vlastitoj optužbi, odražavajući na taj način neusklađenu praksu dva suda po tom pitanju.<sup>18</sup>

Međutim, pre ishitrenog donošenja konačnog zaključka o potpunoj neusaglašenosti praksi po pitanju pružanja zaštite pravu lica da ne inkriminiše samo sebe, na ovom mestu potrebno je učiniti još nekoliko nužnih napomena, kojima se umanjuju razmere stvarne neusaglašenosti.<sup>19</sup>

Najpre, ESLJP se već u svojoj narednoj presudi u predmetu *Sanders*,<sup>20</sup> sa svojim rezonovanjem približio pristupu SP u predmetu *Orkem*, relativizujući na taj način svoj stav i umanjujući stepen stvarne neusaglašenosti.<sup>21</sup> Naime, dok je ESLJP u

---

*Musique Diffusion Francaise and Others v. Commission of the European Communities*, od 7. juna 1983. godine, ECR 1983, 1825; R. Lawson, "Human Rights Protection in Europe: The Court of Justice of the European Communities and the European Court of Human Rights", *Contemporary International Law Issues: Opportunities at a Time of Momentous Change* (ed. R. Lefeber), Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1994, str. 234.

<sup>15</sup> R. Lawson, (1994), str. 234; D. Curtin, (1992), str. 293-317.

<sup>16</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu br. 374/87, *Orkem v. Commission*, para. 34-35.

<sup>17</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu *Funke v. France*, para. 44.

<sup>18</sup> V. presudu u predmetu br. 34/93, *Société Générale v. Commission*, od 8. marta 1995. godine, ECR 1995, II-545; ranije citiranu presudu u spojenim predmetima br. 238/99 P, 244/99 P, 245/99 P, 247/99 P, 250/99 P do 252/99 P, *Limburgse Vinyl Maatschappij and others v. Commission*, od 15. oktobra 2002. godine, ECR 2002, I-8375; kao i presudu u predmetu br. 301/04 P, *Commission v. SGL Carbon AG*, od 29. juna 2006. godine, ECR 2006, I-5915 navedeno prema F. van den Berghe, "The EU and Issues of Human Rights Protection: Same Solutions to More Acute Problems?", *European Law Journal*, vol. 16, no. 2, 2010, str. 120.

<sup>19</sup> F. van den Berghe, str. 120.

<sup>20</sup> *Saunders v. UK*, predstavka br. 19187/91, presuda od 17. decembra 1996. godine.

<sup>21</sup> F. van den Berghe, str. 120.

predmetu *Funke* istakao da svako lice optuženo za krivično delo ima pored prava na ćutanje i pravo da ne doprinosi vlastitoj optužbi,<sup>22</sup> u predmetu *Sanders* je odstupio od tog stava ističući da se pravo lica da samo sebe ne inkriminiše prvenstveno odnosi na poštovanje volje okrivljenog lica da ćuti.<sup>23</sup> Drugim rečima, presudom u predmetu *Sanders* došlo je do ograničavanja sadržine datog prava, izričitim isticanjem da zaštita prava lica da samo sebe ne inkriminiše ne uključuje i zabranu korišćenja materijala koji bi se pod prinudom mogao dobiti od okrivljenog, ukoliko postoji nezavisno od njegove volje, kao što su, između ostalog, dokumenti dobijeni na osnovu naloga, rezultati alkokotesta, nalazi uzoraka krvi i urina i tkiva za DNK ispitivanja.<sup>24</sup> Dakle, sužavanje domašaja prava lica da ne inkriminiše samo sebe izvršeno presudom u predmetu *Sanders* svakako umanjuje razlike između dva suda u pogledu zaštite prava lica da ne inkriminiše samo sebe.

Nadalje, prilikom sagledavanja stvarnih razmera neusaglašenosti praksi po pitanju prava lica da ne inkriminiše samo sebe relevantno je i stanovište koje zastupa autorka Dajn (*Dine*), kojim se ističe neuporedivost praksi dva suda po ovom pitanju. Njihova neuporedivost pripisuje se, pre svega, činjenici da se dato pravo primenjuje u različitim sferama, odnosno da se domašaj datog prava na različit način određuje u njihovim porecima. Naime, dok ESLJP to pravo u načelu priznaje svakom licu optuženom za krivično delo, SP razmatra njegovu primenjivost u pogledu subjekata koji su podvrgnuti preliminarnoj istrazi zbog sumnje da su zabranjenim potezima narušili konkurenciju na tržištu.<sup>25</sup>

Stoga se zaključak o neusaglašenom tumačenju člana 6. EKLJP može izvesti jedino ukoliko se prethodno utvrdi da se preliminarna istraga koju preuzima Komisija u slučaju sumnji da se zabranjenim potezima narušava konkurencija na tržištu može smatrati "krivičnim" postupkom po svojoj prirodi. U tom kontekstu, autorka dalje ukazuje na neadekvatnost tvrdnje koja dominira u naučnim

---

<sup>22</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu *Funke v. France*, para. 44, navedeno prema K. Harbi, N. Mol, *Pravo na pravično suđenje, Vodič za primenu člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima*, br. 6, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2007, str. 85.

<sup>23</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu *Saunders v. UK*, para. 68-69, navedeno prema K. Harbi, N. Mol, (2007), str. 86.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> J. Dine, "Criminal Law and the Privilege Against Self-Incrimination", *The European Union Charter of Fundamental Rights* (eds. S. J. Peers, A. Ward), Hart Publishing, Oxford, 2004, str. 270-274.

krugovima da SP pruža slabiju zaštitu ovom pravu od ESLJP, bez prethodnog utvrđivanja da li se data vrsta preliminarne istrage može smatrati krivičnom.<sup>26</sup>

Međutim, pitanje da li se istrage koje preuzima Komisija u slučaju sumnji da se određenim potezima narušava konkurencija na tržištu mogu podvesti pod krivične postupke u smislu člana 6. EKLJP je kao kompleksno i kontroverzno podelilo stručnu i naučnu javnost.<sup>27</sup> Tako, na primer, dok određena grupa autora predvođena Grinom (*Green*) i Vilsom (*Wils*) smatra da se date kazne mogu smatrati krivičnopravnim ili bar kvazi-krivičnopravnim sankcijama, pojedine presude SP pružaju osnov za drugačije stanovište.<sup>28</sup> Prisutno je u naučnim krugovima i stanovište koje, između ostalog, zastupaju i npr. Harding (*Harding*) i Džoša (*Joshua*) kojim se tvrdi da komunitarni pravni poredak ne pruža jasan odgovor na to pitanje.<sup>29</sup>

Iako, novija sudska praksa SP takođe ne pruža direktan odgovor na sporno pitanje, u presudama se sve eksplicitnije ukazuje na "nekrivičnopravni" karakter preliminarnih istražnih postupaka kojima pribegava Komisija. Na prvom mestu, presuda u predmetu *Orkem*, nije doprinela razjašnjenju ove dileme, budući da se njome niti potvrđuje stanovište da datu preliminaru istragu treba tretirati kao krivični postupak, niti se njome isključuje takva mogućnost.<sup>30</sup> Slično tome, naknadna presuda u predmetu *Socijete Ženeral* ne pruža direktan odgovor, ali se njome bar unose izvesna preciziranja, isticanjem da pravo na odbranu, kao osnovno načelo, treba poštovati ne samo u administrativnim postupcima koji vode izricanju kazni, već i u toku preliminarnih istražnih postupaka koji mogu da budu odlučujući za utvrđivanje nezakonite prirode postupanja u koje su uključena pravna lica.<sup>31</sup> Specifičnost ovih presuda ogleda se u tome što se otvara mogućnost da se pravo odbrane prizna i kod preliminarnih istražnih postupaka,

---

<sup>26</sup> J. Dine, (2004), str 273.

<sup>27</sup> *Ibid.*, str 278.

<sup>28</sup> B. N. Green, "Evidence and Proof in EC Competition Cases", *Procedure and Enforcement in EC and US Competition Law* (eds. P. J. Slot et al.), Sweet and Maxwell, London, 1993, str. 129-130; W. P. J. Wils, "Self-Incrmination in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis", *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 26, no 4, 2003, str. 580-582.

<sup>29</sup> C. Harding, J. Joshua, *Regulating Cartels in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003, str. 173.

<sup>30</sup> Tačnije, u predmetu *Orkem* SP nije odbio mogućnost da se postupak u slučaju sumnje da je došlo do narušavanja konkurencije može smatrati kao da uključuje krivičnu optužbu. M. Varju, (2008), str. 233.

<sup>31</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu br. 34/93, *Société Générale v. Commission*, para. 3.

iako SP propušta da ih poistoveti sa postupcima koji imaju "krivičnopravni" karakter.

SP je, međutim, u svojim novijim presudama zauzeo eksplicitniji stav kojim se suprotstavlja viđenju o krivičnopravnoj prirodi preliminarnih istražnih postupaka. Naime, u presudama u predmetima *Tetra Pak*<sup>32</sup> i *Bolore*,<sup>33</sup> SP je utvrdio da kazne koje se izriču zbog kršenja pravila konkurencije nisu krivičnopravne prirode.

Odsustvo čvrstih argumenata koji bi svedočili u prilog sagledavanja datih preliminarnih postupaka Komisije kao "krivičnopravnih", otežava poređenje kvaliteta i nivoa zaštite koju dva suda pružaju pravu lica da ne inkriminiše samo sebe, budući da se za razliku od analiziranih presuda SP, relevantne presude ESLJP odnose na krivičnopravne postupke. Stoga, ne može se zaključiti da SP pruža slabiju zaštitu od ESLJP po tom pitanju.

Nasuprot tome, pojedini autori, čak idu korak dalje, ističući da SP u svojoj jurisprudenciji pruža jaču zaštitu datom pravu nego ESLJP. Oni taj zaključak zasnivaju, doduše, na veoma selektivnom uvidu i citiranju samo pojedinih delova iz presuda SP i ESLJP. Tako, u prilog superiornosti zaštite koju pruža SP, oni navode da SP nalazi da "se na član 6. [...] mogu pozivati preduzeća nad kojima se sprovodi istraga zbog sumnje da je određenom praksom došlo do narušavanja konkurencije na tržištu" i da je "neophodno da se spreči [da prava odbrane] budu nepovratno narušena u toku preliminarnih istražnih postupaka".<sup>34</sup> S druge strane, ESLJP je, nasuprot tome u predmetima *Sanders*<sup>35</sup> i *Fejd*,<sup>36</sup> našao da "zahtev da takva preliminarna istraga treba da bude podvrgnuta [...] članu 6. stavu 1. [EKLJP] bi u praksi neopravdano sprečio efikasno regulisanje u javnom interesu složenih finansijskih i komercijalnih aktivnosti".<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> V. presudu u predmetu br. 83/91, *Tetra Pak International SA v. Commission of the European Communities*, od 6. oktobra 1994. godine, ECR 1994, II-755, para. 235.

<sup>33</sup> V. presudu u spojenim predmetima br. 109, 118, 122, 125-126, 128-129, 132 i 136/02, *Bollorè SA and Others v. Commission of the European Communities*, od 26. aprila 2007. godine, ECR II-2007, 947, para. 86.

<sup>34</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu br. 374/87, *Orkem v. Commission*, para. 30 i 33.

<sup>35</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu *Saunders v. UK*.

<sup>36</sup> *Fayed v. UK*, predstavka br. 17101/90, presuda od 21. septembra 1994. godine.

<sup>37</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu *Saunders v. UK*, para. 67 i ranije citiranu presudu u predmetu *Fayed v. UK*, para. 62.

Umesto zalaženja u ocenu stvarnih razmera neusaglašenosti praksi dva suda po datom pitanju, potrebnije je, na ovom mestu, naglasiti nedovoljnu srodnost, pa samim tim i neuporedivost zaštite koja se pruža ovom pravu u okviru dva poretka.

Važno je imati u vidu da se pravo lica da ne inkriminiše samo sebe razvilo u komunitranom poretku u velikoj meri nezavisno od prava EKLJP.<sup>38</sup> Naime, niti formulacija člana 6. EKLJP, niti relevantna sudska praksa ESLJP daju osnov za tumačenje prema kojem bi se odredbama datog člana pružala zaštita pravnim licima koji su podvrgnuti istrazi, koja se sprovodi u slučaju sumnje da je narušena konkurencija.

Kao što je već napomenuto, osnovna specifičnost i inovativnost pristupa SP, počevši još od presuđivanja u predmetu *Orkem*, krije se u tome što se u njegovoj praksi počinje da razmatra, pa makar i samo načelna mogućnost da se pravu na odbranu, pa uz njega i pravu lica da ne inkriminiše samo sebe, pruži zaštita već u fazi preduzimanja preliminarne istrage. Stoga u jurisprudenciji SP, pravo lica da ne inkriminiše samo sebe nužno ne pretpostavlja postojanje optužbe.<sup>39</sup>

Iz svega ovoga može se zaključiti da dato pravo u dva sistema ima različite oblasti primene, kao i da je, u izvesnoj meri, prisutno neusaglašeno tumačenje dva suda. Međutim, s obzirom da se u odlukama dva suda presuđivalo o različitim aspektima tog prava, pitanje neusaglašenosti njihovih praksi u tom pogledu ima samo ograničeni značaj.

## **2.2. Neusklađena tumačenja prava na akuzatorski postupak kao komponente prava na pravično suđenje**

Neusaglašena jurisprudencija javlja se i u pogledu prava na akuzatorski postupak koji predstavlja komponentu prava na pravično suđenje. Pravo na akuzatorski postupak u načelu označava mogućnost da stranke u postupku, u krivičnim i građanskim stvarima, budu upoznate sa svim dokazima ili napomenama koji su priloženi u spisu i mogu da ih komentarišu.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> M. Varju, (2008), str. 232.

<sup>39</sup> *Ibid.*, str. 231.

<sup>40</sup> *Ruiz-Mateoz v. Spain*, predstavka br. 12952/87, presuda od 23. juna 1993, para. 63, navedeno prema K. Harbi, N. Mol, (2007), str. 88.

U naučnim i stručnim krugovima<sup>41</sup> prevladava shvatanje da se presudom u slučaju *Emesa Sugar*,<sup>42</sup> u kojoj je SP našao da opšti pravozastupnik vršenjem svojih ovlašćenja nije povredio član 6. EKLJP, odstupa od stava ESLJP u predmetu *Vermulen protiv Belgije*.<sup>43</sup> Iako shvatanje iz predmeta *Vermulen* nije usamljeno, već ga je ESLJP uporno ponavljao u nizu predmeta,<sup>44</sup> na ovom mestu će se najpre predstaviti različitost sudskih pristupa između presuda u predmetima *Emesa Sugar* i *Vermulen*, budući da je SP u predmetu *Emesa Sugar*, u svom rezonovanju posebnu pažnju posvetio analizi presude u predmetu *Vermulen*, da bi na kraju naveo razloge zbog kojih odstupa od iste.

U predmetu *Emesa Sugar*, pokrenuto je pitanje da li su član 18. Statuta i član 59. Poslovnika SP koji predviđaju da opšti pravozastupnik ima poslednju reč u usmenom postupku, protivni pravu na pravično suđenje koje se štiti članom 6. stav 1. EKLJP.<sup>45</sup> Tužiocu u datom postupku nije bila pružena mogućnost da se izjasni povodom mišljenja opšteg pravozastupnika.

Tužilac se u postupku izričito pozvao na presudu ESLJP u predmetu *Vermulen protiv Belgije*, u kojoj je ESLJP ustanovio povredu člana 6. stava 1. EKLJP zbog uskraćivanja mogućnosti davanja komentara na zaključke belgijskog opšteg pravobranioca pred Belgijskim kasacionim sudom. SP je, odgovarajući na iznete navode istakao da je u predmetu *Vermulen*, ESLJP našao "da je uskraćivanje

---

<sup>41</sup> L. Q. C. Goldsmith, "A Charter of Rights, Freedoms and Principles", *Common Market Law Review*, vol. 38, no. 5, 2001, str. 1206; R. Lawson, (2000), str. 990. Bomat (Beaumont) je tvrdio da se radi samo o neznatnoj suprotstavljenosti praksi ESLJP, koja je posledica krutog i tradicioinalnog razlikovanja kojem je pribegao SP. V. P. Beaumont, "Human Rights: Some Recent Developments and their Impact on Convergence and Divergence of Law in Europe", *Convergence and Divergence in European Public Law* (eds. P. Beaumont, C. Lyons, N. Walker), Hart Publishing, Oxford, 2002, str. 159.

<sup>42</sup> V. presuda u predmetu br. 17/98, *Emesa Sugar (Free Zone) NV v. Aruba*, od 8. februara 2000. godine, ECR 2000, I-675, para. 8.

<sup>43</sup> *Vermeulen v. Belgium*, predstavlka br. 19075/91, presuda od 20. februara 1996. godine.

<sup>44</sup> Presuda u predmetu *Lobo Makado* je doneta istog dana kada je doneta i presuda u predmetu *Vermulen*, ali u postupku u kojem se štite socijalna prava. V. *Lobo Machado v. Portugal*, predstavlka br. 15764/89, presuda od 20. 02. 1996; *Nideröst -Huber v. Switzerland*, predstavlka br. 18990/91, presuda od 18. februara 1997. godine; *Van Orshoven v. Belgium*, predstavlka br. 20122/92, presuda od 25. juna 1997. godine.

<sup>45</sup> B. Conforti, "Community Law and European Convention on Human Rights: A Quest for Coordination", *Man's Inhumanity to Man - Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (eds. L. C. Vohrah et al.), Kluwer Law International, The Hague, 2003, str. 222.

mogućnosti *Vermulenu* da se izjasni povodom podneska belgijskog opšteg pravobranioca pre kraja ročišta uzrokovalo povredu prava na akuzatorski postupak". SP dalje podseća da je ESLJP u datom predmetu utvrdio kršenje EKLJP, iako je pre toga istakao da opšti pravobranilac ima osnovnu dužnost da "pomogne Sudu u donošenju odluke i da proveri da li je sudska praksa usklađena" kao i da je ovu dužnost izvršio "potpuno nepristrasno". Iako se očekivalo da će nakon analize date prakse ESLJP, SP, baš poput ESLJP, utvrditi povredu EKLJP, on je, nasuprot tome, našao da je presuda u slučaju *Vermulen* neprimenjiva na ovaj slučaj, te da u datom slučaju nije došlo do povrede prava na akuzatorski postupak.<sup>46</sup>

Naime, SP je svoju odluku zasnovao na razgraničavanju funkcija opšteg pravozastupnika pred SP od belgijskog opšteg pravobranioca, isticanjem da za razliku od belgijskog opšteg pravobranioca, mandat opšteg pravozastupnika pred SP odlikuje potpuna nezavisnost i nepristrasnost.<sup>47</sup> Za razliku od belgijskog opšteg pravobranioca, opšti pravozastupnik nije predstavnik drugog organa, već član SP.<sup>48</sup> SP je, takođe ukazao da bi mogućnost davanja komentara na mišljenje opšteg pravozastupnika negativno uticala na dužinu trajanja postupka, budući da bi prevođenje tih komentara iziskivalo dopunsko vreme.<sup>49</sup>

Deo naučne misli je uputio oštre kritike razlikovanju izvršenom u predmetu *Emesa Sugar* zbog njegove nedovoljne uverljivosti.<sup>50</sup> Tako, na primer, iako Losn (*Lawson*) ne poriče specifičnost funkcije opšteg pravozastupnika pred SP, na prvom mestu, ističe da ne vidi suštinsku razliku između položaja opšteg pravozastupnika pred SP i nacionalnih pravobranilaca, koji postupaju pred najvišim sudovima Francuske, Belgije, Holandije, Portugalije i Italije. Naime, položaji ovih subjekata takođe se međusobno razlikuju od države do države, što, između ostalog, potvrđuju i njihovi različiti nazivi.<sup>51</sup> Međutim, te razlike nisu suštinske, budući da se u svakom slučaju radi o nezavisnim i nepristrasnim

---

<sup>46</sup> *Ibid.* str. 222-223.

<sup>47</sup> Belgijski opšti pravobranilac se u izvornom obliku naziva *avocat général*. V. H. C. Krüger, J. Polakiewicz, "Proposals for a Coherent Human Rights Protection System in Europe", *Human Rights Law Journal*, vol. 22, no. 1, 2001, str. 7.

<sup>48</sup> Odluka u predmetu br. 17/98, *Emesa Sugar v. Netherlands*, od 4. februara 2000, ECR 2000, I-665, para. 13-14.

<sup>49</sup> *Ibid.*, para. 17.

<sup>50</sup> B. Conforti, (2003), str. 223; R. Lawson, (2000), str. 987.

<sup>51</sup> U Holandiji se nazivaju *Procureur-Generaal*, u Portugalu *Abogado del Estado*, a u Francuskoj *Commissaire du Gouvernement*, itd. V. H. C. Krüger, J. Polakiewicz, (2001), str. 9.



subjektima koji podnose svoja mišljenja u cilju vršenja uticaja i pružanja saveta sudijama kod odlučivanja. Oni ne nastupaju u svojstvu zastupnika optužbe, već kao predstavnici javnih vlasti.<sup>52</sup>

Na drugom mestu, ističe se da čak i ako bi se prihvatila teza o postojanju suštinskih razlika između položaja ovih subjekata, na način izložen u *Emesa Sugaru*, takvo razlikovanje ne bi trebalo da utiče na primenu testa razvijenog u *Vermulenu*.<sup>53</sup> Naime, u *Vermulenu* ističe se da pravo na akuzatorski postupak pretpostavlja mogućnost za stranke u krivičnim ili građanskim postupcima "da budu upoznate sa svim dokazima i svim napomenama koje su podnete kako bi se uticalo na odluku suda".<sup>54</sup> Budući da je nesporno da mišljenje opšteg pravozastupnika svakako utiče na odluku SP, ostaje nejasno zbog čega SP nije uskraćivanje mogućnosti strankama da se izjasne povodom mišljenja opšteg pravozastupnika okarakterisao povredom prava na akuzatorski postupak.<sup>55</sup> Time je svakako odstupio od presude ESLJP u predmetu *Vermulen* u kojoj se, kao što je već istaknuto, jasno predviđa da pravo na akuzatorski postupak označava mogućnost stranaka "da budu upoznate sa svim dokazima i svim napomenama koje su podnete [...] u cilju vršenja uticaja na odluku suda".<sup>56</sup> Čini se da se razlikovanjem koje je SP učinio u presudi *Emesa Sugar*, ne pruža valjano obrazloženje za izvršeno odstupanje.<sup>57</sup>

Godinu dana nakon odlučivanja SP povodom predmeta *Emesa Sugar*, ESLJP je u presudi u predmetu *Kress* izvršio delimično odstupanje od rezonovanja koje je SP izložio u presudi u predmetu *Emesa Sugar*.<sup>58</sup> Naime, ESLJP je našao da uskraćivanje mogućnosti strankama da se izjasne povodom podnesaka francuskog državnog zastupnika u administrativnim postupcima pred Državnim savetom se ne može objasniti isključivo nezavisnošću i nepristrasnošću njegove pozicije.<sup>59</sup> Ova presuda ESLJP je značajna s obzirom da je opšti pravozastupnik obrazovan po uzoru na državnog zastupnika, te se stoga tvrdi da je ESLJP

---

<sup>52</sup> R. Lawson, (2000), str. 987.

<sup>53</sup> *Ibid.*, str. 988.

<sup>54</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu *Vermeulen v. Belgium*, para. 33.

<sup>55</sup> T. Lock, "A Critical Comment on the Accession of the EU to the ECHR", *Justice Journal*, vol. 8, no. 2, 2011, str. 18-19; R. Lawson, (2000), str. 988.

<sup>56</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu *Vermeulen v. Belgium*, para. 33.

<sup>57</sup> R. Lawson, (2000), str. 988; B. Conforti, (2003), str. 223.

<sup>58</sup> T. Lock, (2011a), str. 17.

<sup>59</sup> *Kress v. France*, predstavka br. 39594/98, presuda od 7. juna 2001, para. 71.

zauzimanjem prethodno izloženog stava implicitno odbio razlikovanje izvršeno u *Emesa Sugar*.<sup>60</sup> Međutim, i pored toga, ESLJP nije u datom slučaju ustanovio povredu člana 6. EKLJP po tom osnovu, budući da pred Državnim savetom postoji ustaljena praksa omogućavanja strankama da traže od državnog zastupnika da ukaže na osnovne elemente svojih podnesaka povodom kojih mogu da se izjasne putem memoranduma.<sup>61</sup>

SP je nakon toga potvrdio svoj stav iz predmeta *Emesa Sugar* u naredbi u predmetu *Vadenvereniging i Folgelbesermningvereniging*.<sup>62</sup> U datom slučaju holandski sud je uputio SP zahtev za dobijanje prethodnog mišljenja zbog toga što se pred njim kao sporno pojavilo pitanje tumačenja Direktive EU od 21. maja 1992. godine o konzervaciji prirodnih staništa i flore i faune.<sup>63</sup> Naime, udruženje Kokevister, je u toku postupka pred SP zahtevalo da mu se omogući da se izjasni povodom mišljenja opšteg pravozastupnika.<sup>64</sup> Bez pozivanja na presudu u predmetu *Kres*, SP je nastavio da razvija svoju argumentaciju prethodno izloženu u *Emesa Sugaru* koja se odnosi na razlikovanje postupka zaštite pred SP od postupka pred nacionalnim sudovima. Naime, on je ukazao da se članom 61. Poslovnika SP omogućava ponovno otvaranje usmene rasprave nakon davanja mišljenja opšteg pravozastupnika, te da je, dakle, strankama dostupno procesno sredstvo kojim se nadomešćuje odsustvo mogućnosti da komentarišu podneske opšteg pravozastupnika.<sup>65</sup> Zaključujući da izložena procesna rešenja onemogućavaju, po rečima SP, nastupanje povrede člana 6. EKLJP, SP je odbio zahtev koji je podnelo udruženje Kokevister a kojim je traženo da mu se omogući da se izjasni povodom mišljenja opšteg pravozastupnika.

---

<sup>60</sup> H. C. Krüger, J. Polakiewicz, (2001), str. 8-9.

<sup>61</sup> V. ranije citiranu presudu u predmetu *Kress v. France*, para. 75-87. Umesto toga, povreda čl. 6. EKLJP je u datom slučaju ustanovljena na osnovu činjenice da je francuski državni zastupnik bio prisutan tokom presuđivanja Državnog saveta.

<sup>62</sup> Data naredba nije objavljena ali se njeni izvodi navode u kasnijoj odluci ESLJP u predmetu *Kokkelvisserij v. Netherlands. V. Kokkelvisserij v. Netherlands*, predstavka br. 13645/05, odluka o prihvatljivosti od 20. januara 2009. godine; Naredba u predmetu br. 127/02 *Waddenvereniging and Vogelbeschermingsvereniging*, neobjavljena.

<sup>63</sup> Council Directive (EEC) 92/43 of 21 May 1992 on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, OJ L 206/7, 1992.

<sup>64</sup> T. Lock, "Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order", *Common Market Law Review*, vol. 48, no. 4, 2011, str. 1035.

<sup>65</sup> *Ibid.*

ESLJP je u svom sledećem predmetu *Kokevister protiv Holandije*,<sup>66</sup> koji je pokrenut nepunih godinu dana nakon okončanja slučaja *Vandenvereniging i Folgelbesermningvereniging* pred SP, sledio stav SP iz datog predmeta. Naime, u datom slučaju se u ulozi podnosioca predstavke ESLJP pojavilo udruženje Kokevister, navodeći da mu je onemogućavanjem da se izjasni povodom mišljenja opšteg pravozastupnika pred SP povređeno pravo na pravično suđenje garantovano članom 6. EKLJP.<sup>67</sup> Lok (*Lock*) ističe da je ESLJP u datom slučaju u potpunosti prihvatio stanovište SP, pre svega, zbog značaja argumenta o mogućnosti ponovnog otvaranja usmene rasprave.<sup>68</sup>

Međutim, navodi se da se ESLJP u svojoj presudi nije upuštao u iscrpnu analizu slučaja, već se ograničio jedino na ispitivanje da li je pružena zaštita bila "očigledno manjkava", kako bi zaključio da u konkretnom slučaju pružena zaštita "nije bila očigledno manjkava". Pre toga je utvrdio da bi se u datom slučaju navodna povreda EKLJP, ukoliko se dokaže, mogla pripisati Holandiji koja se pojavljuje u ulozi tužene države.<sup>69</sup> Tačnije, time je ukazano da se specifičnost datog slučaja ogledala u tome što je slučaj pred SP pokrenut zahtevom za dobijanje prethodnog mišljenja i da ta specifičnost povlači značajne posledice. Tako je, prema rečima ESLJP, bitno izvršiti razlikovanje između ovog slučaja i predmeta *Boivan*,<sup>70</sup> budući da je zahtev u predmetu *Kokevister* zasnovan na "intervenciji SP koja je aktivno tražena od nacionalnog suda u postupku koji je pred njim bio u toku". Stoga, ESLJP na osnovu izloženog tvrdi da se za razliku od predmeta *Boivan* u ovom slučaju nikako ne može "zaključiti da tužena strana nije ni na koji način bila uključena".<sup>71</sup>

Stoga, iako presuda ESLJP u predmetu *Kokevister protiv Holandije* nesumnjivo svedoči o postepenom ujednačavanju praksi dva suda po pitanju tumačenja prava na akuzatorski postupak, ostalo je otvoreno pitanje, da li će ESLJP

---

<sup>66</sup> V. ranije citiranu odluku u predmetu *Kokkelvisserij v. Netherlands*.

<sup>67</sup> C. M. J. Ryngaert, "The Responsibility of Member States in Connection with Acts of International Organizations: Assessing the Recent Case Law of the European Court of Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, no. 4, 2011, str. 1004.

<sup>68</sup> T. Lock, (2011b), str. 1035.

<sup>69</sup> T. Lock, "Beyond *Bosphorus*: The European Court of Human Rights' Case Law on the Responsibility of Member States of International Organizations under the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 10, no. 3, 2010, str. 543.

<sup>70</sup> *Boivin v. 34 Member States of the Council of Europe*, predstavka br. 73250/01, odluka o prihvatljivosti od 09. septembra 2008. godine.

<sup>71</sup> V. ranije citiranu odluku u predmetu *Kokkelvisserij v. Netherlands*, para. 3.

usklađeno rezonovanje takođe primeniti, u perspektivi, i u pogledu slučajeva kod kojih se kao predmet postupka pojave pitanja koja su prethodno bila procesuirana pred SP, na osnovu drugih procesnih sredstava, koji nužno ne zahtevaju aktivno učešće tužene države.<sup>72</sup>

### 3. Zaključak

Evolutivna analiza oblika neusklađenog tumačenja člana 6. EKLJP od strane dva suda, potvrđuje da problem neusaglašene prakse tumačenja datog člana ne predstavlja statičan koncept, već da je reč o konceptu koji je pretrpeo brojne modifikacije, prevashodno usled ostvarenih međuticaja između dva suda, koji su doprineli ujednačavanju tumačenja EKLJP od strane dva suda. Međutim, iako se radi o dinamičkom konceptu, izvršena analiza ukazuje da problem neusaglašenosti ne predstavlja istorijsku kategoriju, već da su izvesni oblici neusaglašenog tumačenja odredbi člana 6. EKLJP i dalje prisutni u praksi dva suda.

Za razliku od dominantnog stanovišta u pravnoj nauci, da pojava privremene neusklađenosti predstavlja neminovnost, koja nema štetne posledice po zaštitu ljudskih prava u okviru evropskog poretka, izvršena analiza govori u prilog drugačijeg zaključka. Naime, analiza neusklađene prakse dva suda u pogledu tumačenja člana 6. EKLJP potvrđuje da su i dalje ostala otvorena brojna pitanja, pre svega, pitanje domašaja prava lica da ne inkriminiše samo sebe u sistemu EU, kao i pitanje usaglašenosti prakse koja se odnosi na primenu prava na akuzatorski postupak. Postojeće neusaglašenosti i nedorečenosti svakako negativno utiču na pravnu sigurnost i pravnu jednakost u okviru evropskog poretka zaštite ljudskih prava i stoga zahtevaju dalje unapređivanje postojećih nadsudskih sistema, pre svega, kroz pažljivo konstruisanje i sprovođenje mehanizma pristupanja EU EKLJP.

---

<sup>72</sup> Npr. na osnovu tužbe za poništaj koja se podnosi shodno čl. 263. Ugovora o funkcionisanju EU. B. T. Lock, (2010), str. 543.

Vesna Ćorić\*

**The Inconsistent Interpretations of Article 6 of the European Convention on Human Rights in Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights**

**Summary**

The long-standing debate about the level of coherence between the case law of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of European Union with regard to interpretation and application of the European Convention on Human Rights significantly divided scholars and other professionals. In order to address one important segment of the given issue, this paper examines to what extent are case laws of two European courts consistent when it comes to the interpretation and application of the right to a fair trial, which is guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights.

**Keywords:** European Court of Human Rights, Court of Justice of the European Union, right on a fair trial, European Convention on Human Rights, inconsistent interpretations.

---

\* Scholar Associate, The Institute of Comparative Law, Belgrade.



Siniša Varga\*

UDK: 347.772(4-672EU)

str. 87-108.

## PREVARNI ZNAKOVI U PRAVU ŽIGA EVROPSKE UNIJE\*\*

### Apstrakt

*Da bi robni ili uslužni znak bio registrovan kao žig mora biti podesan za grafičko predstavljanje i razlikovanje istih ili sličnih roba i usluga različitih prodavaca. Međutim i kad su ovi uslovi ispunjeni, robni i uslužni znak neće biti registrovan ako za priznanje žiga postoje Zakonom propisane smetnje. Jedna od njih je prevarnost znaka. Znak je prevaran ako se njime u svesti potrošača koji čine relevantan deo javnosti stvara pogrešna predstava o vrsti, kvalitetu, geografskom poreklu i drugim okolnostima koje se odnose na robu i usluge za čije obeležavanje je znak prijavljen. U radu je analizirana administrativna i sudska praksa primene prava Evropske unije o prevarnom karakteru znakova sadržanih u prijavama za priznanje žiga.*

**Ključne reči:** pravo Evropske unije, robni i uslužni žigovi, apsolutne smetnje za priznanje žiga, prevarni znakovi.

---

\* Vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

\*\* Rad je napisan u okviru naučnog projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu: "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije", koji se finansira iz sredstava Fakulteta.

## 1. Uvod

Robni i uslužni znakovi su simboli koji se na tržištu koriste radi komunikacije prodavaca s jedne i kupaca, a naročito krajnjih potrošača, s druge strane. Predstavljaju sažeti izraz skupa informacija na osnovu kojih se odlučuje o kupovini. Pošto se robnim i uslužnim znacima deluje na svest potrošača, njima se ostvaruje psihološko dejstvo. Upravo zbog toga, zbog psihološkog dejstva robnih i uslužnih znakova, moguće ih je kreirati ili upotrebiti radi zbunjivanja potrošača o okolnostima bitnim za odluku o kupovini. Kreiranje ili upotreba robnih znakova u svrhu obmanjivanja kupaca protivno je javnom interesu, pa ne može biti tolerisano ni u pravu o žigovima u kojem postoji više pravnih normi kojima se sankcioniše stvaranje zabune u prometu. Tako se sa sprečavanjem stvaranja zabune u prometu počinje već u fazi registracije žigova. Naime, pravom žiga je izričito propisano da priznanje žiga za prevarni znak nije dopušteno. U pravu žiga Evropske unije to je predviđeno čl. 3(1)g Direktive o harmonizaciji prava država članica koje se odnosi na žigove<sup>1</sup> i čl. 7(1)g Uredbe o komunitarnom žigu.<sup>2</sup> Prevarni karakter znaka je u smislu ovih odredaba apsolutna smetnja za priznanje žiga.

Za primenu odredaba o prevarnom karakteru znaka kao apsolutnoj smetnji za priznanje žiga najvažnije je predvideti jasne kriterijume prema kojima se utvrđuje koji je znak prevaran, a koji ne. Osnovno pitanje koje se u vezi s tim postavlja jeste da li se prevarnost znaka određuje isključivo objektivno ili se ocena prevarnosti znaka vrši i prema: shvatanju, nameri, te tržišnom ponašanju podnosioca prijave i drugim subjektivnim faktorima. Drugo bitno pitanje je određenje okolnosti u pogledu kojih se u svesti potrošača stvara pogrešna predstava. Da li je za primenu odredbe o prevarnosti znaka kao apsolutne smetnje za priznanje žiga spisak tih okolnosti ograničen na okolnosti koje se isključivo tiču roba i usluga ili ne. S obzirom na navedeno, a imajući u vidu da se prevarnost znaka uvek utvrđuje prema shvatanju relevantnog dela javnosti,<sup>3</sup> u ovom radu ćemo prvo obraditi pojam prevarnog znaka, zatim ćemo pisati o okolnostima u pogledu kojih je prevarni karakter znaka kao smetnje za priznanje

---

<sup>1</sup> Directive (EC) No 95/2008 of the European Parliament and of the Council of 22<sup>nd</sup> October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ EU L 299 of 8<sup>th</sup> November 2008 (u daljem tekstu: Direktiva).

<sup>2</sup> Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26<sup>th</sup> February 2009 on the Community trade mark, OJ EU L 78 of 24<sup>th</sup> March 2009 (u daljem tekstu: Uredba).

<sup>3</sup> R 551/2006-2 (*Peracilin*) od 15. septembra 2006. godine, tač. 14.



žiga pravno relevantan, da bismo u trećem delu rada razmotrili odnos prevarnosti znaka i drugih apsolutnih smetnji za priznanje žiga.

## 2. Pojam prevarnog znaka

U pravu žiga Evropske unije jedino aktuelna prevarnost znaka ili postojanje dovoljno ozbiljnog rizika da potrošači budu prevareni, čini robni ili uslužni znak prevarnim.<sup>4</sup> To znači da je prevaran znak samo onaj robni ili uslužni znak koji je prevaran *per se*.<sup>5</sup> Prevaran *per se* je onaj robni ili uslužni znak koji se u prometu robe ili usluge za čije obeležavanje je namenjen ne može koristiti na način koji ne bi bio prevaran. Npr. znak *TITAN* je neotklonjivo prevaran za obeležavanje građevinskog materijala od nemetala iz klase 19 Ničanske klasifikacije,<sup>6</sup> kao i sve druge robe iz klase 6 Ničanske klasifikacije koja nije izrađena od titanijuma, niti ga sadrži.<sup>7</sup>

Dakle, prevarnim znakom smatra se znak koji je prevaran kao takav, pa su sve moguće komercijalne upotrebe takvog znaka, u odnosu na robu ili uslugu prijavljenu radi obeležavanja takvim znakom, prevarne. I obrnuto, ukoliko je moguća upotreba znaka koja nije prevarna, znak se ne smatra prevarnim.<sup>8</sup> Pošto se prevarnost znaka ocenjuje u odnosu na robu i usluge za čije obeležavanje je znak namenjen,<sup>9</sup> to znači da isti znak u odnosu na neke robe i usluge jeste, a u odnosu na druge robe i usluge nije prevaran. Tako je npr. žig *BREAKFAST PASTA*, prevaran za pirinač, tapioku i sago,<sup>10</sup> registrovan za: kafu, čaj, šećer, med, šećerni sirup, kvasac, so, senf, sirće i začine.<sup>11</sup> *Pink pomelo* je prevaran za sveže povrće, ali ne i za: kukuruz, žive životinje i ječmeni slad.<sup>12</sup> Iako prevaran za čaj i kakao, žig *White iced coffee* je priznat za obeležavanje: mesa, ribe i živine,

<sup>4</sup> J. Davis, *Intellectual Property Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 204.

<sup>5</sup> A. Michaels, A. Norris, *A Practical Approach to Trade Mark Law*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 41. Autori pojašnjavaju da je znak *per se* prevaran ako predstavlja realnu pretnju za nastanak zablude.

<sup>6</sup> R 789/2001-3 od 23. januara 2002. godine, tač. 26.

<sup>7</sup> *Ibid.*, tač. 28.

<sup>8</sup> C 3381 (*Rugby*) od 31. oktobra 2011, tač. 32.

<sup>9</sup> *Ibid.* Što su robe i usluge određenije prevarnost znaka je lakše ustanoviti. I obrnuto, što je spisak roba i usluga uopšteniji, teže je utvrditi da je znak prevaran.

<sup>10</sup> Tapioka i sago su tropske biljke.

<sup>11</sup> Appl. No. 010157808; odluka od 25. januara 2012. godine.

<sup>12</sup> Appl. No. 012314481; odluka od 19. februara 2014. godine. Pomelo je južno voće veoma slično grejfrutu.

konzerviranog, smrznutog, sušenog i kuvanog voća i povrća, jaja, mleka i mlečnih proizvoda.<sup>13</sup>

Ovako određenim pojmom prevarnog znaka nije obuhvaćena hipotetička zabluda. "To je jasan, objektivni test i ne zahteva ocenu verovatnoće da će zabluda nastati."<sup>14</sup> U tom smislu se u pravu žiga Evropske unije pravna norma o zabrani priznanja žiga za prevarni znak usko tumači.

Određenje prevarnog robnog ili uslužnog znaka kao inherentno prevarnog, ustanovljeno je u odluci Suda pravde Evropske unije (dalje u tekstu: ECJ) u predmetu *Gorgonzola*.<sup>15</sup> Odluka u predmetu *Gorgonzola* doneta je po zahtevu suda zemlje članice za odlučivanje po prethodnom pitanju. Spor je pred austrijskim sudom pokrenulo udruženje proizvođača sira *Gorgonzola* protiv titulara žiga *Cambozola* i veletrgovinskog preduzeća koje je u Austriji, u najvećoj meri, distribuiralo sir prvotuzenog. *Gorgonzola* je kremasti sir išaran plavom buđi. Ime je dobio po mestu proizvodnje. Nekadašnje selo, *Gorgonzola* je danas predgrađe Milana. Tuženi je žigom obeležavao meki plavi sir proizveden u Nemačkoj. U Austriji sir je počeo da prodaje 1977. godine.

Spor je pokrenut maja 1994. godine. *Gorgonzola* je kao ime porekla za sir ustanovljeno na osnovu tzv. Stresa konvencije iz 1951. godine.<sup>16</sup> U Austriji se Stresa konvencija primenjivala od 11. jula 1955. pa do 9. februara 1996. godine. Po prestanku važenja Stresa konvencije u Austriji, *Gorgonzola* je kao ime porekla za sir bilo zaštićeno na osnovu bilateralnog ugovora između Italije i Austrije zaključenog u Rimu 1. februara 1952, dopunjenog protokolom iz Beča od 17. decembra 1969. godine. Tuženi je za teritoriju Austrije žig stekao 7. aprila 1983. godine. *Gorgonzola* je kao ime porekla za sir na osnovu Uredbe br. 2081/92<sup>17</sup> ustanovljeno 21. juna 1996. godine. Iako su se svi bitni događaji u vezi sa ovim slučajem desili za vreme važenja Stresa konvencije na teritoriji Austrije, kao i bilateralnog međunarodnog ugovora Italije i Austrije, nacionalni sud 18. jula

---

<sup>13</sup> Appl. No. 010216372; odluka od 29. novembra 2011. godine.

<sup>14</sup> H. Mc Queen, C. Waelde, G. Laurie, *Contemporary Intellectual Property Law and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 601.

<sup>15</sup> C-87/97 *Gorgonzola* [1999] ECR I 1301, tač. 41.

<sup>16</sup> *Convention for the Use of Appellations of Origin and Denominations of cheeses*. Konvenciju su 1951. godine u italijanskom gradu Stresa potpisale: Francuska, Italija, Holandija i Švajcarska. Konvencija je stupila na snagu 1. septembra 1953. godine.

<sup>17</sup> *Council Regulation (EEC) No 2081/92 of 14<sup>th</sup> July 1992 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs* (OJ L 208 of 24<sup>th</sup> July 1992).

1996. godine upućuje *ECJ* zahtev za odlučivanje po prethodnom pitanju tražeći uputstvo o tumačenju odgovarajućih odredaba pozitivnog prava Evropske unije (*current state of Community law*). U odluci o prethodnom pitanju, *ECJ* je, između ostalog, pomenuo i odredbu o odnosu oznake geografskog porekla prema ranije registrovanom žigu sadržanu u čl. 14(2) Uredbe br. 2081/92 prema kojoj titular žiga može nastaviti sa korišćenjem stečenog prava ako je prijava robnog znaka podneta u dobroj veri pre utvrđenog datuma podnošenja prijave oznake geografskog porekla i ako nisu ispunjeni uslovi za poništaj ili prestanak žiga predviđeni posebno čl. 3(1)c i g i 12(2)g Prve direktive.<sup>18</sup> Razmatrajući mogućnost poništaja (ranijeg) žiga priznatog za prevarni znak utvrđeno je da takva odluka pretpostavlja postojanje stvarne prevare ili dovoljno ozbiljnog rizika da će potrošač biti prevaren.

Iako se slučaj *Gorgonzola* primarno odnosio na zaštitu registrovanog imena porekla, određenje pojma prevarnog znaka utvrđeno u ovom sudskom predmetu reafirmisano je u slučaju *Elizabeth Emanuel*,<sup>19</sup> prvom slučaju pred *ECJ* u kojem su predmet (odlučivanja o prethodnom pitanju) bile odredbe o nemogućnosti priznanja žiga za prevarni znak i o ukidanju registrovanog žiga zbog obmanjujućeg korišćenja tog žiga u prometu.

Inherentna prevarnost znaka znači da se namera korišćenja znaka ne utvrđuje.<sup>20</sup> Znak se smatra prevarnim onda kada je prevaran bez obzira na nameru podnosioca prijave. S tim u vezi ustanovljena je pravna pretpostavka da će podnosilac prijave žig koristiti u dobroj veri. Tako prijava znaka koji bi sadržao naziv zemlje, podneta od strane subjekta prava koji nema prebivalište ili sedište na teritoriji te države, ne bi bila odbijena po osnovu prevarnosti znaka na okolnost geografskog porekla, jer se pretpostavlja da će titular prava ovim znakom obeležavati robu proizvedenu u zemlji čiji je naziv sadržan u žigu.<sup>21</sup> Ukoliko se tokom upotrebe znaka dokaže drugačije, registrovani žig može biti ukinut, ali po nekom drugom pravnom osnovu. U svakom slučaju, ponašanje podnosioca prijave, pa makar to bila i prevarna reklama, ne čini robni ili uslužni

---

<sup>18</sup> *First Council Directive of 21<sup>st</sup> December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks* (L 40 of 11<sup>th</sup> February 1989).

<sup>19</sup> C-259/04 *Elizabeth Emanuel* [2006] ECR I 3089, tač. 47.

<sup>20</sup> "Podobnost znaka da bude prevaran utvrđuje se objektivno." (C. Wilson, *Intellectual Property Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Sweet and Maxwell, London, 2005, p. 51).

<sup>21</sup> "To što je podnosilac prijave iz Libana ne čini znak prevarnim ... kompanije koje se bave međunarodnom trgovinom slobodne su da smeste svoje sedište bilo gde." (R 1200/2013-5 (*Colombiano coffee house*) od 27. marta 2014. godine, tač. 41).

znak inherentno prevarnim.<sup>22</sup> Međutim, osnovano se može postaviti pitanje da li je dokazano obmanjujuće korišćenje znaka koji je predmet prijave pravno relevantno za primenu odredbe o prevarnim znacima? Naime, moguće je, pogotovo ako je podnosilac prijave iz neke od zemalja anglosaksonskog prava, da se znak koji je predmet prijave već koristi u prometu i da je to korišćenje u prometu obmanjujuće. To je npr. dokazano u slučaju *International Star Registry*.

*International Star Registry* je osnovao kanadski farmer *Ivor Downie*. Nakon što je izgubio kćerku, pokušao je da uspomenu na nju ovekoveči tako što bi izdejstvovao da neka od novootkrivenih zvezda bude nazvana po njoj. Pošto to nije mogao da postigne putem Međunarodne astronomske unije, zvanično ovlašćene međunarodne institucije za imenovanje nebeskih tela, osnovao je sopstveni registar zvezda i slavnima, visokim zvaničnicima i svima koji su tako hteli iskazati ljubav prema voljenima, uz naknadu ponudio uslugu imenovanja zvezda. U postupku je dokazano da je podnosilac prijave, subjekt privatnog prava, stvarao utisak da su imena zvezda koja su davana po imenima klijenata zvanično priznata. Tako je na svom veb sajtu na italijanskom jeziku naveo da je "*International Star Registry* američka organizacija ovlašćena da 'krsti' zvezde u celoj galaksiji. U tom smislu je moguće imenovanjem zvezde ovu posvetiti licu, paru, preduzeću ili stvari... Sva imena nadenuta zvezdama evidentirana su u Univerzalnom nebeskom registru deponovanom u Švajcarskoj gde ostaju permanentno registrovana." Reklamni materijal *International Star Registry* sadržao je izjavu NASA zvaničnika da je ideja imenovanja zvezda "veoma prigodna" (na stranici gde je tekst u kojem se imenovanje zvezde preporučuje kao spomen na bližnje koji više nisu među živima), kao i navod da vodič, koji se u slučaju imenovanja zvezde dobija uz sertifikat i mapu sazvežđa sa koordinatama zvezde, priprema dr *James Rickard*, član Međunarodne astronomske unije. Zbog svega ovoga je u SAD protiv *International Star Registry* reagovao komesar za zaštitu potrošača.

U ovom slučaju je obmanjujuće korišćenje znaka uzeto u obzir, kao "otežavajuća okolnost", jer je znak inherentno prevaran pošto se njime kao takvim stvara zabluda da se radi o službenom registru zvezda. Ali šta ako se dokaže obmanjujuća upotreba znaka koji nije sam po sebi prevaran? S jedne strane, smatra se da žigovi čije je korišćenje obmanjujuće nikad ne bi bili registrovani, da je namera obmanjujućeg korišćenja tog znaka bila prezentovana prilikom

---

<sup>22</sup> R 468/1999-1 (*International Star Registry*) od 4. aprila 2001. godine, tač. 29.

prijavljivanja.<sup>23</sup> S druge strane, samo se znak koji je stvarno i objektivno prevaran smatra prevarnim znakom. Ukoliko znak nije inherentno prevaran on se, bez obzira na nameru podnosioca prijave, može koristiti i na način koji nije prevaran. Zato se u slučajevima obmanjujuće upotrebe znaka kojem nije svojstvena prevarnost, zahtev za priznanje žiga ne može odbiti po osnovu odredbe o prevarnom karakteru znaka kao smetnji za priznanje žiga. Iako razmatranje o tome koja bi se odredba u tom slučaju primenila nije obuhvaćeno temom ovog rada, slobodni smo izneti mišljenje kako bi u ovakvim slučajevima osnov za odbijanje zahteva za priznanje žiga mogla biti odredba o podnošenju prijave znaka u zloj veri iz čl. 3(2)d Direktive,<sup>24</sup> pošto je prijava podneta u nameri da se za nepoštenu poslovnu praksu ishoduje pravno priznanje i sudska zaštita. Za materiju komunitarnog žiga je u tom smislu relevantan čl. 52(1)b Uredbe gde je prijava znaka u zloj veri predviđena kao osnov za poništaj žiga.

Mada se u pravu žiga EU prevarnim smatra stvarno, a ne hipotetički prevaran znak, ako je "prevara" očigledna - znak nije nepodoban za registraciju.<sup>25</sup> Tako je znak *Choc-o-laté* registrovan za: jestiva biljna ulja i biljne masti,<sup>26</sup> *Gumboots* za: odeću i pokrivala za glavu,<sup>27</sup> *Wine oh*<sup>28</sup> za kompjutere, hardver i softver. S tim u vezi postavlja se pitanje osnovanosti odluke donesene u slučaju *Hot pants*.<sup>29</sup> Zahtev za priznanje komunitarnog žiga je odbijen iako se uski šortsevi vidno razlikuju od srednje dugih sportskih šortseva, dokolenica i donjih delova trenerki za čije obeležavanje je znak bio prijavljen. Razlog može biti shvatanje da, kad je u pitanju očiglednost prevarnosti znaka u odnosu na vrstu robe, što su, između ostalog, robe i usluge raznorodnije u odnosu na značenje prijavljenog znaka, to je očiglednost prevarnosti odn. fantastičnost reči lakše dokazati (npr. *apple* - kompjuteri). Šortsevi i trenerke su odevni predmeti i kao sportska oprema (uske šortseve koriste npr. biciklisti) po nameni su veoma bliski. Kad su u pitanju karakteristike roba i usluga to ne mora da bude tako, pa se navođenje svojstva

---

<sup>23</sup> P. Torremans, *Intellectual Property Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 429.

<sup>24</sup> Zla vera kao razlog za odbijanje zahteva za priznanje žiga inkorporirana je u zakonodavstvo 27 država članica EU (A. Rački Marinković, Žigovi prijavljeni u zloj veri u hrvatskom pravu i u pravu Europske unije, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 2-3/2009, str. 320).

<sup>25</sup> L. Bentley, B. Sherman, *Intellectual Property Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 844.

<sup>26</sup> Appl. No. 005360722; odluka od 21. novembra 2007. godine.

<sup>27</sup> Appl. No 003564457; odluka od 5. jula 2005. godine.

<sup>28</sup> R 1074/2005-4; odluka od 7. marta 2006. godine.

<sup>29</sup> Appl. No. 011050689; odluka od 18. decembra 2012. godine.

robe koje je očigledno lažno ipak smatra prevarnim. Tako je npr. znak kojim se nesumnjivo indicira boja - *Chalk paint* - prevaran za bezbojni lak.<sup>30</sup> Naime, "iskaz o karakteristikama robe mora biti istinit, jer u suprotnom potrošač može biti prevaren".<sup>31</sup> Time se može objasniti odbijanje zahteva za priznanje komunitarnog žiga za znak *Wireless* za obeležavanje klasičnih (*wired*) fiksnih telefona iako je očigledno da ovi telefoni nisu bežični.<sup>32</sup> Ipak, jedan od najupečatljivijih primera je odluka *OHIM*-a po prijavi znaka *Power strip* u kojoj je navedeno da bi čak i profesionalci bili zbunjeni kad bi na ambalaži za svetleće diode, *LED* lampe i *LED* sijalice videli ovaj znak, s obzirom da se uvezivanje *LED* komponenata u električno kolo ne vrši pomoću električnog gajtana (niti utičnica u slučaju da se *power strip* shvata kao izraz za produžni kabel).<sup>33</sup> Prema tome, znak ostaje prevaran kad je objektivni iskaz o karakteristikama roba i usluga u izrazitom kontrastu prema realnosti sadržanoj u spisku roba i usluga.<sup>34</sup>

Za ocenu znaka kao prevarnog nije bitno to što je znak već registrovan u nekoj od država unutar ili izvan Evropske unije. Ovo stoga što se nacionalnim zakonima prevarni karakter znaka kao smetnja za priznanje žiga propisuje kako bi se sprečilo stvaranje zabune na domaćem, ali ne i na inostranom ili zajedničkom tržištu.

### 3. Okolnosti u pogledu kojih se u svesti potrošača stvara zabluda

U određenju prevarnog znaka u pravu Evropske unije navedene su okolnosti u pogledu kojih nije dopušteno relevantan deo javnosti dovoditi u zabludu. To je, pre svega, informacija o vrsti robe. Tako je u praksi *OHIM*-a utvrđeno da su prevarni sledeći znakovi: *I love olive* za sušeno voće i povrće,<sup>35</sup> *est CREAM SODA FLAVOR* za voćne sokove i sokove sa aromom južnog voća,<sup>36</sup> *Summer sky* za Afrički ljiljan (*agapanthus*),<sup>37</sup> *Pea protein* za riblje ulje,<sup>38</sup> *Mistelle* za pivo, voćne

---

<sup>30</sup> Appl. No. 011832367; odluka od 8. aprila 2014. godine.

<sup>31</sup> R 888/2006-4; odluka od 18. oktobra 2006. godine, tač. 27.

<sup>32</sup> Appl. No. 008514028; odluka od 16. septembra 2010. godine.

<sup>33</sup> R 827/2010-2; odluka od 15. februara 2011. godine, tač. 36 i 37.

<sup>34</sup> C 3381 (*Rugby*) od 31. oktobra 2011. godine, tač. 32.

<sup>35</sup> Appl. No. 012218491; odluka od 12. marta 2014. godine.

<sup>36</sup> Appl. No. 011958287; odluka od 29. novembra 2013. godine. *Cream Soda* je gazirano bezalkoholno piće sa aromom vanile.

<sup>37</sup> Appl. No. 011002111; odluka od 30. avgusta 2013. godine. Ispitivač je utvrdio da je znak prevaran jer je *Summer sky* naziv za hibrid Geranijuma i *Agastache*.

<sup>38</sup> Appl. No. 011689379; odluka od 28. juna 2013. godine.

sokove, bezalkoholna pića i mineralne vode,<sup>39</sup> *GIN and TEA* za (druga) bezalkoholna pića, voćne sokove, voćne sirupe i ostale preparate za pravljenje sokova,<sup>40</sup> *Twist ice tray* za neonske lampe,<sup>41</sup> *Edamame* za meso,<sup>42</sup> *Radical skin care* za sredstva i supstance za veš, čišćenje, poliranje, ispiranje i struganje (abraziju),<sup>43</sup> *Toute la richesse des meilleurs thés du monde* za aparate za zagrevanje mleka i kuvanje kafe, delove i komponente ovih aparata, filtere, kertridže i električne cediljke,<sup>44</sup> *Soy dream* za pića na bazi kokosa,<sup>45</sup> *Williams* za piva, mineralne i gazirane vode i druga bezalkoholna pića,<sup>46</sup> *Rock Shandy* za pića sa niskim sadržajem alkohola,<sup>47</sup> *Choc-o-laté* za mešana mlečna pića, a pogotovo aromatizovano mleko i mleko obogaćeno kofeinom, prerađene bademe i lešnike, a pogotovo džemove, voćna punjenja i voćni žele, hleb, pecivo, namaze od jezgrastog voća, kolače sa lešnikom i praline,<sup>48</sup> *Biocoal* za dizel,<sup>49</sup> *JUS* za alkoholna pića,<sup>50</sup> *Eau de vie* za flaširanu, mineralnu, banjsku i izvorsku vodu,<sup>51</sup> *Chipotle* za hranu pripremljenu od mesa, svinjetine, ribe i živinskog mesa, konzerviranog i

---

<sup>39</sup> Appl. No. 011596699; odluka od 25. juna 2013. godine. Mistel je "groždani sok u kome je prekinuta fermentacija dodavanjem alkohola tako da je koncentracija neprevrelog šećera izuzetno visoka. Pošto je mistel izuzetno sladak koristi se uglavnom kao baza za aperitive, posebno za vermut". (<http://www.creativeartmagazine.rs/Vinski%20recnik.html>, pristupljeno oktobra 2014. godine).

<sup>40</sup> Appl. No. 10 198 241; odluka od 26. januara 2012. godine.

<sup>41</sup> Tj. uređaje za osvetljavanje, proizvodnju pare, grejanje i kuvanje iz klase 11 Ničanske klasifikacije. Appl. No. 10 308 237; odluka od 25. januara 2012. godine. *Ice tray* je posuda za led.

<sup>42</sup> Appl. No. 009957267; odluka od 28. septembra 2011. godine. Edamame je japanska reč za zelenu (nezrelu) soju u mahuni.

<sup>43</sup> Appl. No. 9455081; odluka od 04. maja 2011. godine.

<sup>44</sup> Appl. No. 9083106; odluka od 17. avgusta 2010. godine. Izraz *Toute la richesse des meilleurs thés du monde* odnosi se na najbolje svetske čajeve.

<sup>45</sup> Appl. No. 012514592; odluka od 30. aprila 2014. godine.

<sup>46</sup> Appl. No. 008289481; odluka od 09. marta 2010. godine. *Williams* tj. Viljamovka.

<sup>47</sup> Appl. No. 008479669; odluka od 13. novembra 2009. godine. *Rock Shandy* je naziv koji se u Irskoj koristi za gazirano bezalkoholno piće napravljeno od jednake količine soka od pomorandže i limuna.

<sup>48</sup> Praline su glatka slatka supstanca koja se pravi kuvanjem oraha u šećeru i mlevenjem tako nastale mešavine, a služi kao punjenje za čokolade.

<sup>49</sup> Appl. No. 005455191; odluka od 14. maja 2007. godine.

<sup>50</sup> Appl. No. 005654967; odluka od 14. maja 2007. godine.

<sup>51</sup> Appl. No. 005226113; odluka od 14. februara 2007. godine. *Eau de vie* je francuska reč za rakiju.

kuvanog voća, jaja, sir, deserte, sendviče sa mesom, keks, hleb, kolače, senf, ovsenu kašu i peciva.<sup>52</sup>

Kad je reč o oznakama kojima se u svesti potrošača stvara pogrešna predstava o vrsti robe, posebna pažnja se u Evropskoj uniji poklanja sprečavanju prevarnog označavanja vina. Sprečavanje prevarnog označavanja vina u Evropskoj uniji je posebno regulisano Uredbom o zajedničkoj organizaciji tržišta vina.<sup>53</sup>

Često se prevarnost odnosi na karakteristike, a pogotovo na sastav, pa i namenu robe za čije obeležavanje je znak predviđen. Tako je *OHIM* kao prevarne ocenio sledeće znakove: *Optique*<sup>54</sup> za slušne aparate, uređaje i instrumente, maloprodaju ovih uređaja i opreme i zdravstvene usluge koje nisu u vezi sa optikom, vidom i zdravstvenom negom očiju, *Micro-mesh*<sup>55</sup> za abrazive koji ne sadrže mrežice, niti bilo kakav drugi tkani ili pleteni materijal, *Relaxin*<sup>56</sup> za nutricionalne dodatke ishrani životinja i hranu za životinje koji ne sadrže ovaj hormon, *Buffered Creatine*<sup>57</sup> prijavljen za dijetetske i dijetalne proizvode koji se odnose, ali nisu ograničeni, na preparate koji sadrže kreatin, *Purely cotton*<sup>58</sup> za papir, toaletni papir, papirne maramice, papirne ubruse i salvete, *Lisicon*<sup>59</sup> za hemikalije koje se koriste u industriji i nauci, a ne sadrže jone litijuma, *Sonic alert*<sup>60</sup> za vizuelne uzbunjivače, satove sa svetlosnim i/ili vibracionim efektom i sve druge alarme i detektore iz klase 9 i 14 Ničanske klasifikacije koji ne proizvode zvuk, *Relay*<sup>61</sup> za gasne turbine i elisno-mlazne motore koji ne sadrže elektromagnetne prekidače.

---

<sup>52</sup> Appl. No. 003288222; odluka od 01. februara 2006. godine. *Chipotle* je u Meksiku generičan izraz za konzervirano i kuvano povrće.

<sup>53</sup> Council Regulation (EC) No 1493/1999 of 17/5/1999 on the common organization of the market in wine (OJ EC L 179 of 14/07/1999, p. 1). Na opisivanje, označavanje i predstavljanje vina se odnosi deo II ove uredbe (čl. 47-53) i aneksi VII i VIII. Izričita zabrana korišćenja lažnih i zbunjujućih indikacija za vino propisana je čl. 48 ove Uredbe.

<sup>54</sup> Appl. No 012145926; odluka od 6. februara 2014. godine.

<sup>55</sup> Appl. No 012023917; odluka od 20. decembra 2013. godine.

<sup>56</sup> Appl. No 009493693; odluka od 30. maja 2011.

<sup>57</sup> Appl. No 006022371; odluka od 6. novembra 2007. godine. Reč *buffered* se u medicini odnosi na lekove koji služe za ublažavanje stomaćnih tegoba, a *creatin* je jedinjenje koje proizvodi telo radi skladištenja energije u obliku molekula fosfata.

<sup>58</sup> Appl. No 003693231; odluka od 17. februara 2005. godine.

<sup>59</sup> R 675/2007-1; odluka od 31. januara 2008. godine. *Lisicon* je litijum jonski provodnik.

<sup>60</sup> R 2341/2011-2; odluka od 31. avgusta 2012. godine.

<sup>61</sup> R 186/2012-2; odluka od 17. juna 2013. godine.



Preduslov za utvrđenje prevarnosti znaka na okolnost karakteristika roba i usluga za čije obeležavanje je znak prijavljen je da je iskaz o svojstvima tih roba i usluga "dovoljno specifičan".<sup>62</sup> "Znak koji je samo sugestivan, ne može biti prevaran."<sup>63</sup> Tako je npr. znak *Wine oh* priznat kao žig za usluge obezbeđenja hrane i pića, dok je znak *Armadillo*, iako se može shvatiti kao nagoveštaj za materijal od kojeg je roba napravljena, ipak priznat kao žig za ćebad i pokrivače,<sup>64</sup> jer asocijacija na sirovinski sastav robe nije prisutna u tolikoj meri da znak čini prevarnim.

Posebna pažnja se mora obratiti prilikom prijave znakova koji sadrže izraze kao što su bio i eko. Pomenuti izrazi se, kada se koriste za obeležavanje poljoprivrednih proizvoda, sami ili u kombinaciji (pre svega kao prefiksi), na osnovu čl. 23 Uredbe o organskoj proizvodnji,<sup>65</sup> mogu koristiti za obeležavanje samo onih proizvoda koji se smatraju ekološkim. U suprotnom, ako poljoprivredna proizvodnja označenog proizvoda nije organizovana po pravilima organske proizvodnje, korišćenje ovih reči smatra se prevarnim.

Bitna okolnost za odluku o kupovini je geografsko poreklo robe. Najčešće pominjan primer prevarnosti po pitanju geografskog porekla robe je znak *Arcadia*<sup>66</sup> za vina iz Italije. Iz istog razloga je, osim za lampe, delove i pribor za njih, odbijena registracija znaka *Sheffield* za obeležavanje proizvoda od metala.<sup>67</sup> Da bi znak bio prevaran u odnosu na geografsko poreklo robe, prvo, potrošači moraju percepirati znak kao upućivanje na geografsko područje. Ako to nije slučaj, kao u predmetu *La Martina*,<sup>68</sup> žig se ne smatra prevarnim. Drugo, čak i da nema sumnje o geografskom značenju izraza, ako je to naziv geografskog područja na kojem se ne može obavljati privredna delatnost, odn. proizvodnja

---

<sup>62</sup> R 124/2004-4 (*I.T.@ Manpower*) od 5. aprila 2005. godine, tač. 18.

<sup>63</sup> R 314/2002-1 (*Metaljacket*) od 23. oktobra 2002. godine, tač. 15.

<sup>64</sup> R 167/2002-4 od 19. marta 2003. godine. *Armadillo* je gušter koji živi na američkom kontinentu čija se koža naročito koristi za proizvodnju kaubojskih čizama.

<sup>65</sup> Council Regulation (EC) No 834/2007 of 28th June 2007 on organic production and labeling of organic products and repealing Regulation (EEC) No 2092/91 (OJ L 189, 20.07.2007, p. 1). Označavanje ekoloških proizvoda regulisano je odredbama sadržanim u glavi IV ove Uredbe (čl. 23-26).

<sup>66</sup> R 246/1999-1 od 27. marta 2000. godine. Arkadija je region u Grčkoj, na Peloponezu, poznat po proizvodnji vina.

<sup>67</sup> Appl. No. 002434553; odluka od 13. jula 2004. godine. Šefild je mesto u Južnom Jorkširu svetski poznato po proizvodima od čelika i srebrnom escajgu.

<sup>68</sup> R 20/2006-1 od 18. aprila 2007. godine.

roba i pružanje usluga za čije obeležavanje je znak namenjen, kao u slučaju *Great China Wall*,<sup>69</sup> žig se ne smatra prevarnim.

Ponekad su znakovi prevarni u odnosu na više okolnosti. Npr. znak *Tequilero*, prijavljen za vina i likere, prevaran je i po pitanju vrste robe i po pitanju geografskog porekla.<sup>70</sup> dok je oznaka *Armagnac* prijavljena za obeležavanje pića koja nisu niti sadrže Armanjak, osim na okolnost geografskog porekla, prevarna i na okolnost vrste i na okolnost sastava odn. karakteristika robe.<sup>71</sup>

Znak može biti prevaran i u odnosu na druge okolnosti koje nisu izričito navedene u odredbi 7(1)g Uredbe odn. 3(1)g Direktive uključujući i cenu,<sup>72</sup> pa se postavlja pitanje da li se znak smatra prevarnim ako je prevaran u odnosu na izvor iz koga robe i usluge potiču. Odgovor je odričan. Sve okolnosti u pogledu kojih znak može biti prevaran ograničene su na robu i usluge (vrsta, količina, kvalitet, namena, mesto proizvodnje itd). Zabuna u pogledu trgovačkog porekla roba i usluga odnosi se na tuđe subjektivno pravo. Zbog toga se zabuna u odnosu na pravnog subjekta od koga roba i usluga potiču, rešava po pravilima o relativnim smetnjama za priznanje žiga.<sup>73</sup>

Graničan slučaj predstavljaju žigovi koji sadrže lično ime. Tim žigovima se može osim na subjekta od kojeg potiče obeležena roba ili usluga ukazivati i na kvalitet obeležene robe i usluge, ako je to ime osobe koja je poznata po umeću u vezi sa izradom robe ili pružanjem usluge. Ovo se kao pitanje pojavilo i u slučaju *Elizabeth Emanuel*. Elizabet Emanuel je slavu svetski poznatog modnog dizajnera stekla time što je odabrana da dizajnira venčanicu princeze Dajane. Međutim, to što je neko čak i vrhunski stručnjak u svojoj profesiji ne znači da je vešt

---

<sup>69</sup> R 281-2009-1; odluka od 26. januara 2010. godine. Žig je priznat za obeležavanje proizvoda od kože i imitacije kože, čaršava za krevete i stolove i odeće. Podnet je predlog za poništaj žiga koji je odbijen. Protiv odluke o odbijanju predloga za poništaj registrovanog žiga podneta je žalba koja je ovom odlukom odbijena. Protiv ove odluke je podneta tužba Sudu opšte nadležnosti Evropske unije. U momentu pisanja ovog rada o ovoj pravnoj stvari još nije presuđeno.

<sup>70</sup> R 333/2009-1; odluka od 29. aprila 2010. godine, tač. 52.

<sup>71</sup> Appl. No 011585635; odluka od 14. marta 2013. godine. Armanjak je koncentrisano piće - destilisano vino (*brandy*) koje se proizvodi u jugozapadnoj Francuskoj. Pravni status imena porekla datira iz 1936. godine.

<sup>72</sup> R 511/2008-1 (*50 cent*) od 4. jula 2008. godine. U tački 22 ove odluke navedeno je da navod o ceni ne čini znak prevarnim ako publika cenu ne percipira kao realnu.

<sup>73</sup> Tako i D. Bainbridge, *Intellectual Property*, 6<sup>th</sup> ed., Pearson Education Limited, Harlow, 2007, p. 622.

biznismen. Pošto je nekoliko privrednu delatnost obavljala samostalno, Elizabet Emanuel je 1996. godine, u cilju obezbeđenja finansijske podrške, sa *Hamlet International plc.* zaključila ugovor o osnivanju zajedničkog preduzeća *Elizabeth Emanuel plc.* u koje je kao udeo unela svu svoju poslovnu imovinu uključujući i pravo iz prijave žiga koji se sastojao od njenog imena i prezimena i heraldičkog simbola nacrtanog iznad verbalnog dela znaka, na sredini. Finansijski problemi nisu prestajali pa je Elizabet Emanuel prodala svoj udeo, uključujući i u međuvremenu registrovan žig, preduzeću *Frostprint* koje menja naziv u *Elizabeth Emanuel International Ltd* i postaje njen poslodavac. Elizabet je ubrzo dala otkaz, a žig koji je sadržao njeno ime biva nakon toga prenet na *Oakridge Trading Ltd.* koji podnosi zahtev za priznanje žiga za znak *Elizabeth Emanuel*, verbalni, u uobičajenom fontu, bez heraldičkog simbola. Elizabet reaguje tako što podnosi zahtev za opoziv verbalnog žiga, koji sadrži njeno ime. Osim toga, zahteva i prestanak žiga koji joj je svojevremeno priznat, a koji je ona kasnije ustupila uz naknadu. Zahtevi su se zasnivali na tvrdnji da su žigovi, koji su u međuvremenu preneseni na *Continental Shelf 128 Ltd.*, postali prevarni jer ona više nije ni u pravnoj ni u faktičkoj vezi sa proizvođačima robe koja se obeležava žigom koji sadrži njeno ime. Oba zahteva su u prvom stepenu odbijena. U odlukama je navedeno da su potrošači, imajući u vidu okolnosti konkretnog slučaja, zaista dovedeni u zabunu, ali da to nije protivzakonito i da predstavlja neizbežnu posledicu otuđenja celokupne imovine preduzeća koje je nekad vodila Elizabet Emanuel, uključujući i *goodwill*. Elizabet je podnela žalbu. Pre odlučivanja o žalbi, Evropskom sudu pravde je podnet zahtev za odlučivanje o prethodnom pitanju u vezi sa tumačenjem čl. 3(1)g (prevarnost znaka kao smetnja za priznanje žiga) i čl. 12(2)b (ukidanje žiga koji inače nije prevaran, ali se koristi na prevaran način) Prve direktive. U zahtevu je precizirano da je žig prenet zajedno sa preduzećem; da je pre prenosa značajan deo relevantne javnosti znao da prenosilac kreira robu obeleženu žigom, a da nakon prenosa žiga i podnošenja prijave novog žiga veći deo te iste javnosti pogrešno veruje da ustupilac prava još uvek kreira robu obeleženu žigom koji sadrži njeno ime, a to ih verovatno može motivisati pri donošenju odluke o kupovini; te da li je imajući u vidu ove okolnosti žig prevaran u smislu čl. 3(1)g Prve direktive, a ako odgovor nije bezrezervno potvrđan, koje se druge okolnosti moraju uzeti u obzir za ocenu prevarnosti znaka kao smetnje za priznanje žiga, a posebno da li je od značaja to što će se vremenom konfuzija smanjivati?

Generalni pravobranilac je u datom mišljenju istakao da su žigovi predmet pravnog prometa, te da se u državama članicama EU mogu ustupati i bez istovremene prodaje preduzeća u kojima se proizvodi roba koja je njima obeležena. On dalje smatra da je u savremenom društvu prosečan potrošač svestan činjenice da korišćenje ličnih imena u žigu ne mora da znači da je

imenovana osoba lično angažovana u proizvodnji roba ili pružanju usluga tog preduzeća. Tvrdi da promena vlasništva nad žigom koji sadrži lično ime nije sama po sebi prevarna, kao i da Direktivom nije propisano da žig prestaje ako roba više ne odgovara očekivanjima kupaca jer je prestalo radno angažovanje onog koji je robu proizvodio.

Sud je u odluci naveo da je Prvom direktivom izričito predviđeno da se lično ime može registrovati kao žig,<sup>74</sup> te da je žig *Elizabeth Emanuel* podoban za ukazivanje na subjekta od koga roba potiče, pogotovo kad je ustupljen preduzeću koje proizvodi robu koja je iste vrste kao i ona za čije se obeležavanje žig prvobitno koristio.<sup>75</sup> Doduše, u situacijama kada žig sadrži lično ime, može se postaviti pitanje stvaranja zabune u javnosti, pogotovo ako je osoba čije se ime koristi kao žig služila kao personifikacija označene robe (venčаницe). Međutim, u ovom slučaju Sud smatra da se ime *Elizabeth Emanuel* ne može samo po sebi smatrati prevarnim<sup>76</sup> *uprkos tome što prosečni potrošač može biti naveden na kupovinu odeće označene predmetnim žigom time što uobražava da tužilac učestvuje u proizvodnji obeležene robe.*<sup>77</sup> Drugo je pitanje prezentacije žiga javnosti, odn. na nacionalnom sudu je da utvrdi da li podnosilac prijave lažno predstavlja javnosti da je dizajner još uvek angažovan u njegovom preduzeću. Ali čak i u slučaju netačnog prezentovanja javnosti činjenice o angažmanu dizajnera, znak ne bi bio prevaran u smislu čl. 3(1)g Prve direktive, već bi se stekli uslovi za prestanak žiga zbog obmanjujućeg korišćenja.<sup>78</sup> Imajući to u vidu, Sud je zaključio da znak koji sadrži ime prvog dizajnera robe za čije je obeležavanje znak namenjen, a koji je svojevremeno ustupio sličan znak zajedno sa svojim preduzećem, nije sam po sebi prevaran. Stav da tzv. patronimski žigovi nisu sami po sebi prevarni, da je korišćenje patronima široko raširena praksa i da je javnost svesna da robu obeleženu patronimskim žigom ne dizajnira uvek modni dizajner tog imena potvrđen je i u presudi *Elio Fiorucci*.<sup>79</sup>

Odluka *ECJ* je osnovana jer i nakon prekida pravne i faktičke veze lica čije se ime koristi kao žig sa robom koja se tim žigom označava i dalje postoji nosilac prava

---

<sup>74</sup> Tač. 43.

<sup>75</sup> Tač. 45.

<sup>76</sup> Tač. 49.

<sup>77</sup> Tač. 48 (naglasio autor).

<sup>78</sup> Tač. 50.

<sup>79</sup> T-165/06 [2009] ECR II - 01375, tač. 30 и 31. Doduše, žig je poništen, ali ne kao prevaran, već po osnovu zaštite prava na lično ime. Protiv ove odluke podneta je žalba Sudu pravde Evropske unije.

na žig koji garantuje za karakteristike i kvalitet obeležene robe. Drugim rečima, žig se i dalje može upotrebljavati tako da ne bude prevaran po pitanju kvaliteta i drugih karakteristika obeležene robe. U protivnom bi posledice bile dalekosežnije i negativno bi se odrazile na raspolaganje žigovima. Osim toga, poznatima, koji su svoja imena registrovali kao žigove koje su potom otuđili, bila bi omogućena zloupotreba prava i pravno neosnovano obogaćenje. Ipak, sve to ne znači da robni ili uslužni znak ne može kao posledica prenosa žiga postati prevaran. Zato nije zgoreg ovom prilikom pomenuti čl. 17(4) Uredbe. Predmet regulisanja čl. 17 Uredbe je transfer komunitarnog žiga. U stavu 4 ovog člana propisano je da prenos žiga neće biti registrovan ako se na osnovu dokumentacije o prenosu žiga može jasno zaključiti da je zbog prenosa komunitarnog žiga verovatno da će u javnosti nastati zabluda po pitanju vrste, kvaliteta ili geografskog porekla roba i usluga za koje je žig registrovan. Registracija prenosa komunitarnog žiga u ovom slučaju moguća je jedino ako se pravni sledbenik saglasi da ograniči spisak roba i usluga na one robe i usluge u pogledu kojih verovatnoća nastanka zabune ne postoji. Razlog ukazivanja na normativno rešenje u čl. 17 Uredbe je i to što se ova odredba, za razliku od odredbe o smetnji za priznanje žiga, bazira ne na izvesnosti, već na verovatnoći nastanka zablude u javnosti.

#### **4. Odnos prevarnog karaktera znaka i drugih apsolutnih smetnji za priznanje žiga**

Mnogi prodavci pokušavaju da kao robne i uslužne žigove registruju oznake u kojima su (manje ili više) sadržana obaveštenja o robi i uslugama za čije obeležavanje su ove oznake namenjene.<sup>80</sup> Oni na taj način pokušavaju da kao žigove registruju znakove izražene početne komunikativnosti u marketinškom smislu.<sup>81</sup> Time postižu sniženje kako početnih tako i ukupnih reklamnih troškova i ne trpe od protoka vremena potrebnog za "instaliranje i dekodiranje" simbola u svesti potrošača, pošto je saznanje o robi i uslugama na koje se takav znak odnosi trenutno. U vezi sa ovakvim znakovima karakterističan je odnos deskriptivnosti i prevarnosti znakova. Ove dve apsolutne smetnje za priznanje žiga su u pravu žiga za znakove koji sadrže opšte tržišne informacije o robi i uslugama kao Scila i Haribda za moreplovce u grčkoj mitologiji. Gotovo po pravilu, kad po prijavi

---

<sup>80</sup> L. Bentley, B. Sherman, *Intellectual Property Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 805.

<sup>81</sup> D. Brownlie, Protecting Marketing Intelligence: The Role of Trademarks, *Marketing Intelligence & Planning* No. 4/1988, p. 26.

znaka ispitivač prigovori deskriptivnost, podnosilac prijave menja ili skraćuje spisak roba i usluga tako da znak više nije deskriptivan, ali zato postaje prevaran, pa zahtev za priznanje žiga svejedno bude odbijen. U slučaju *THE SILENT FILM COMPANY*<sup>82</sup> znak je bio prijavljen za obeležavanje filmova, uređaja za snimanje, pokretnih slika, DVD-jeva, te usluga zabave, snimanja i projekcije filmova. Nakon što je prigovorena deskriptivnost, podnosilac prijave je spisku roba dodao napomenu: *pri čemu se ništa od pomenutog ne odnosi na neme filmove*, zbog čega je znak postao prevaran, pa je zahtev za priznanje komunitarnog žiga odbijen. Znak *PGS* prijavljen je radi obeležavanja medicinskih usluga. Ispitivač je utvrdio da je *PGS* skraćunica za *Pre-implantation genetic screening*, pod čime se podrazumeva postupak praćenja i kontrole razvoja embriona (pogotovo u slučajevima veštačke oplodnje) kako bi se još u ranoj fazi razvoja ploda uočile deformacije i u tom slučaju blagovremeno prekinula trudnoća. Zato je prigovorio deskriptivnost. Podnosilac prijave je izmenio spisak usluga i znak predvideo za obeležavanje usluge postporođajnog genetskog testiranja, čime je znak učinio prevarnim, što je rezultiralo odbijanjem zahteva za priznanje žiga.<sup>83</sup> Za znak *Beer lolly*<sup>84</sup> prijavljen za obeležavanje poslastica nije bilo teško utvrditi da je deskriptivan. Podnosilac prijave je pokušao da izbegne odbijanje zahteva za priznanje komunitarnog žiga tako što je spisku roba i usluga dodao napomenu da lizalice ne sadrže ni pivo ni alkohol. Time je znak učinio prevarnim, pa žig ipak nije priznat. Znak *Slot game*<sup>85</sup> prijavljen je za obeležavanje poluprovodničkih memorijskih uređaja, integrisanih kola, kartica sa čipom, kertridža, fleš memorijskih kartica i memorijskih kartica podesnih za digitalni multimedijalni sadržaj i drugih elektronskih komponenata. Prigovorena je deskriptivnost jer se sva navedena roba može koristiti u slot mašinama za igre na sreću. Podnosilac prijave je zbog toga dopunio spisak roba napomenom da se ništa od navedenog ne odnosi na igre na sreću i slot mašine. Nakon ove korekcije znak se više nije smatrao deskriptivnim. Zahtev za priznanje žiga je ipak odbijen jer je nakon preciziranja spiska roba znak postao prevaran. Sličan primer je i slučaj *School dinners*.<sup>86</sup> Znak je prijavljen, između ostalog, za: usluge obezbeđenja hrane, restoranske usluge, usluge kafića i kafeterija, dostavljanje hrane i pića, informisanje o pripremi hrane i pića, informisanje o restoranima i usluge rezervacije. Nakon što je prigovorena

---

<sup>82</sup> Appl. No. 012045977; odluka od 31. januara 2014. godine.

<sup>83</sup> Appl. No. 106 15 301; odluka od 13. decembra 2012. godine.

<sup>84</sup> Appl. No. 10655331; odluka od 27. juna 2012. godine.

<sup>85</sup> Appl. No. 008683344; odluka od 15. aprila 2011. godine.

<sup>86</sup> Appl. No. 006167555; odluka od 03. marta 2008. godine.

deskriptivnost, jer sve ove usluge mogu da se pružaju (u) školama, podnosilac prijave je u spisku roba i usluga precizirao da se ništa od navedenog ne odnosi na školstvo, čime je znak, imajući u vidu reči iz kojih se sastoji, učinio prevarnim. Još jedan sličan slučaj je i postupak po prijavi znaka *Post office bills online*<sup>87</sup> za obeležavanje usluga poslovnog menadžmenta i poslovne administracije. Nakon što je prigovorena deskriptivnost, spisku roba je dodata rečenica da se ništa od navedenih usluga ne odnosi na račune izdate od strane pošte. To nije rezultiralo registracijom znaka, pošto je ovaj zbog teksta dopune postao prevaran.

Kao što se iz ovih primera može videti, prevarnost je pratilja deskriptivnosti, njena logička posledica odn. zaključak koji kao neizbežna posledica proizlazi iz dokazane (ne)deskriptivnosti znaka. Ako se ova zakonitost ne poštuje onda je ishod kao u slučaju *IFS*.<sup>88</sup> Sve je počelo uobičajeno. Znak je prijavljen za obeležavanje vozila i rezervnih delova. U postupku po prijavi je sasvim pravilno uočeno da je znak deskriptivan jer predstavlja skraćenicu za *independent front suspension*. Podnosilac prijave menja spisak roba i usluga na šablonski pogrešan način tako što navodi da se znak odnosi na obeležavanje servo sistema i mehanizma za upravljanje vozilima i rezervne delove za njih, isključujući nezavisne prednje amortizere. Iako je znak ovom izmenom učinjen prevarnim, zahtev za priznanje žiga odbijen je s obrazloženjem da je znak deskriptivan i u celosti lišen distinktivnog karaktera. Sud je takvu odluku ukinuo, uz nagoveštaj prevarnog karaktera znaka i konstataciju da Žalbena veće odluku nije baziralo na čl. 7(1)g Uredbe.<sup>89</sup>

Osim omaškom, u ovim slučajevima, "Haribda" se može izbeći jedino ako je znak u odnosu na prijavljene robe i usluge fantastičan, kako je utvrđeno u odluci o priznanju žiga *Metaljacket* za obeležavanje: hemijskih preparata za premazivanje metala, antikorozivnih sredstava, hemijskih preparata za skidanje rđe i drugih hemijskih proizvoda za tretiranje metalnih površina. To nas usmerava na odnos nedistinktivnosti i prevarnosti znaka. Dok se deskriptivnost i prevarnost znaka odnose na iste okolnosti, (ne)distinktivnost i prevarnost znaka se odnose na dijametralno suprotne okolnosti. Okolnost koja je za pitanje prevarnosti znaka pravno irelevantna, ključna je za pitanje distinktivnosti, jer se znak smatra distinktivnim ako je podoban za ukazivanje na subjekta prava kao izvor roba i usluga predviđenih za obeležavanje prijavljenim znakom. Sličnost između

---

<sup>87</sup> Appl. No 002400034; odluka od 21. jula 2004. godine.

<sup>88</sup> T-462/2005 *IFS* [2008] ECR II 307.

<sup>89</sup> *Ibid.*, tač. 41.

prevarnosti znaka i potpune lišenosti znaka distinktivnog karaktera je što su obe smetnje apsolutnog karaktera i što se ispituju u odnosu na prijavljenu robu i usluge. U vezi sa distinktivnim karakterom, jedno od najvažnijih pitanja je da li je stečena distinktivnost osnov za prevazilaženje prevarnosti kao smetnje za priznanje žiga. U pravnoj teoriji je zauzet stav da znak koji je stekao distinktivnost upotrebom u prometu i dalje može biti prevaran.<sup>90</sup> Uostalom, u čl. 7(3) Uredbe se stečena distinktivnost pominje u vezi sa tačkama: b, c i d prvog stava čl. 7 (nedistinktivnost, deskriptivnost i generičnost), ali ne i u kontekstu čl. 7(1)g - prevarnost znaka.

Odredba o prevarnom karakteru znaka i odredbe sadržane u čl. 7(1)j i k međusobno se dopunjuju. Smetnje propisane ovim odredbama odnose se na oznake za vina i jaka alkoholna pića koje sadrže ili se sastoje od geografskih oznaka kojima se netačno ukazuje na geografsko poreklo (čl. 7(1)j), kao i na sve ostale oznake prijavljene za obeležavanje poljoprivrednih proizvoda koje su podobne za povredu registrovanih oznaka porekla za te iste proizvode (čl. 7(1)k). Npr. odluke u slučajevima *Armagnac* i *Tequilero* zasnivaju se i na čl. 7(1)g i na čl. 7(1)j Uredbe, dok se odluka u slučaju *Colombiano coffee house* zasniva i na čl. 7(1)g i na čl. 7(1)k Uredbe. Smatramo da je i odluka o odbijanju registracije oznake *Madierense vqprd*,<sup>91</sup> registrovane za visokokvalitetna vina sa kontrolisanim geografskim poreklom iz Madeira regiona, za obeležavanje stonih vina, primer za komplementarnu primenu odredaba o navedenim smetnjama za priznanje žiga.

Posebno je interesantan odnos odredbe o prevarnosti znaka i odredaba o korišćenju zastava, grbova i drugih državnih amblema zemalja članica Pariske unije, te grbova, zastava i drugih amblema, skraćenica ili naziva međunarodnih međudržavnih organizacija protivno čl. 6<sup>ter</sup> Pariske konvencije (čl. 7(1)h Uredbe) i drugih službenih znakova, amblema i grbova od posebnog javnog interesa (čl. 7(1)i Uredbe). Korišćenjem zastava, grbova i drugih obeležja subjekata javnog prava stvara se utisak da je titular žiga (ako bi ovaj bio priznat) javnopravni subjekt čija se obeležja koriste ili da postoji neka posebna pravna veza između titulara žiga i tog javnopravnog subjekta. Kad ovaj podatak nije tačan, žig je prevaran. Ovo se naročito odnosi na usluge, jer se tada u svesti potrošača stvara pogrešan utisak o službenom karakteru usluga koje pruža titular žiga. Do koje mere podnosioci prijava mogu biti spremni da iskorišćavaju pouzdanost i

---

<sup>90</sup> A. Michaels, A. Norris, *op. cit.*, p. 40.

<sup>91</sup> Appl. No. 003541001; odluka od 24. januara 2005. godine.



autoritet institucija javnog prava primer je slučaj *EIT*.<sup>92</sup> Znak je prijavljen za obeležavanje usluga iz klase 41 Ničanske klasifikacije (obrazovanje i obučavanje) i klase 42 Ničanske klasifikacije (naučne i tehnološke usluge, istraživanje i projektovanje sa tim povezano, industrijske analize i istraživačke usluge, dizajn i razvoj kompjuterskog hardvera i softvera). Prijavu uslužnog znaka podnelo je fizičko lice iz Belgije nakon što je Evropska Komisija objavila da je u pripremi osnivanje Evropskog instituta za tehnologiju kao vodećeg istraživačkog univerziteta za izvrsnost u visokom obrazovanju. U ovom slučaju zahtev za priznanje komunitarnog žiga je odbijen. Ali, čl. 7(1)g o prevarnosti znaka ne primenjuje se u slučaju svakog nagoveštaja javnopravne prirode statusa podnosioca prijave robnog ili uslužnog znaka. Znak se smatra prevarnim samo onda kada se njime stvara jak utisak da su roba i usluge povezane sa organom državne vlasti ili subjektom na koga su preneti javnopravna ovlašćenja. Tako je npr. izvršena registracija znakova *THE ECOMMERCE AUTHORITY*<sup>93</sup> i *GNR*.<sup>94</sup> Znak *THE ECOMMERCE AUTHORITY* prijavljen je za obeležavanje poslovnih usluga iz klase 35 i istraživačkih i savetodavnih usluga i informisanja u oblasti elektronske trgovine iz klase 42 Ničanske klasifikacije. Iako se izrazom upućuje na regulatorno telo u oblasti elektronske trgovine, *THE ECOMMERCE AUTHORITY* se može protumačiti i kao izraz kojim se titular žiga (s obzirom na stručnost, poslovnost itd.) u prometu nametnuo kao autoritet u oblasti elektronske trgovine. U drugom pomenutom slučaju bilo je još manje osnova za priznanje žiga. Naime oznaka je skraćena za *Guarda Nacional Republicana* (portugalska policijsko-bezbednosna jedinica nadležna za kontrolu saobraćaja i patroliranje na autoputu), a znak je prijavljen za obeležavanje radara iz klase 9 i proizvoda za bezbednost u saobraćaju iz klase 19 Ničanske klasifikacije. Navedeni slučajevi dokaz su da se utvrđivanje prevarnosti znaka kojim se nagoveštava javnopravno pokroviteljstvo nad robama i uslugama za čije je obeležavanje znak namenjen karakteriše priličnim stepenom nejasnoće i odsustva izvesnosti. Indikator za to je i činjenica da je u oba slučaja u prvom stepenu zahtev za priznanje komunitarnog žiga odbijen. Uzrok neizvesnosti bi mogao biti to što se u ovakvim slučajevima uočava preplitanje prevarnosti po pitanju pravnog statusa izvora sa prevarnošću po pitanju karakteristika roba i usluga, kao i korišćenje pravnog standarda *jak utisak*. Neizvesnost se uveliko smanjuje jedino onda kada se koriste zvanična obeležja država i međunarodnih

---

<sup>92</sup> Appl. No. 006061998; odluka od 20. novembra 2007. godine.

<sup>93</sup> R 803/2000-1 od 11. jula 2001. godine.

<sup>94</sup> R 1718/2013-4 od 13. marta 2014. godine.

međudržavnih organizacija kao u slučaju znaka *pl mobile.eu*<sup>95</sup> koji sadrži zastavu Evropske unije. Ali i tada je bitno naglasiti da, prema stavu *OHIM*-a koji će biti predmet sudskog preispitivanja, ako zahtev za poništaj žiga nije bio zasnovan na čl. 52(1)a u vezi sa čl. 7(1)g Uredbe, prevarni karakter žiga se ne može isticati kao žalbeni razlog (nakon što je na njega ukazano u (odbijajućoj) odluci po zahtevu za poništaj žiga protiv koje je podneta žalba).<sup>96</sup>

### 5. Zaključna razmatranja

Prevarni karakter znaka je apsolutna smetnja za priznanje žiga. To znači da prevarni znak ne može biti registrovan kao žig. U pravu žiga Evropske unije se odredba o prevarnom karakteru znaka tumači usko pa se pod prevarnim znakom podrazumeva, ne onaj robni i uslužni znak koji je hipotetički, nego samo onaj robni i uslužni znak koji je realno prevaran ili u pogledu kojeg postoji dovoljno ozbiljan rizik stvaranja zabune u javnosti. Ukoliko postoji makar jedna situacija u kojoj se oznaka može upotrebiti na način koji nije prevaran - oznaka se ne smatra prevarnom. U javnosti se prevarnim znakom zabuna može stvoriti po pitanju vrste, kvaliteta, geografskog porekla i drugih okolnosti koje se odnose na robu i usluge. Za pojam prevarnog znaka, zabuna po pitanju trgovačkog porekla roba i usluga je pravno irelevantna. Prevarnost znaka utvrđuje se u odnosu na prijavljene robe i usluge prema shvatanju relevantnog dela javnosti.

U okviru zaključnih razmatranja osvrnućemo se na domaća normativna rešenja o prevarnosti znaka kao smetnje za priznanje žiga (što je uostalom bio motiv za pisanje ovog rada). Sudeći po formulaciji sadržanoj u čl. 5 st. 1 tač. 7 Zakona o žigovima R. Srbije iz 2009. godine, prema kojoj je prevaran znak onaj znak koji svojim izgledom i sadržajem može da dovede u zabludu učesnike u prometu..., ne može se sa sigurnošću ustanoviti da li je u pozitivnom pravu R. Srbije zastupljena koncepcija hipotetičke ili stvarne prevarnosti znaka. Nije isto da li znak može da dovede u zabludu učesnike u prometu i da li znak dovodi u zabludu učesnike u prometu. Drugim rečima, nije isto da li znak: može biti (prevaran) ili jeste (prevaran). Upotrebom glagola moći slabi se zaključak o izvesnosti prevarnog karaktera znaka, a naglašava procena mogućnosti stvaranja zabune, kojom mogu da budu obuhvaćeni i subjektivni faktori kao što je namera

---

<sup>95</sup> R 1401/2011-1 od 6. septembra 2012. godine. Protiv odluke Žalbenog veća kojom je usvojena žalba protiv odluke kojom je odbijen zahtev za poništaj žiga, podnosilac prijave podneo je tužbu Sudu opšte nadležnosti EU. Postupak je u vreme pisanja ovog rada još uvek bio u toku.

<sup>96</sup> R 5/2011-4 (*Ten*) od 11. oktobra 2011. godine, tač. 28 i R 1991/2010-4 (*EASI*) od 11. oktobra 2011. godine, tač. 27.

podnosioca prijave. U tom smislu se odredba Zakona o žigovima može protumačiti tako da se u našem pravu žig neće priznati za znak koji se može upotrebiti na način kojim se dovode u zabludu učesnici u prometu, iako sam po sebi nije prevaran. Pri svemu ovom treba imati u vidu da novost nije uslov za priznanje žiga, tako da (prevarni) znak koji je predmet prijave može biti znak koji se već koristi u prometu.

Ono što je, međutim, izvesno, to je da se u pravu Evropske unije u zabludu dovodi javnost, odn. relevantan deo javnosti, dok se u pravu Republike Srbije u zabludu dovode učesnici u prometu. Smatramo da je pojam učesnika u prometu širi od pojma javnosti, jer učesnici u prometu roba i usluga za čije obeležavanje je žig namenjen nisu samo potrošači i drugi kupci, već i konkurenti podnosioca prijave, kao i njihovi dobavljači i snabdevači, a u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja to mogu biti i drugi (tržišno)pravni subjekti. S obzirom na navedeno moglo bi se zaključiti da je u kontekstu regulisanja apsolutnih smetnji za priznanje žiga, pojam prevarnog znaka u pravu Republike Srbije širi od pojma prevarnog znaka u pravu Evropske unije.

Siniša Varga\*

## Deceptive trademarks in the European Union Law

### Summary

Deceptive trademarks shall not be registered. Deceptiveness of trademarks is the absolute ground for refusal to grant a trademark right. To be deemed deceptive, there must be actual deceit or a sufficiently serious risk that the consumer will be deceived must exist. It indicates deceptive trademarks as deceptive per se only. Intention of the applicants, even their market behavior and all other subjective factors are irrelevant as to the conclusion about the trademark deceptiveness. It means that deceptiveness as a ground for refusal is interpreted strictly. Therefore, deceptive trademarks are those signs in respect of which no one non-deceptive use is possible.

Assessment of trademark deceptiveness is made in relation to the specification of goods and/or services and relevant public understanding of the sign. Trademark

---

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

can be deceptive as to the nature, quality, geographical origin and other features of the applied goods/services but not as to the source the marked goods/services originate from. Confusion as to the commercial origin of the goods/services is important for enforcement of provisions on relative grounds to refuse trademark registration.

**Keywords:** European Union law, trademarks, absolute grounds for refusal, deceptive signs.

Zoran Vuković\*

UDK: 366.5  
str. 109-132.

## KOLEKTIVNA ZAŠTITA POTROŠAČA

### Apstrakt

*Ukupnost pravnih pravila kojima se uređuje materija zaštite potrošača čini poseban pravni režim u skladu sa kojim se regulišu odnosi uspostavljeni između potrošača i trgovca. Tim pravilima normira se čitav niz materijalnopравnih pitanja ove specifične oblasti pravnih odnosa. Međutim, vremenom je uočeno da intervencija države u tržišne odnose isključivo nametanjem materijalnopравnih pravila nije dovoljna i da efikasna zaštita potrošača pretpostavlja i sveobuhvatno uređenje specifičnih procesnopравnih problema u ovoj oblasti. Tako se potrošačima, u cilju obezbeđenja ostvarivanja interesa radi čijeg zadovoljenja su im priznata određena prava, stavljaju na raspolaganje i regulisani postupci pravne zaštite u slučaju njihove povrede.*

*Ovaj rad posvećen je analiziranju sudske građanskopравne i upravnopравne zaštite kolektivnih interesa potrošača. Pri tome, predmet istraživanja je ograničen u smislu da njime nije obuhvaćeno razmatranje svih mera i procesnopравnih mehanizama koji stoje na raspolaganju ovlašćenim subjektima, već nastojanje da se na jedan sistematičan način odrede temeljne karakteristike i elementi, kao i prednosti i nedostaci ovih vidova pravne zaštite potrošača.*

---

\* Asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

**Ključne reči:** zaštita potrošača, kolektivni interesi, građanskopravna zaštita, upravnopravna zaštita, postupak.

### 1. Uvodne napomene

Ukupnost pravnih pravila kojima se uređuje materija zaštite potrošača čini poseban pravni režim u skladu sa kojim se regulišu odnosi uspostavljeni između potrošača i trgovca. Tim pravilima normira se čitav niz materijalno-pravnih pitanja ove specifične oblasti pravnih odnosa. Međutim, vremenom je uočeno da intervencija države u tržišne odnose isključivo nametanjem materijalno-pravnih pravila nije dovoljna i da efikasna zaštita potrošača pretpostavlja i sveobuhvatno uređenje specifičnih procesno-pravnih problema u ovoj oblasti. Tako se potrošačima, u cilju obezbeđenja ostvarivanja interesa radi čijeg zadovoljenja su im priznata određena prava, stavljaju na raspolaganje i regulisani postupci pravne zaštite u slučaju njihove povrede.

Posmatrano sa aspekta ovlašćenih subjekata, razlikujemo privatnopravnu (građanskopravnu) i javnopravnu zaštitu potrošača. Građanskopravna sudska zaštita potrošača može biti individualna i kolektivna. Ona znači prevashodno sudska zaštitu koja se ostvaruje u opštem i posebnim parničnim postupcima za zaštitu individualnih i kolektivnih prava i interesa potrošača. U građanskopravnu zaštitu potrošača svrstava se i čitav niz metoda vansudskog rešavanja potrošačkih sporova (*Extra-judicial network of consumer protection*).<sup>1</sup> Sa druge strane, javnopravna zaštita potrošača obuhvata zaštitu u upravnom postupku, kao i sudska zaštitu potrošača u prekršajnom, krivičnom postupku i upravnom sporu.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Uporednopravno posmatrano, čitav je niz metoda koji se nazivaju vansudskim (alternativnim) načinima rešavanja potrošačkih sporova: arbitražni postupak, posredovanje (medijacija), mirenje (koncilijacija), pregovori (*negotiation*), *partnering*, *MED-ARB*, rana neutralna procena (*early neutral evaluation, neutral expert fact-finding*), adjudikacija, probno suđenje, odnosno kratki raspravni postupak (*summary jury trial, minitrial*), *on-line* rešavanje sporova. Kao sinonim za označavanje različitih modela vansudske zaštite potrošača, koristi se i sintagma alternativno rešavanje sporova (*Alternative Dispute Resolution - ADR*). Za razliku od sudske zaštite, metode alternativnog rešavanja sporova u prvi plan stavljaju pragmatički element, brzo i efikasno rešavanje spora prihvatljivo za obe strane, a ne isključivo utvrđivanje pune istine o sporu. One predstavljaju svojevrzni "drugi put" zaštite prava potrošača putem kojeg se, uz sudelovanje specijalizovanih i nepristrasnih tela, omogućava rešavanje sporova na način koji pruža daleko više fleksibilnosti od postupka pred sudom. R. Mnookin, *Alternative Dispute Resolution (1998)*, Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Discussion Paper Series 232, dostupno na: [http://isr.nellco.org/harvard\\_olin/232](http://isr.nellco.org/harvard_olin/232) (datum posete: 16.10.2014).

<sup>2</sup> T. Jovanić, Upravnopravna zaštita potrošača, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2013, str.

Ovaj rad posvećen je analiziranju sudske građanskopravne i upravnopravne zaštite kolektivnih interesa potrošača.

## 2. Nedostaci koncepta individualne građanskopravne sudske zaštite potrošača i mogući načini njihovog prevazilaženja

Može se reći da je u našem pravnom poretku individualna građanskopravna zaštita potrošača u postupku pred državnim sudovima još uvek redovni metod pravne zaštite. Ostvaruje se u građanskom parničnom postupku upotrebom "klasičnih sredstava individualistički koncipirane građanskopravne zaštite".<sup>3</sup> Njena svrha je pružanje zaštite pojedinačnom subjektu čija su prava u nekom građanskopravnom odnosu povređena. Ovde se zaštita realizuje *in concreto*, tako što određeni potrošač tužbom pokreće postupak protiv određenog trgovca koji je svojim postupcima povredio njegova prava.<sup>4</sup>

Individualni koncept sudske zaštite prava potrošača u praktičnoj primeni ispoljava značajne nedostatke. Jedan od načina koji potrošačima u značajnoj meri olakšava put ka zaštiti i ostvarivanju njihovih povređenih prava svakako je profilisanje posebnog i sumarnog parničnog postupka rešavanja potrošačkih sporova. Međutim, ovaj vid sudske zaštite potrošača i dalje prate krupni problemi. Pre svega, vrednost transakcije ostvarene na osnovu potrošačkog ugovora u najvećem broju slučajeva relativno je mala. U vezi sa tim, visoki troškovi na ime sudskih taksi,<sup>5</sup> nadoknade za sastavljanje tužbe i ostali troškovi koje uslovljava neophodnost angažovanja stručnog lica koje bi potrošača zastupalo u postupku imajući u vidu da je on, po pravilu, pravno neuka stranka, često mogu da budu znatno viši od nadoknade štete koja se u postupku može ostvariti.<sup>6</sup> To u velikoj meri destimuliše potrošača da se upusti u dugotrajan sudski postupak i povećava stepen verovatnoće da će nedopušteno postupanje trgovca ostati nesankcionisano, što stvara realnu opasnost sistematskog i

---

182.

<sup>3</sup> M. Baretić, Individualna i kolektivna zaštita potrošača u hrvatskom pravu, Zbornik radova: *Republika Hrvatska na putu prema europske pravosudnom području – rešavanje trgovačkih i potrošačkih sporova*, Rijeka, 2009, str. 242.

<sup>4</sup> D. Ferrier, *La protection des consommateurs*, Paris, 1996, str. 71.

<sup>5</sup> Prema odredbi iz čl. 140. Zakona o zaštiti potrošača Srbije (Zakon o zaštiti potrošača od 22.09.2014. godine, "Sl. glasnik RS", br. 62/2014), u potrošačkim sporovima ne plaća se sudska taksa na tužbu ako vrednost predmeta spora ne prelazi iznos od 500.000 dinara.

<sup>6</sup> G. Stanković, *Metodi za sudsku zaštitu prava potrošača*, Zbornik radova: *Od caveat emptor do caveat venditor*, Kragujevac, 2009, str. 417.

kontinuiranog ponavljanja takvog ponašanja. Naime, svest da najveći broj potrošača neće posegnuti za sudskom zaštitom svojih povređenih prava, motiviše pojedine trgovce da nastave sa dotadašnjom praksom. Značajan nedostatak individualnog koncepta zaštite ogleda se i u njegovom relativnom dejstvu, imajući u vidu subjektivne granice pravosnažnosti sudske odluke.<sup>7</sup> Opšte je pravilo da pravosnažna sudska odluka deluje samo u odnosu između parničnih stranaka (*Res iudicata facit ius inter partes*). Dakle, ona obavezuje jedino potrošača i trgovca koji su bili stranke konkretnog parničnog postupka, i po pravilu nema dejstvo prema trećima.<sup>8</sup> U tom smislu, ako je u konkretnom parničnom postupku koji je jedan potrošač pokrenuo protiv određenog trgovca pravosnažnom sudskom odlukom usvojen tužbeni zahtev, takva odluka neće imati dejstva na ostale potrošače kojima su takođe povređena prava istovetnim ponašanjem istog trgovca.

U svrhu otklanjanja pomenutih nedostataka možda treba razmisliti o daljem pojednostavljenju rešavanja potrošačkih sporova korišćenjem nekih od mehanizama prisutnih u uporednom pravu. Jedan od takvih mehanizama je osnivanje i finansiranje centara za besplatnu pravnu pomoć potrošačima u sudskom postupku u slučaju povrede njihovih prava.<sup>9</sup> Dalje, u nekim zemljama koristi se standardni model tužbe (*Standard Consumer Complaint Form*) koji je potrošačima dostupan na internet stranicama potrošačkih asocijacija, odnosno ministarstva nadležnog za poslove zaštite potrošača, što konkretnom potrošaču omogućava da njegovim popunjavanjem brzo, jednostavno i bez angažovanja stručne pomoći pokrene sudski postupak protiv trgovca.<sup>10</sup> Takođe, kao način sprečavanja masovnog odustajanja potrošača od zahteva za pružanje pravne zaštite možda bi moglo poslužiti pravilo koje bi predviđalo njihovo uslovno oslobođenje od plaćanja sudskih taksi i od polaganja predujma za troškove parničnog postupka, tako da bi od krajnjeg ishoda parnice zavisilo da li će obaveza nadoknade taksi i troškova teretiti trgovca ili potrošača.

---

<sup>7</sup> Baretić, *op. cit.*, str. 246-247.

<sup>8</sup> B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *Gradansko procesno pravo*, šesnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 2010, str. 385.

<sup>9</sup> Kakvi, na primer, postoje u Irskoj. *European Consumer Center Ireland*, dostupno na: [www.Eccireland.ie/topic.php?topic=11](http://www.Eccireland.ie/topic.php?topic=11). (datum posete: 31.10.2014).

<sup>10</sup> C. Willett, *Fairness in Consumer Contracts – The Case of Unfair Terms*, Ashgate, 2007, str. 280.



### 3. Razvoj ideje kolektivne pravne zaštite potrošača

Individualni put sudske zaštite potrošaču je, dakle, otvoren isključivo u slučaju konkretne povrede njegovog prava. Međutim, vremenom je došlo do razvoja svesti da, pored individualnih interesa pojedinih potrošača, postoje i kolektivni interesi celokupne populacije potrošača. Shodno tome, a istovremeno imajući u vidu pobrojane nedostatke individualne sudske zaštite, postepeno su razvijani različiti mehanizmi kolektivne zaštite potrošača. Ovde se zaštita ostvaruje *in abstracto*, jer se suzbija postupanje kojim se mogu povrediti prava bilo kog potrošača.<sup>11</sup> Dakle, cilj je adekvatna zaštita kolektivnih interesa potrošača u opštem smislu. S' obzirom na činjenicu da je "koncept kolektivne zaštite potrošača donedavno bio gotovo stran evropskoj pravnoj tradiciji",<sup>12</sup> u kratkim crtama ukazaćemo na njegov razvoj.

Koncept kolektivne pravne zaštite potrošača razvio se u pravnoj praksi Sjedinjenih Američkih Država. Naime, u ovoj zemlji je moguće kolektivnom tužbom pokrenuti postupak u ime ili protiv velikog broja fizičkih i/ili pravnih lica čiji interesi su u dovoljnoj meri podudarni, tako da je celishodnije o njihovim pravima i obavezama rešavati u jednom, nego u čitavom nizu odvojenih postupaka.<sup>13</sup> Na temelju američkih iskustava, u velikom broju evropskih država u poslednjih par decenija usvojen je normativni okvir kojim je prihvaćen neki od modaliteta kolektivne zaštite.<sup>14</sup> Pri tome, postoji značajna razlika između pristupa prihvaćenog u američkom pravu, sa jedne, i pravima evropskih država sa druge strane. Ta razlika prevashodno se odnosi na domen primene mehanizama kolektivne zaštite. Dok se prema američkoj koncepciji kolektivnom tužbom može realizovati pravo na nadoknadu štete gotovo u svim slučajevima u kojima je ona naneta većem broju ljudi,<sup>15</sup> u Evropi je kolektivna zaštita ograničena na oblast prava zaštite potrošača, prava zaštite životne sredine

---

<sup>11</sup> M. Dika, Udružna tužba kao instrument apstraktne zaštite potrošača, *Hrvatska pravna revija*, Zagreb, br. 10/2003, str. 37. U istom smislu, D. Ferrier, *op. cit.*, str. 71-72.

<sup>12</sup> *Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)* von 28. Jun 2006, str. 7224, dostupno na: [www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf) (datum posete: 05.09.2014).

<sup>13</sup> O američkom modelu kolektivne zaštite, detaljnije vid. A. R. Epstein, *Class Action: The Need for a Hard Second Look*, Civil Justice Report no. 4 March 2002, Centar for Legal Policy at Manhattan Institute for Policy Research, dostupno na: [www.manhattan-institute.org/pdf/cjr-04.pdf](http://www.manhattan-institute.org/pdf/cjr-04.pdf) (datum posete: 25.09.2014).

<sup>14</sup> *Country Survey of Collective Redress Mechanisms* (Updated in July 2010), str. 1-11, dostupno na: [www.beuc.eu](http://www.beuc.eu) (datum posete: 10.10.2014).

<sup>15</sup> A. R. Epstein, *op. cit.*

(ekološkog prava) i radnog prava.<sup>16</sup> Dalje, kada se radi o potrošačkom pravu, u velikom broju evropskih država u postupcima kolektivne zaštite potrošača ne može se zahtevati nadoknada štete, već je takva zaštita isključivo preventivnog (*ex ante*) karaktera i namenjena je suzbijanju eventualnog budućeg protivpravnog postupanja trgovaca. Sa druge strane, u pojedinim evropskim državama u postupcima kolektivne zaštite ostvaruje se i konkretna reaktivna (*ex post*) zaštita, u vidu nadoknade štete koja je protivpravnim ponašanjem štetnika prouzrokovana većem broju potrošača.

Ključni pravni dokument koji na nivou komunitarnog prava uređuje materiju kolektivne zaštite potrošača jeste Direktiva 2009/22/EU o sudskim i upravnim zabranama za zaštitu interesa potrošača.<sup>17</sup> Njome se države članice obavezuju da u nacionalnim pravnim porecima uvedu poseban sudski ili upravni postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača. Odredbama ove Direktive su, između ostalog, predviđena sredstva i mehanizmi za pokretanje postupka usmerenog ka suzbijanju dotadašnje ili zabrani buduće povrede zakonom ustanovljenih prava potrošača, kao i oblici zaštite koji se u postupku mogu izreći. Sa ovim u vezi, sud ili organ uprave koji odlučuje u postupku pokrenutom od strane ovlašćenih subjekata može izreći: a) mere kojima se menja i sankcioniše ponašanje, u smislu prekida postojeće ili zabrane buduće povrede zakonom zagarantovanih prava; b) mere usmerene ka otklanjanju eventualnih budućih posledica prethodne povrede prava (primera radi, putem objavljivanja odluke);

---

<sup>16</sup> P. H. Lindbom, *National Report: Group Litigation in Sweden*, Oxford Conference: The Globalization of Class Action, December 12-14, 2007, str. 8, dostupno na: [www.globalclassaction.oxford.edu/.../sweden\\_U](http://www.globalclassaction.oxford.edu/.../sweden_U) (datum posete: 15.09.2014).

<sup>17</sup> Direktiva 2009/22/EU o sudskim i upravnim zabranama za zaštitu interesa potrošača (*Directive 2009/22/EC of the Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers interests* - OJ L 110/30). U daljem tekstu: Direktiva 2009/22/EU. Njome je zamenjena ranija Direktiva 98/27/EU o sudskim (upravnim) zabranama za zaštitu interesa potrošača (*Directive 98/27/EC of the Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers interests* - OJ L 166/51-5). U daljem tekstu: Direktiva 98/27/EU. Više je razloga koji su motivisali komunitarnu aktivnost na polju kolektivne zaštite potrošača. Među njima je svakako bila potreba pronalazjenja odgovarajućih procesnopravnih mehanizama kako bi se ustanovljena prava potrošača u slučaju povrede ili ugrožavanja mogla efikasno zaštititi. Međutim, osnovni delovanja u ovom pogledu je težnja za postizanjem uniformnosti po pitanju mehanizama kolektivne zaštite potrošača, s obzirom da različita rešenja po ovom pitanju u pojedinim državama članicama sprečavaju ovlašćene subjekte da pokrenu postupak protiv trgovca u drugoj državi članici. Međutim, vreme je pokazalo da danas, sedamnaest godina nakon usvajanja Direktive 98/27/EU, u oblasti kolektivne zaštite potrošača postoje veće razlike između pravnih poredaka država članica, nego u vremenu njenog usvajanja. Te razlike analiziraćemo u daljem izlaganju.

v) novčane kazne nezavisno od prethodne dve mere, ili novčane kazne u vidu procesnog penala zbog nepoštovanja prethodno izrečenih mera. Takođe, predviđeno je da ovlašćeni subjekti ne mogu potraživati nadoknadu štete koja je potrošačima prouzrokovana protivpravnim ponašanjem štetnika. Međutim, na ovom mestu treba naglasiti da Direktiva 2009/22/EU sadrži tzv. klauzulu minimalne harmonizacije, koja omogućava državama članicama Evropske unije da u svojim nacionalnim zakonodavstvima usvoje ili zadrže strože propise koji regulišu pravnu zaštitu kolektivnih interesa potrošača.<sup>18</sup> Značajan broj država članica iskoristio je ovu mogućnost priznajući ovlašćenim subjektima ne samo pravo da traže izricanje navedenih mera, već i da u odgovarajućim situacijama u ime i za račun potrošača zahtevaju nadoknadu štete koja im je nanata.

#### 4. Kolektivna zaštita interesa potrošača i kolektivna zaštita individualnih interesa potrošača

Iz prethodno navedenog proizilazi da je kolektivna zaštita potrošača generički pojam kojim su obuhvaćena dva niža pojma: kolektivna zaštita interesa potrošača (preventivna zaštita) i kolektivna zaštita individualnih interesa potrošača (reaktivna zaštita).<sup>19</sup>

Pojmovi kolektivna zaštita interesa potrošača i kolektivna zaštita individualnih interesa potrošača predstavljaju tehničke termine (*terminus technikus*), te se nameće potreba njihovog pojašnjenja. U tu svrhu može nam poslužiti odredba iz člana 3(a) Direktive 2009/22/EU iz koje proizilazi da kolektivna zaštita individualnih interesa predstavlja zaštitu većeg broja potrošača čija prava su već povređena konkretnom protivpravnom radnjom. Zaključivanjem *a minore ad maius*, dolazimo i do određenja pojma kolektivna zaštita interesa potrošača. Može se reći da ona predstavlja preventivnu zaštitu apstraktnih, nadindividualnih interesa difuzne i heterogene skupine potrošača koji su povezani činjenicom da stupaju u ugovorne odnose sa trgovcima radi zadovoljenja svojih ličnih i

---

<sup>18</sup> Primenom metoda minimalne harmonizacije od država članica se očekuje da donesu takve implementirajuće propise čijim sprovođenjem će se obezbediti ostvarivanje ciljeva koji su kao minimalni propisani komunitarnim propisima, ostavljajući im slobodu da usvoje ili zadrže i strože standarde. R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2008, str. 163-164.

<sup>19</sup> U pravnoj teoriji pravi se precizna distinkcija između kolektivne zaštite interesa potrošača i kolektivne zaštite individualnih interesa potrošača. O tome, vid. Ferrier, *op. cit.*, str. 71-77. Takođe, vid. Baretić, *op. cit.*, str. 250-254. Razlikovanje između ovih modela kolektivne zaštite potrošača pravi i Evropska komisija u *Green Paper – Acces of Consumers to Justice and the Settlement of Consumer Disputes in the Single Market* – COM(93) 576 final, str. 15.

porodičnih potreba.<sup>20</sup> Svakom od ove dve vrste zaštite štite se različiti interesi, različitim procesnopravnim mehanizmima.

### 5. Sudska građanskopravna kolektivna zaštita potrošača

Položaj potrošača kao ekonomski i psihološki (informativno) podređene strane u pravnom odnosu<sup>21</sup> sa trgovcem uslovio je neophodnost iznalaženja efikasnijih oblika zaštite u poređenju sa individualnom sudskom zaštitom potrošačkih prava. Jedan od modaliteta koji garantuje veći stepen zaštite je i sudska građanskopravna kolektivna zaštita potrošača. Ona se, po pravilu, ostvaruje u posebnom parničnom postupku za zaštitu kolektivnih prava i interesa potrošača i podrazumeva čitav niz specifičnih procesnopravnih mehanizama usmerenih ka brzom i efikasnom okončanju spora. Takvi mehanizmi odnose se na pitanja aktivne i pasivne procesne legitimacije, vrste tužbi, stvarne i mesne nadležnosti, privremenih mera, tereta dokazivanja, učešća trećih lica u parnici, skraćenje postupka, rokova za izvršenje činidbe i pravnih lekova.<sup>22</sup>

Shodno pravilima komunitarnog prava, pitanje aktivne legitimacije za pokretanje postupka sudske kolektivne zaštite potrošača uređuje se nacionalnim zakonodavstvom.<sup>23</sup> U tom smislu, predviđena je obaveza država članica da odrede nadležni organ koji je dužan da vodi evidenciju subjekata koji su ovlašćeni da štite kolektivna prava potrošača, kao i da ta evidencija mora na odgovarajući način biti učinjena dostupnom javnosti.<sup>24</sup> Ovim putem se pouzdano može utvrditi koji subjekti su legitimisani za pokretanje sudskog postupka. Time se ubrzavaju postupci zaštite kolektivnih interesa potrošača, jer sud ne mora posebno razmatrati pitanje da li je subjekt koji je pokrenuo postupak na to ovlašćen, već jedino da utvrdi da li se nalazi na spisku. Na ovakav način značajno se doprinosi pravnoj sigurnosti.<sup>25</sup> U ulozi subjekata ovlašćenih na podizanje tužbi mogu se javiti potrošačke asocijacije, autonomni upravni organi ili grupa potrošača koji su pretrpeli istu vrstu povrede prava. Takođe, predviđena je i obaveza usvajanja propisa kojima bi se ograničio broj pravnih lica koja su

---

<sup>20</sup> S. Triva, M. Dika, *Građansko procesno pravo*, sedmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2004, str. 824. U istom smislu, Baretić, *op. cit.*, str. 250-251.

<sup>21</sup> U najvećem broju slučajeva, radi se o pravnom odnosu ugovornog karaktera.

<sup>22</sup> Triva, Dika, *op. cit.*, str. 825.

<sup>23</sup> Vid. čl. 4. st. 3. Direktive 2009/22/EU.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> F. J. Säcker, *Die Einordnung der Verbandsklage in das System des Privatrechts*, München, 2006, str. 49-50.

ovlašćena na pokretanje postupaka kolektivne zaštite potrošača.<sup>26</sup> Ovakva obaveza obrazlaže se postojanjem velikog broja organizacija za zaštitu prava potrošača, njihovim često nedovoljnim stručnim kapacitetima, odsustvom koordinacije u njihovom radu i neznatnim uticajem najvećeg broja ovakvih asocijacija.<sup>27</sup> Na strani pasivno legitimisanog može biti jedan ili više trgovaca za koje se tvrdi da su povredili ili ugrozili neko od zakonom zagarantovanih prava potrošača.

U postupcima zaštite kolektivnih prava potrošača mesno je nadležan, pored suda prebivališta tuženog i sud na čijem području je preduzeta radnja kojom se povređuju kolektivna prava potrošača. Kada se radi o stvarno nadležnom sudu, rešenja se razlikuju od zemlje do zemlje. Negde su to sudovi opšte nadležnosti, a u nekim zemljama sudovi posebne nadležnosti.<sup>28</sup>

Uporednopravno posmatrano, kolektivna zaštita potrošača u građanskom parničnom postupku može se realizovati podizanjem udružne, popularne (*actio popularis*) ili grupne tužbe.<sup>29</sup> Udružnom tužbom zahteva se preventivna, apstraktna i posredna zaštita kolektivnih interesa potrošača, jer je usmerena na suzbijanje određenih protivpravnih postupaka trgovaca, bez obzira da li je određenim potrošačima već pričinjena konkretna šteta.<sup>30</sup> Takvom tužbom

---

<sup>26</sup> Na nivou komunitarnog prava, ovakva obaveza država članica predviđena je članom 4. Uredbe broj 2006/2004 o saradnji između nacionalnih tela odgovornih za nadzor nad sprovođenjem propisa o zaštiti potrošača (*Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and the Council of 27 October 2004 on cooperation between national authorities for the enforcement of consumer protection laws, (The Regulation on consumer protection cooperation)*, OJ L 364/1, 9.12.2004, dostupno na: [eur.lex.europa.eu/.../Lexur.Serv.do?...2004...](http://eur.lex.europa.eu/.../Lexur.Serv.do?...2004...) (datum posete: 10.09.2014). Na osnovu ove Uredbe, primera radi, Zakonom o zaštiti potrošača Hrvatske predviđeno je da će Vlada te zemlje Uredbom ovlastiti pravna lica koja imaju opravdani interes za kolektivnu zaštitu potrošača. Takva Uredba doneta je 2008. godine i njome je određeno da su na iniciranje postupka zaštite kolektivnih interesa potrošača ovlašćene: Hrvatska gospodarska komora, Hrvatska obrtnička komora, Hrvatska udruga poslodavaca, Hrvatska udruga banaka, Hrvatski ured za osiguranje, Savez udruga za zaštitu potrošača i Hrvatski savez udruga za zaštitu potrošača: "Potrošač". Iako u komparativnom pravu nije neuobičajeno da aktivnu legitimaciju za pokretanje postupaka kolektivne zaštite potrošača imaju i udruženja trgovaca (na primer, u Austriji, Grčkoj, Sloveniji), pristup prihvaćen u hrvatskom pravu karakteriše očigledna disproporcija u ovom pogledu, jer aktivnu legitimaciju poseduje pet udruženja trgovaca i samo dva udruženja potrošača.

<sup>27</sup> M. Mićović, *Zaštita prava potrošača*, Kragujevac, 2009, str. 207.

<sup>28</sup> Country Survey of Collective Redress Mechanisms, *op. cit.*

<sup>29</sup> U ovom radu bavićemo se razmatranjem udružnih i grupnih tužbi.

<sup>30</sup> Triva, Dika, *op. cit.*

postavlja se kondemnatorni zahtev, koji glasi na ispunjenje negativne nenovčane činidbe. Dakle, od tuženog se zahteva određeno uzdržavanje (nečinjenje ili propuštanje). Ona se podiže od strane subjekata koji su, radi zaštite kolektivnih interesa potrošača, zakonom na to legitimisani. Kao subjekti ovlašćeni na podizanje udružnih tužbi u svim evropskim državama javljaju se potrošačke asocijacije, a u nekima od njih i autonomni upravni organi.<sup>31</sup> Funkcija udružne tužbe prevashodno je preventivna. Naime, njome se deluje u cilju sprečavanja budućeg protivpravnog postupanja. Time se stvaraju uslovi za uredno funkcionisanje tržišta i iz pravnog prometa uklanjaju određeni oblici protivpravne poslovne prakse koji bi mogli povrediti prava potrošača.<sup>32</sup>

Grupna tužba usmerena je na reaktivnu zaštitu, tj. na popravljavanje negativnih posledica koje je već proizvelo neko protivpravno delovanje. Takvom tužbom postavlja se kondemnatorni zahtev, koji glasi na ispunjenje pozitivne, uglavnom novčane činidbe.<sup>33</sup> Dakle, od tuženog se zahteva određeno davanje ili činjenje. Podiže se u interesu grupe koju sačinjavaju potrošači koji su pretrpeli istu vrstu povrede. Po pravilu, reč je o tužbama kojima se zahteva nadoknada štete koju je pretrpeo veći broj potrošača, a koja je posledica štetne radnje istog počinioca štete. Odnosno, više štetnih radnji iste vrste počinjenih od istog štetnika. Funkcija grupne tužbe prvenstveno je kompenzaciona.<sup>34</sup> Njome se ostvaruje nadoknada štete koju su pretrpeli pripadnici grupe u čijem interesu se tužba podiže. Međutim, nesporni su i preventivni efekti ove tužbe, jer se njome posredno utiče i na usklađivanje budućeg ponašanja potencijalnih štetnika sa zahtevima pravnog poretka.<sup>35</sup> Grupna tužba može se podići ili u interesu određenog, odnosno odredivog, ili u interesu neodređenog kruga potrošača. U zavisnosti od

---

<sup>31</sup> Na primer, *Director General of Fair Trading* u Velikoj Britaniji, *Director of Consumer Affairs* u Irskoj. Willett, *op. cit.*, str. 293. U domaćoj pravnoj literaturi se za označavanje tužbi za zaštitu kolektivnih interesa potrošača koriste termini udružna, odnosno organizacijska tužba. Međutim, posmatrano sa uporednopravnog aspekta može se govoriti o neprimerenosti ovih termina, s obzirom na činjenicu da su u pojedinim zemljama i javni organi ovlašćeni na podizanje ovih tužbi. Stoga bi možda adekvatniji termini bili: potrošačke tužbe za zabranu, potrošačke tužbe za uzdržavanje, odnosno potrošačke negatorne tužbe. U tom smislu, u nemačkoj terminologiji koristi se termin *Unterassunsklagen*, u francuskoj *actions en cessations*, u engleskoj *injunctions*, a u italijanskoj *provvedimenti inhibitori*.

<sup>32</sup> Triva, Dika, *op. cit.*

<sup>33</sup> Baretić, *op. cit.*, str. 251.

<sup>34</sup> *Green Paper*, *op. cit.*, str. 64.

<sup>35</sup> *Green Paper*, *op. cit.*, str. 67.

toga, razlikuju se dva modela grupnih tužbi, tzv. *opt-out* i *opt-in* model.<sup>36</sup> Prema *opt-out* modelu, u sredstvima javnog informisanja objavljuje se podizanje grupne tužbe. Svi potrošači koji bi mogli biti članovi grupe mogu, ukoliko to žele, pismenom izjavom optirati za isključenje iz grupe, te se na njih neće odnositi presuda doneta povodom grupne tužbe. To ne isključuje mogućnost samostalnog pokretanja postupka. Prema *opt-in* modelu, svaki potrošač koji je pretrpeo istu vrstu povrede prava, mora se registrovati i pismenim putem izraziti saglasnost za priključenje grupi. Pri tome, presuda doneta povodom grupne tužbe neće se odnositi na one potrošače koji nisu pristupili grupi. Iz navedenog proizilazi da tužilac ne mora nužno biti pripadnik grupe u čijem interesu se tužba podiže. Naime, u evropskim pravnim porecima srećemo tri vrste grupnih tužbi: privatne,<sup>37</sup> organizacijske i javne. Privatna grupna tužba omogućava da grupa potrošača koji su pretrpeli istu vrstu povrede neposredno pokrene postupak u kome se zahteva nadoknada štete koja je posledica štetne radnje istog počinioca.<sup>38</sup> Organizacijskom grupnom tužbom potrošačka asocijacija pokreće postupak u kome zahteva nadoknadu štete koju su usled štetne radnje istog štetnika pretrpeli njeni članovi, dok javnu grupnu tužbu u cilju obeštećenja potrošača podiže autonomni upravni organ.<sup>39</sup>

Portugal je prva evropska država koja je u svom pravu regulisala kolektivnu zaštitu individualnih interesa potrošača putem grupne tužbe, još 1995. godine (*Lei n' 83/95 de 31 Agosto*). Kolektivna zaštita individualnih interesa potrošača putem grupnih tužbi moguća je i u: Nemačkoj, Austriji, Italiji, Holandiji, Švedskoj, Danskoj, Norveškoj, Finskoj, Velikoj Britaniji, Španiji, Grčkoj, Rumuniji, Bugarskoj i Litvaniji.<sup>40</sup> Međutim, u pojedinim evropskim državama i dalje je

---

<sup>36</sup> Z. Jelinić, Procesnopravni aspekti kolektivne zaštite prava korisnika finansijskih usluga – kreditnih dužnika, Zbornik radova: *Pravo i usluge* (priredio M. Mićović), Kragujevac, 2012, str. 845.

<sup>37</sup> Grupne tužbe u pravom smislu.

<sup>38</sup> M. Abyhammar, The Swedish Group Proceedings Act and other means for collective dispute resolution, str. 3, dostupno na: [ec.europa.eu/.../abyhammar-intervention-adr...](http://ec.europa.eu/.../abyhammar-intervention-adr...) (datum posete: 15.08.2014).

<sup>39</sup> *Ibid.* Iz činjenice da postupak kolektivne zaštite individualnih interesa potrošača mogu pokrenuti i organizacije za zaštitu potrošača, odnosno javni organi, a ne samo grupa oštećenih potrošača, proizilazi da termin grupna tužba nije sasvim adekvatan. Možda bi u ovom smislu više odgovarali termini potrošačke predstavničke ili potrošačke kompenzatorne tužbe. U italijanskoj terminologiji upotrebljava se *azioni rappresentative*, u engleskoj *representative actions*, *class action* ili *class suit*, u francuskoj *actions en representatives*.

<sup>40</sup> Country Survey of Collective Redress Mechanisms, *op. cit.*, str. 1-11.

prisutan otpor prema grupnim tužbama. U Švajcarskoj je, na primer, prilikom usvajanja saveznog Zakona o parničnom postupku (*Zivilprozessordnung*) iz 2006. godine, kojim su zamenjeni kantonalni zakoni, odbačen predlog normiranja pravila o grupnoj tužbi. Više argumenata je navedeno kao osnov takve odluke. Pre svega, naglašeno je da je takva vrsta zaštite strana evropskoj pravnoj tradiciji. Takođe, istaknuto je da grupne tužbe izazivaju oprečne stavove čak i u Sjedinjenim Američkim Državama, zemlji svog porekla, s' obzirom da mogu uzrokovati značajne proceduralne poteškoće. Ukazano je i na nedopustive manipulacije u vezi sa ovim institutom u američkoj pravnoj praksi. S' tim u vezi, uočeno je da je u najvećem broju slučajeva pretežni deo izuzetno visokih nadoknada štete koji su ostvarivani u postupcima povodom grupnih tužbi završavao na računima advokatskih kancelarija, dok su oštećeni dobijali zanemarljive sume.<sup>41</sup> To omogućava sistem ugovaranja procentualnog učešća u podeli dosuđenog iznosa (*pactum de quota litis*), koji je protivan javnom poretku.<sup>42</sup> Takođe, grupne tužbe su se neretko pretvarale u "sredstvo legalizacije iznude".<sup>43</sup> Naime, zbog medijske pažnje koja prati ovakve postupke i blagonaklonosti sudova prema oštećenima, tuženi su u najvećem broju slučajeva pristajali na zaključenje poravnanja, suočeni sa bankrotom zbog ogromne naknade koju bi morali isplatiti u slučaju osuđujuće presude.<sup>44</sup> Grupne tužbe još uvek nisu dopuštene, na primer, ni u Belgiji, Češkoj, Kipru, Mađarskoj, Irskoj, Estoniji, Letoniji, Hrvatskoj.<sup>45</sup> I pored mogućih zloupotreba koje se vezuju za grupne tužbe, na osnovu izloženog može se zaključiti da optimalan nivo sudske građanskopravne zaštite potrošača podrazumeva primenu oba analizirana procesna mehanizma. Videli smo da se do tog zaključka došlo u značajnom broju evropskih država koje u svojim nacionalnim pravnim porecima, pored mehanizama zaštite kolektivnih interesa potrošača, predviđaju i mehanizme kolektivne zaštite individualnih interesa potrošača.

---

<sup>41</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, *op. cit.*, str. 7224-7225.

<sup>42</sup> Za naše pravo, vid. čl. 461. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima: "Ali je ništav ugovor kojim bi advokat ili koji drugi nalogoprimac kupio sporno pravo čija mu je zaštita poverena ili ugovorio za sebe učešće u podeli iznosa dosuđenog njegovom nalogodavcu." Ovakav ugovor je ništav zbog nedopuštenosti predmeta ugovora. J. Radišić, *Obligaciono pravo, opšti deo*, sedmo izdanje, Beograd, 2000, str. 84.

<sup>43</sup> Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, *op. cit.*

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Country Survey of Collective Redress Mechanisms, *op. cit.*



Subjekt ovlašćen za pokretanje postupka kolektivne zaštite potrošača može predložiti sudu i donošenje privremene mere kojom se trgovcu nalaže prekid ili zabrana protivpravnog postupanja do donošenja odluke suda po tužbi. Time se obezbeđuje zadovoljavajući nivo zaštite potrošača tokom trajanja postupka. Naime, u slučaju da se trajanje sudskog postupka proteže u dužem vremenskom periodu, ovakvim rešenjem se na efikasan način sprečavaju dejstva protivpravnog delovanja trgovca po interese potrošača.<sup>46</sup>

Značajna garancija adekvatne zaštite kolektivnih interesa potrošača su i posebna pravila koja predviđaju obrtanje tereta dokazivanja u parničnom postupku. Naime, u većini evropskih pravnih poredaka normirano je da teret dokazivanja taksativno nabrojanih činjenica u slučaju spora povodom kolektivne zaštite potrošača pada na trgovca.<sup>47</sup>

Skraćenje postupka u postupcima kolektivne zaštite potrošača realizuje se izvesnim odstupanjima od opšteg parničnog postupka, a posebno ostavljanjem slobode sudu da odluči da žalba ne zadržava izvršenje presude, odnosno da odredi kraći rok od propisanog za izvršenje činidbe koja je naložena tuženom.<sup>48</sup>

Poseban značaj u postupcima sudske građanskopravne kolektivne zaštite potrošača imaju dva specifična procesnopravna mehanizma koja u velikoj meri doprinose poboljšanju položaju potrošača u parnici. Prvi je mogućnost normiranja da pravosnažna presuda doneta u parnicama pokrenutim udružnom tužbom ima značaj rešenja prejudicijelnog pitanja, ako nakon nje usledi individualna parnica za naknadu štete. Drugi je rešenje koje predviđa proširenje subjektivnih granica pravosnažnosti osuđujućih presuda u ovim parnicama, na način da odluka doneta u parnicama kolektivne pravne zaštite obavezuje i ostale trgovce.<sup>49</sup> Tako bi pravosnažna presuda kojom je, na primer, zabranjeno ugovaranje određene nepravične ugovorne odredbe, delovala i protiv trgovaca koji nisu učestvovali kao stranka u postupku u kome je ona doneta, a koji u svom poslovanju sa potrošačima takođe ugovaraju odredbe istovetne sadržine. U pravnim porecima koji ne predviđaju proširenje subjektivnih granica pravosnažnosti u parnicama povodom kolektivne zaštite potrošača, kao efikasno sredstvo može poslužiti pokretanje postupka zabrane protiv većeg broja trgovaca, odnosno udruženja trgovaca koji u svom poslovanju protivpravno

---

<sup>46</sup> Ferrier, *op. cit.*

<sup>47</sup> Triva, Dika, *op. cit.*, str. 826.

<sup>48</sup> *Ibid.*, str. 428.

<sup>49</sup> *Ibid.*

postupaju. Primera radi, koriste istovetne nepravilne odredbe.<sup>50</sup> Pri tome, svi oni moraju biti poimenice navedeni u tužbi. U suprotnom, prema opštim pravilima o granicama pravosnažnosti presude trgovac bi bio obavezan uzdržavati se od ugovaranja samo onih nepravilnih ugovornih odredaba na koje se presuda protiv njega odnosi. U tom smislu, ako bi umesto ugovorne odredbe čije mu je korišćenje zabranjeno pravosnažnom sudskom odlukom u svom poslovanju sa potrošačima počeo ugovarati drugu, sadržajno drugačiju a takođe nepravilnu ugovornu odredbu, ranija presuda ne bi se odnosila i na tu naknadno umetnutu odredbu, već bi se protiv istog trgovca morao pokrenuti novi postupak u kojem bi se zahtevala zabrana ugovaranja takve odredbe.

## 6. Upravnopravna kolektivna zaštita potrošača

Već je rečeno da se posmatrano sa aspekta subjekata koji su ovlašćeni da pokrenu postupak zaštite, upravnopravna zaštita kolektivnih prava i interesa potrošača svrstava u javnopravnu zaštitu potrošača.

Uloga javne uprave u zaštiti prava i interesa potrošača bazira se na dužnosti države da nadgleda tržište u celini i istovremeno štiti javni interes, iz čega proizilazi da je i upravnopravna zaštita kolektivnih interesa potrošača samo jedan segment državnog nadzora nad tržištem.<sup>51</sup> Ovaj oblik zaštite podrazumeva učešće javne uprave u dostizanju višeg nivoa ostvarivanja kolektivnih prava potrošača kroz delotvoran nadzor nad funkcionisanjem tržišta u vidu njegovog praćenja, usmeravanja i sankcionisanja uočenih povreda.<sup>52</sup>

Propisi komunitarnog prava predviđaju široka ovlašćenja i aktivnu ulogu upravnih organa u interpretaciji potrošačkih zajedničkih prava i interesa. To ima za posledicu da je unutar Evropske unije uočljiva tendencija sve većeg doprinosa javne uprave u kolektivnoj zaštiti potrošača.<sup>53</sup> Pri tome, uloga upravnih organa može biti preventivna i reaktivna. Preventivna zaštita kolektivnih prava potrošača podrazumeva nadzorno delovanje nadležnih upravnih organa pre

---

<sup>50</sup> Na primer, do usvajanja Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 36/2011), u poslovnoj praksi banaka u našoj zemlji je prilikom zaključenja potrošačkih ugovora o hipotekarnom kreditu bilo uobičajeno ugovaranje odredbe kojom je u korist banaka predviđana mogućnost *jednostranog* povećanja prvobitno ugovorene kamatne stope, u skladu sa *poslovnom politikom banke*.

<sup>51</sup> W. Brom, *Das Verhältnis von mittelbarer Staatsverwaltung und Staatsaufsicht im Wirtschaftsrecht*, Kommunikation ohne Monopole, Baden-Baden, 1995, str. 255.

<sup>52</sup> Jovanić, *op. cit.*, str. 182.

<sup>53</sup> Country Survey of Collective Redress Mechanisms, *op. cit.*, str. 7.

nastupanja povrede odnosnih prava. Ovakva zaštita znači da organi javne uprave imaju obavezu da sprovode neophodne mere kontrole i istraživanja tržišta, što im omogućava uočavanje pojava oblika mogućih povreda legitimnih kolektivnih interesa potrošača.<sup>54</sup> U okviru *ex ante* zaštite kolektivnih prava potrošača veoma je važna uloga inspekcijskog nadzora, koji se vrši preduzimanjem inspekcijskih mera i radnji kako bi se utvrđeno stanje i poslovanje usaglasilo sa propisima. Kao takav, inspekcijski nadzor predstavlja poseban oblik institucionalne zaštite potrošača.<sup>55</sup> Reaktivna zaštita podrazumeva preduzimanje određenih mera nakon nastupele povrede kolektivnih prava potrošača. Vrste sankcija koje mogu izreći organi javne uprave nadležni za sprovođenje propisa iz oblasti kolektivne zaštite potrošača razlikuju se od zemlje do zemlje.<sup>56</sup> Generalno posmatrano, mogu se razlikovati neformalne i formalne sankcije. Prve se odnose na različite vidove neformalnih mera koje preduzimaju upravni organi kao što su, primera radi, savetovanje i pregovaranje. U drugu grupu spadaju sankcije formalnog karaktera, poput pismene opomene ili rešenja donetog u upravnom postupku kojim se izriču određeni nalozi, pa sve do oduzimanja dozvole za rad trgovcu koji krši kolektivna prava potrošača. Posebno značajne su i tzv. mandatne kazne, odnosno novčane kazne koje se za povredu zakonom zagarantovanih kolektivnih interesa potrošača mogu izreći nezavisno od navedenih sankcija. Međutim, novčane kazne mogu imati i karakter procesnog penala zbog nepoštovanja prethodno izrečenih sankcija. U tom smislu, u pojedinim nacionalnim zakonodavstvima upravnim organima nadležnim za kolektivnu zaštitu potrošača data je mogućnost izricanja novčane kazne u fiksnom iznosu za svaki dan zadocnjenja sa prilagođavanjem poslovanja izrečenim merama.<sup>57</sup>

### **7. Karakteristični modeli zakonskog uređenja kolektivne zaštite potrošača u pravnim porecima evropskih država**

U svim državama članicama Evropske unije obezbeđen je neki vid procedure kolektivne zaštite potrošača, kao rezultat implementacije Direktive 98/27/EU o sudskim (upravnim) zabranama<sup>58</sup> i Direktive 2009/22/EU u njihove nacionalne

---

<sup>54</sup> Jovanić, *op. cit.*, str. 184-185.

<sup>55</sup> N. Bačanin, Inspekcijski nadzor kao poseban oblik institucionalne zaštite potrošača, Zbornik radova: *Od caveat emptor do caveat venditor*, Kragujevac, 2009, str. 445-456.

<sup>56</sup> Country Survey of Collective Redress Mechanisms, *op. cit.*, str. 8.

<sup>57</sup> Jovanić, *op. cit.*, str. 190-191.

<sup>58</sup> O implementaciji Direktive 98/27/EU u nacionalnim pravnim porecima država članica Evropske

zakone. Međutim, u pojedinim pravnim porecima uočljive su značajne razlike po pitanju vrste prihvaćenog postupka zaštite kao i vrste, odnosno dejstva mera koje preduzimaju nadležni organi. To ukazuje na nedoslednost načina na koji se komunitarne mere sprovode na nacionalnom nivou i na okolnost da nedostatak uniformnosti u pogledu kolektivne zaštite potrošača predstavlja prepreku ovlašćenim subjektima da pokrenu odgovarajući postupak zaštite kolektivnih prava potrošača u drugoj državi članici.<sup>59</sup>

U pogledu načina implementacije propisa komunitarnog prava u ovoj materiji mogu se razlikovati tri karakteristična pristupa. To su građanskopravni (civilistički ili sudski), upravnoopravni (administrativni) i tzv. kombinovani (civilističko-administrativni) model pravne zaštite kolektivnih prava potrošača. Građanskopravni podrazumeva izricanje opštih građanskopravnih sankcija od strane sudova opšte ili posebne nadležnosti. Upravnoopravni model karakteriše postojanje određenih upravnih organa nadležnih za kolektivnu zaštitu prava potrošača. Kombinovani model baziran je na ideji prevazilaženja nedostataka svakog od prethodnih modela upravo optimalnim nivoom korišćenja njihovih pozitivnih strana. Ovaj model preovlađuje u praksi. U nastavku izlaganja ukazujemo na neke od usvojenih rešenja, koji oslikavaju različite odgovore nacionalnih pravnih poredaka na istovetne zahteve komunitarnog prava.

Model kolektivne zaštite potrošača u Nemačkoj navodi se kao najbolji i najrazrađeniji primer građanskopravne sudske zaštite. Udružne tužbe u ovoj zemlji dopuštene su još Zakonom o uređenju prava opštih uslova poslovanja (*Gesetz zur Regelung Des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen - AGBG*) iz 1976. godine. Njime je bila uređena mogućnost podnošenja udružnih tužbi u cilju zabrane korišćenja nepravilnih odredaba u opštim uslovima poslovanja. Pošto je ovaj Zakon stavljen van snage 2002. godine, zaštita kolektivnih interesa potrošača putem udružnih tužbi sada je uređena Zakonom o tužbama za propuštanje (*Unterlassungsklagengesetz - UklG*) iz 2002. godine.<sup>60</sup> Ovim Zakonom u nemačko pravo je implementirana Direktiva 98/27/EU. U Nemačkoj je predviđena i jedna

---

unije, vid. M. Ebers, *Unfair Contract Terms Directive, EC Consumer Law Compendium - Comparative Analysis*, uredio i objavio tim pod vođstvom H. Schulte-Nolke, Bielefeld, 2008, str. 428-431, dostupno na: [http://ec.europa.eu/consumers/right/docs/consumer\\_law\\_compendium\\_comparative\\_analysis\\_en\\_final.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/right/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf) (datum posete: 15.09.2014).

<sup>59</sup> M. Jovanović Zatića, Mere kolektivne zaštite potrošača – pro et contra, *Pravo i privreda*, Beograd, br. 7-9/2011, str. 218.

<sup>60</sup> D. Beatge, *Class Actions, Group Litigations & Other Forms of Collective Litigation*, str. 5, dostupno na: [globalclassaction.stanford.edu/.../Germany](http://globalclassaction.stanford.edu/.../Germany) (datum posete: 15.08.2014).

specifična varijanta grupnih tužbi i to Zakonom o postupku model slučaja u sporovima iz transakcija na tržištu kapitala (*Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz – KapMug*) iz 2005. godine. Pravila ovog Zakona omogućavaju donošenje tzv. model-presude kojom će se na kraju rešiti čitav niz sličnih slučajeva. Naime, ovaj Zakon usvojen je kao reakcija na preko sedamnaest hiljada individualnih sudskih postupaka pokrenutih u periodu od 2001. do 2003. godine protiv kompanije *Deutsche Telekom AG* od strane njenih akcionara. Tužbeni zahtevi bili su usmereni na nadoknadu štete koja je uzrokovana objavljivanjem pogrešnih podataka u dva prospekta *Deutsche Telekom*-a 1999. i 2000. godine. Rezultat toga je bio pad vrednosti akcija kompanije. Zakonom o postupku model slučaja iz transakcija na tržištu kapitala prihvaćen je *opt-in* model kolektivne zaštite. Svako lice koje želi da se na njega odnosi model-presuda mora se registrovati i pismenim putem izraziti saglasnost za priključenje grupi. Model-presuda obavezujuća je za sve slučajeve koji se vode u isto vreme. Kada se jednom donese, nastavljaju se jedino pojedinačne parnice, dok će stranke priključene grupi biti vezane model-odlukom. Zakon sadrži klauzulu vremenskog važenja (*Auslaufklausel*) kojom je predviđeno da će se nakon pet godina (odnosno u novembru 2010. godine) preispitivati u smislu izmena, ponavljanja, obnavljanja ili produžavanja. U tom smislu, *Bundestag* je 2010. godine produžio njegovo važenje do kraja 2012. godine.<sup>61</sup>

U Austriji je takođe prihvaćen građanskopravni model. Interesantan je proces razvoja mehanizama kolektivne zaštite prava potrošača u ovoj zemlji. Naime, ni austrijski Zakon o parničnom postupku (*Zivilprozessordnung – ZPO*), niti Potrošački zakon (*Konsumentenschutzgesetz – kSchG*) nisu predviđali mehanizme kolektivne zaštite. U skladu sa tim, aktivnošću najuticajnije organizacije za zaštitu potrošača (*Verin für Konsumenteninformation – VKI*) u praktičnoj primeni je razvijen specifičan sistem kolektivne zaštite prava potrošača. Naime, ova potrošačka asocijacija je u ogromnom broju individualnih sudskih postupaka zastupala potrošače čija prava su povređena u tržišnim odnosima sa trgovcima. Ovakav pristup, nazvan "austrijskim modelom grupne zaštite potrošača", uzrokovao je zakonodavnu reformu, čiji ishod je mogućnost podizanja grupnih tužbi u ovoj zemlji od 2010. godine, kada su stupile na snagu izmene i dopune Potrošačkog zakona. I u Austriji je prihvaćen *opt-in* model kolektivne zaštite.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, str. 8.

<sup>62</sup> *Class action*, dostupno na: [en.wikipedia.org/wiki/class-action](http://en.wikipedia.org/wiki/class-action) (datum posete: 11.09.2014).

U pravnoj literaturi se kao primeri upravnopravnog pristupa u oblasti kolektivne zaštite potrošača obično navode Francuska i Poljska. Međutim, rešenje usvojeno u francuskom pravu ne podrazumeva isključivu upravnopravnu zaštitu potrošača. Naime, Generalni direktorat za konkurenciju, suzbijanje konkurencije i potrošačka pitanja u okviru Ministarstva ekonomije i finansija je u ovoj zemlji nadležan za kreiranje i sprovođenje politike zaštite potrošača, pa time i za zaštitu njihovih kolektivnih prava. Generalni direktorat je ovlašćen da neposredno u upravnom postuku izriče zakonom predviđene mere. Međutim, u Francuskoj postoji i jedan specifičan model sudske kolektivne zaštite individualnih interesa potrošača. Doduše, veoma ograničenog područja primene. Naime, Zakonom 92-60 iz 1992. godine predviđen je jedan oblik organizacijskih grupnih tužbi.<sup>63</sup> Pravilima ovog Zakona omogućeno je da najmanje dva potrošača koji su oštećeni istovetnim protivpravnim delovanjem istog trgovca pismenom izjavom ovlaste organizaciju za zaštitu potrošača da u njihovo ime tuži tog trgovca.<sup>64</sup> Međutim, od 1992. do 2006. godine na ovaj način pokrenuto je svega pet sudskih postupaka.<sup>65</sup> Administrativni pristup kolektivne zaštite potrošača u čistom vidu prihvaćen je u Poljskoj, s' tim što je zaštita ograničena na postupke uklanjanja nepravilnih odredbi opštih uslova formularnih ugovora i na postupke zabrane nepoštenog poslovanja. Organ nadležan za sprovođenje posebnog upravnog postupka zaštite kolektivnih prava potrošača i za izricanje zakonom predviđenih mera je Komisija za zaštitu konkurencije i potrošača.

U pravnoj teoriji se kao normativno najrazrađeniji model kombinovane (civilno-administrativne) kolektivne zaštite potrošača ističe model prihvaćen u zemljama skandinavskog pravnog kruga. Zemlje Skandinavije imaju veoma razvijenu tradiciju postojanja potrošačkog ombudsmana kao najznačajnijeg organa javne uprave nadležnog za poslove zaštite potrošača.<sup>66</sup> Potrošački ombudsmani u Švedskoj, Danskoj, Norveškoj i Finskoj su, između ostalog, zakonski ovlašćeni da pokreću i sprovode poseban upravni postupak zaštite kolektivnih prava potrošača, izriču određene kazne za povredu tih prava, kao i da donose

---

<sup>63</sup> Privatne grupne tužbe nisu dopuštene u Francuskoj.

<sup>64</sup> Country Survey of Collective Redress Mechanisms, *op. cit.*, str. 4.

<sup>65</sup> Na inicijativu tadašnjeg predsednika Francuske Žaka Širaka, 2006. godine pokrenut je postupak reforme potrošačkog zakonodavstva. Predložene izmene su, između ostalog, predviđale i mogućnost podizanja privatnih grupnih tužbi. Zanimljivo je da je čak i predsednik Vrhovnog suda Francuske izjavio da je uvođenje grupnihe tužbi u francuski pravni poredak "neminovnost i realnost". Međutim, Predlog za izmene Zakona 92-60 povučen je 2007. godine. Vid. *Class action, op. cit.*

<sup>66</sup> Od kojih je najstariji švedski potrošački ombudsman.

privremene mere zabrane protivpravnog postupanja. Međutim, pored kolektivne zaštite potrošača u upravnom postupku, u skandinavskim zemljama je naporedo uvedena i sudska građanskopravna kolektivna zaštita, u nastojanju prevazilaženja nedostataka upravnog korišćenjem prednosti sudskog postupka. Sistem sudske građanskopravne kolektivne zaštite u Švedskoj uspostavljen je Zakonom o grupnim tužbama, koji je stupio na snagu 2003. godine.<sup>67</sup> Njegovim odredbama predviđene su sve tri vrste grupnih tužbi: privatne, organizacijske i javne.<sup>68</sup> U materiji zaštite prava potrošača javne grupne tužbe može podići Potrošački ombudsman. Ovim tužbama se, dakle, može istovremeno zahtevati zabrana određenog protivpravnog delovanja trgovca i nadoknada štete koja je takvim delovanjem prouzrokovana većem broju potrošača.<sup>69</sup> Prilikom odlučivanja o dopuštenosti tužbe, sud procenjuje da li je grupna tužba najprimerenija procesna alternativa za ostvarivanje zaštite prava oštećenih potrošača, ili je za to pogodnija zaštita u upravnom postupku.<sup>70</sup> Prihvaćen je *opt-in* model kolektivne zaštite.<sup>71</sup> Slična pravna pravila usvojena su u Norveškoj 2005. godine (*Zakon o medijaciji i parničnom postupku/Om mekling og rettergang i siviletvister – Twistenloven 2005 no. 90*) i u Danskoj 2008. godine. U Danskoj su

<sup>67</sup> E. Hondius, *E Proactive Comparative Law: The Case of Nordic Law*, str. 144, dostupno na: [www.scandinavianlaw.se/pdf/so-9.pdf](http://www.scandinavianlaw.se/pdf/so-9.pdf) (datum posete: 07.10.2012).

<sup>68</sup> Važno je napomenuti da primena pravila ovog Zakona nije ograničena isključivo na zaštitu prava potrošača, već se njime uređuju i odgovarajući odnosi u materiji prava zaštite životne sredine (ekološkog prava) i radnog prava. Abyhammar, *op. cit.*, str. 2.

<sup>69</sup> U Švedskoj je od stupanja na snagu pomenutog Zakona pokrenuto devet postupaka po grupnim tužbama. I to osam po privatnim, a jedan po javnoj grupnoj tužbi. Nijedan od tih postupaka nije pravosnažno okončan zaključno sa 2012. godinom. Kao primer, može nam poslužiti slučaj "*Kraftkommision*" (*Konsumentombudsmannen v Kraftkommision, Sverige AB*). Ovde je Potrošački ombudsman pokrenuo sudski postupak zahtevajući obeštećenje za oko sedam hiljada oštećenih potrošača. Naime, u pojedinačnim ugovorima o snabdevanju električnom energijom bila je određena fiksna cena po kilovat času, u toku vremenskog perioda od dve godine, računajući od zaključenja ugovora. Međutim, u opštim uslovima poslovanja kompanije *Sverige AB* nalazila se odredba prema kojoj je moguće jednostrano povećanje ugovorom određene cene električne energije, u skladu sa poslovnim politikom kompanije. Treba pomenuti i da je u Švedskoj medijska promocija sudske zaštite po grupnim tužbama imala za posledicu da je četrnaest sporova okončano pre procesuiranja, vansudskim putem. Lindbom, *op. cit.*, str. 23-24.

<sup>70</sup> Vid. Abyhammar, *op. cit.*, str. 3.

<sup>71</sup> Specifičnost i značajni praktični rezultati zakonskog regulisanja kolektivne zaštite potrošača putem grupnih tužbi u Švedskoj, koje karakteriše odstupanje od *opt-out* modela zaštite koji je prihvaćen u američkom pravu (američki model), imaju za posledicu da se *opt-in* model kolektivne zaštite u teoriji naziva švedskim modelom kolektivne zaštite individualnih interesa potrošača.

predviđena oba modela uključenja, odnosno isključenja iz spora, i *opt-in* i *opt-out* model kolektivne zaštite. *Opt-out* model primenjuje se jedino u situacijama kada je tužilac Potrošački ombudsman.<sup>72</sup> U Finskoj je sudska građanskopravna kolektivna zaštita potrošača normirana Zakonom o grupnim tužbama iz 2007. godine (*Regjeringen 444/2007*). U poređenju sa ostalim pravima zemalja skandinavskog pravnog kruga, finski model zaštite sadrži dva značajna ograničenja. Prvo, područje primene protektivnih pravila ograničeno je isključivo na materiju zaštite potrošača. Drugo, u Finskoj su dozvoljene jedino javne grupne tužbe, te postupak može pokrenuti samo Potrošački ombudsman.<sup>73</sup> Prihvaćen je *opt-in* model kolektivne zaštite. U skandinavskim zemljama postupak povodom grupnih tužbi može se voditi u svim potrošačkim sporovima.<sup>74</sup>

### 8. Kolektivna zaštita potrošača u pravu Srbije

Novim Zakonom o zaštiti potrošača Srbije iz 2014. godine, u naš pravni poredak uveden je upravnopravni model kolektivne zaštite prava i interesa potrošača. Odredbama ovog zakona definiše se pojam "kolektivnog interesa potrošača", određuju subjekti ovlašćeni za pokretanje postupka kolektivne zaštite, utvrđuju mere zaštite kolektivnih interesa potrošača koje se mogu izreći u slučaju utvrđene povrede prava, kao i mehanizmi inspekcijskog nadzora nad sprovođenjem izrečenih mera.

Prema pravilu iz člana 145. stav 1. Zakona o zaštiti potrošača, povreda kolektivnog interesa postoji kada je najmanje deset potrošača pretrpelo povredu zakonom zagarantovanih prava, istovetnom radnjom istog trgovca. Posebno se naglašava da povreda kolektivnog interesa postoji u slučajevima vršenja nepoštenih poslovnih prakse i ugovaranja nepravilnih odredbi u potrošačkim ugovorima.<sup>75</sup> Izuzetno, povreda kolektivnog interesa može se utvrditi i ako je broj potrošača čija prava su u konkretnom slučaju povređena manji od deset, imajući u vidu trajanje i učestalost postupanja trgovca, kao i činjenicu da takvo postupanje ispoljava negativne efekte prema svakome ponaosob od oštećenih potrošača.<sup>76</sup> Organ javne uprave ovlašćen za pokretanje i vođenje upravnog

---

<sup>72</sup> Country Survey of Collective Redress Mechanisms, *op. cit.*, str. 3. i 7.

<sup>73</sup> K. Viitanen, Evaluation of the effectiveness and efficiency off collective redres mechanisms in the European Union – country report Finland, str. 3, dostupno na: [ec.europa.eu/.../fi-country-report-final/pdf](http://ec.europa.eu/.../fi-country-report-final/pdf) (datum posete: 14.08.2014).

<sup>74</sup> Hondius, *op. cit.*, str. 155.

<sup>75</sup> Vid. čl. 145. st. 2. Zakona o zaštiti potrošača.

<sup>76</sup> Vid. čl. 145. st. 3. Zakona o zaštiti potrošača.



postupka zaštite kolektivnih interesa potrošača je Ministarstvo nadležno za poslove trgovine.<sup>77</sup> Ministarstvo postupak pokreće po zahtevu ovlašćenog lica ili *ex officio*. Po službenoj dužnosti Ministarstvo pokreće postupak ako tokom redovnog tržišnog nadzora oceni da neko postupanje trgovaca ugrožava ili pretili da ugrozi kolektivni interes potrošača, kao i kada na osnovu dostavljenih inicijativa, informacija i ostalih raspoloživih podataka proceni da postoji povreda tog interesa.<sup>78</sup> Zahtev za zaštitu kolektivnog interesa potrošača mogu podneti i potrošačke asocijacije koje su evidentirane u skladu sa zakonskim propisima.<sup>79</sup> Shodno pravilima komunitarnog prava, Zakonom o zaštiti potrošača predviđeno je da nadležno ministarstvo ima obavezu da vodi evidenciju udruženja ili saveza koji su ovlašćeni da štite kolektivne interese potrošača i da ta evidencija mora biti učinjena dostupnom javnosti na internet stranici ministarstva. U postupku zaštite kolektivnih interesa potrošača primenjuju se pravila opšteg upravnog postupka. Ako se utvrdi postojanje povrede kolektivnih interesa potrošača, rešenjem se nalažu mere zabrane kojima se trgovac protiv koga je postupak vođen obavezuje da preduzme određeno pozitivno ili negativno ponašanje. Dakle, da preduzme određenu radnju ili da se uzdrži od određenog protivpravnog postupanja u budućnosti. Rešenjem se trgovcu može naložiti da: a) prekine ponašanje kojima se povređuju kolektivna prava potrošača, kao i da se od takvog postupanja uzdržava u daljem poslovanju; b) otkloni utvrđenu nepravilnost; v) prestane sa nepoštenom poslovnom praksom; g) bez odlaganja obustavi ugovaranje nepravilnih ugovornih odredbi.<sup>80</sup> Takođe, predviđena je i mogućnost donošenja privremene mere kojom se trgovcu nalaže prekid ili zabrana protivpravnog postupanja do donošenja odluke u postupku.<sup>81</sup> Time se obezbeđuje zadovoljavajući nivo zaštite potrošača tokom trajanja postupka. Nadzor nad sprovođenjem izrečenih mera zaštite kolektivnih interesa potrošača vrši tržišna inspekcija. Ako se u postupku inspeksijskog nadzora utvrdi da određeni trgovac svoje poslovanje nije prilagodio izrečenim merama, tržišni inspektor će doneti rešenje kojim nalaže otklanjanje uočenih nepravilnosti. Pokretanje i vođenje upravnog postupka za zaštitu kolektivnih interesa potrošača ne predstavlja procesnu smetnju za pokretanje parničnog postupka. Dakle, potrošač kome je protivpravnim postupanjem prouzrokovana šteta može pred nadležnim sudom

---

<sup>77</sup> Vid. čl. 146. st. 1. Zakona o zaštiti potrošača.

<sup>78</sup> Vid. čl. 146. st. 2-3. Zakona o zaštiti potrošača.

<sup>79</sup> Vid. čl. 147. Zakona o zaštiti potrošača.

<sup>80</sup> Vid. čl. 150. Zakona o zaštiti potrošača.

<sup>81</sup> Vid. čl. 151. Zakona o zaštiti potrošača.

ostvariti pravo na individualnu sudsku građanskopravnu zaštitu i zahtevati nadoknadu štete, odnosno neki drugi vid zaštite svojih legitimnih prava.<sup>82</sup>

Na osnovu izloženog, zaključujemo da pravila predviđena Zakonom o zaštiti potrošača predstavljaju "veliki korak unazad" u odnosu na rešenja koja su u našem pravu postojala pre njegovog usvajanja. Naime, njime je kod nas praktično ukinuta mogućnost sudske građanskopravne kolektivne zaštite potrošača. Prema novim rešenjima, upravni postupak zaštite kolektivnih interesa potrošača pokreće se samo onda kada Ministarstvo nadležno za poslove trgovine proceni da je došlo do povrede kolektivnih interesa. To znači da će kolektivna zaštita potrošača zavisiti od diskrecionih odluka i ovlašćenja službenika zaposlenih u nadležnom ministarstvu. Takođe, oštećeni potrošači ne mogu da budu stranka u postupku, što ih praktično lišava mogućnosti da imaju bilo kakav uvid i uticaj na tok postupka. Verovatno je zakonodavac smatrao da su interesi potrošača u dovoljnoj meri reprezentovani kroz dopuštenost predavljanja od strane evidentiranih organizacija za zaštitu potrošača. Međutim, u doktrini se ističe da između potrošačkih asocijacija i potrošača ne postoji tako uska veza koja bi prve legitimisala za isključivo zastupanje potrošačkih interesa.<sup>83</sup> Takođe, smatra se da su potrošači koji iz pravnih razloga ne mogu inicirati postupak zaštite kolektivnih interesa u veoma nepovoljnoj situaciji, jer njihova pravna zaštita ne zavisi od njihove volje, već od odluke organizacije za zaštitu potrošača.<sup>84</sup> Ne možemo se oteti utisku da u našim uslovima postoji visok stepen opasnosti da odluka o pokretanju postupka, a time i kolektivna zaštita potrošača, bude direktno uslovljena nekim "vanpravnim činjenicama", kao što su: odnos snaga u društvu, procena "pretežnijih" interesa, ekonomska snaga pojedinih poslovnih subjekata, uticaj određenih interesnih grupa, nedovoljni ekonomski i kadrovski potencijali potrošačkih udruženja i sl. Za delotvornost upravnopravne zaštite kolektivnih interesa potrošača nužni su jaki kadrovski i finansijski kapaciteti javne uprave i razvijena kultura poštovanja prava potrošača.<sup>85</sup> Čini nam se da nećemo previše pogrešiti ako zaključimo da u našoj zemlji ove pretpostavke još uvek nisu ispunjene.

---

<sup>82</sup> Vid. čl. 153. Zakona o zaštiti potrošača.

<sup>83</sup> Säcker, *op. cit.*, str. 50.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Jovanić, *op. cit.*, str. 195.

## 9. Zaključak

Položaj potrošača kao podređene strane u ugovornom odnosu sa trgovcem uslovio je iznalaženje novih, delotvornijih oblika zaštite koja se više nije mogla ostvariti isključivo individualnom sudskom građanskopravnom zaštitom potrošačkih prava. Potrošač kao pojedinac više nije mogao zaštititi svoje interese u odnosu sa iskusnijim, obaveštenijim, kompetentnijim i finansijski nadmoćnijim trgovcem. Tome su posebno doprineli nedostaci koncepta individualne zaštite kao što su: dugotrajnost sudskih postupaka, neznatna vrednost predmeta spora, nesrazmerno visoki troškovi postupka.

Vremenom je došlo do razvoja svesti da, pored individualnih interesa pojedinih potrošača, postoje i kolektivni interesi celokupne potrošačke populacije. Međutim, heterogena i nepovezana potrošačka populacija nije se mogla ravnopravno "nositi" sa organizovanim oblicima udruživanja trgovaca. Takvo stanje neravnoteže postalo je neodrživo, ne samo sa aspekta pojedinih potrošača koji su bili izloženi negativnim posledicama takvog tržišnog okruženja, već i sa aspekta društva kao celine. Nametnula se nužnost intervencije javnih vlasti kako bi se ponovo uspostavila narušena tržišna ravnoteža, garantovanjem pojačane zaštite potrošačima. U okviru takvog delovanja, postepeno su razvijani raznovrsni procesnopravni mehanizmi zaštite kolektivnih prava i interesa potrošača. I dok se za materijalna pravila u oblasti zaštite potrošača na evropskom nivou može reći da su u velikoj meri usklađena kao posledica integracije nacionalnih tržišta, to se ne bi moglo reći za postupak zaštite zakonom zagarantovanih kolektivnih prava potrošača. Naime, u svim državama članicama Evropske unije obezbeđen je neki vid procedure kolektivne zaštite potrošača, kao rezultat implementacije komunitarnog prava u njihova nacionalna zakonodavstva. Međutim, u pojedinim pravnim porecima uočljive su značajne razlike po pitanju vrste prihvaćenog postupka zaštite, kao i vrste mera koje preduzimaju nadležni organi. U tom smislu, razlikuju se: građanskopravni (sudski), upravnoopravni i kombinovani (sudsko-upravni) model pravne zaštite kolektivnih prava potrošača. Pozitivne strane upravnoopravnog modela u poređenju sa sudskom zaštitom su bolja preventivna uloga, ekspeditivnost u pružanju pravne zaštite, manji troškovi, efikasnost delovanja, bolje poznavanje tržišta i stručnost u njegovom nadgledanju. Međutim, ovaj model karakterišu i značajni nedostaci koji u velikoj meri utiču na njegovu delotvornost. Pre svega, da li upravni organ treba da bude ovlašćen i da li je sposoban da ceni i definiše niz apstraktnih pravnih pitanja, koja su tradicionalno u nadležnosti suda. Primera radi, da li je određeno ponašanje trgovca protivno načelu savesnosti i poštenja, šta predstavlja značajna nesrazmera uzajamnih prava i obaveza ugovornika, određivanje granica pojmova potrošač i trgovac, da li je određeno

postupanje trgovca nepošteno, šta obuhvataju standardi prosečne pažnje itd. Krupan nedostatak upravno-pravnog modela su i diskreciona ovlašćenja organa uprave povodom odlučivanja o pokretanju, vođenju i prekidu postupka. Sa druge strane, značajna prednost sudske zaštite je nezavisnost sudske vlasti. Stoga zaključujemo da je na polju zaštite kolektivnih prava potrošača najpogodniji kombinovani, tj. sudsko-upravni put pravne zaštite koji je zasnovan na ideji prevazilaženja nedostataka svakog od prethodnih modela upravo optimalnim nivoom korišćenja njihovih pozitivnih strana.

Zoran Vuković\*

## Collective consumer's protection

### Summary

Totality of legal rules that regulate issues of consumer's protection form the special legal regime by which the established relations between consumer and trader are regulated. These rules serve to regulate whole series of substantive law issues from this specific area of legal relations. However, it has been noticed during the time that state intervention in market relations by imposing substantive law rules is insufficient and that efficient protection of consumers in this area demands to deal with the specific procedural law problems in this field. Thus, in order to achieve interests which were recognised as substantive rights, consumers have the legal protection proceedings at their disposal in case of breach of those substantive rights.

This paper is focused to analysis of administrative law and civil law protection of consumer's collective interests. Therefore, the object of research is limited in sense that it did not involve consideration of all measures and instruments available to authorised persons, but it intended to determine in a systematic way basic features and elements, as well as advantages and disadvantages of these aspects of consumer's protection.

**Keywords:** consumer's protection, consumer's collective rights, civil law protection, administrative law protection, procedure.

---

\* Assistant at the Faculty of Law University of Kragujevac.