

Godina XV

2013.

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., XV(2013) 2-3. U elektronskom formatu Revija je dostupna na: <http://www.pravo.eu.org/revija-za-evropsko-pravo.html>

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 XV

2013.

Broj 2-3.

SADRŽAJ

ČLANCI

Vesna Lazić	The Revised <i>Lis pendens</i> -rule in the Brussels Jurisdiction Regulation	5
Zoran Radivojević	O neposrednom dejstvu direktiva Evropske unije	27
Vladimir Medović	Aktivna legitimacija trećih država u postupcima pred Sudom pravde	47
Ivanka Spasić	Koncept i pravno uređenje sporazuma o distribuciji u pravu EU	69
Borko Mihajlović	Pravna priroda prava potrošača na odustanak od ugovora	91

PRILOZI

Danijela Kukuruzović	Institut zastupništva u teoriji i pravu Evropske unije	109
----------------------	--	-----

REVIEW OF EUROPEAN LAW

Periodical Review of the Association for European Law

Volume XV

2013

No 2-3

CONTENTS

ARTICLES

Vesna Lazić	The Revised <i>Lis pendens</i> -rule in the Brussels Jurisdiction Regulation	5
Zoran Radivojević	About the Direct Effect of European Union Directives	27
Vladimir Medović	Locus standi of Non-member States in Proceedings before the Court of Justice of the EU	47
Ivanka Spasić	Concept and Normative Regime of Distribution Agreements in EU Law	69
Borko Mihajlović	Legal Nature of Consumer's Right on Withdrawal	91

CONTRIBUTIONS

Danijela Kukuruzović	The Institute of the Representation in the Theory and in the Law of the European Union	109
----------------------	--	-----

ČLANCI - ARTICLES

Vesna Lazić*

UDK 347.7(4-672 EU)

str. 5-26.

THE REVISED *LIS PENDENS*-RULE IN THE BRUSSELS JURISDICTION REGULATION**

1. Introduction

The Brussels Jurisdiction Regulation¹ is one of the most important private international law instruments of the EU legislator. It unifies the grounds of jurisdiction, ensures the efficient recognition and enforcement of judgments rendered in EU Member States and more generally facilitates judicial cooperation in civil and commercial matters. The Regulation applies to all EU Member States, including Denmark.² Although it may generally be said that it has not caused serious difficulties in its application and interpretation, the Commission in its

* Utrecht University/ T.M.C. Asser Institute

** Vesna Lazić, Revizija pravila o litispendenciji u Uredbi Brisel I, u knjizi: *Evropsko građansko procesno pravo - izabrane teme*, ur. Jasnica Garašić, Narodne novine, 2013, Zagreb, str. 103-123.

¹ Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (OJ 2001, L 12/1) (hereinafter: Brussels Jurisdiction Regulation or Regulation Brussels I).

² Denmark has a special regime for judicial cooperation under the Treaty so that it was not initially bound by the Regulation. It became applicable in 2006 when the EU concluded an agreement with Denmark by means of the Council Decision 2006/325/EC of 27 April 2006.

Proposal of 14 December 2010³ suggested rather substantial changes and alterations to the current regulatory scheme. They include a proposal to abolish the existing exequatur procedure, a suggestion to extend the formal scope of application of the jurisdictional rules to defendants outside the EU, a proposition to introduce some additional *fora* which would only apply to third country defendants, a set of amendments intended to improve access to justice concerning claims *in rem* with respect to movables and actions against multiple defendants in the employment area, the provision on *forum necessitatis*, changes regarding provisional measures, as well as suggestions to enhance the efficiency of dispute settlement clauses – arbitration agreements and forum selection clauses.

The Proposal was subsequently subjected to a substantial review and amendment.⁴ The final text of Regulation (EU) No. 1215/2012⁵ was adopted on 12 December 2012. It introduces changes in a number of areas suggested by the Commission, but the alterations are not as substantial and extensive as was suggested in the Proposal. Thus, there are amendments concerning the provisional measures, the *lis pendens* rule and choice of court clauses. Further, the territorial (or formal) scope of application is somewhat extended and some provisions are inserted to ensure a further protection of weaker parties. With respect to the enforcement of judgments, the exequatur is no longer required, but the public policy exception has been retained among the grounds for refusing recognition and enforcement. Moreover, the final text significantly differs from

³ Proposal of 14 December 2010 for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, COM(2010)748 final 2010/0383 (COD) (Hereinafter: Proposal or Commission's Proposal).

⁴ See, European Parliament Draft Report of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast) (COM[2010] 0748–C7-0433/2010-2010/0383(COD) of 28.06.2011 (hereinafter: European Parliament Draft Report) and the General Approach by the Council (Justice and Home Affairs), Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Recast) – First reading, General Approach, JUSTCIV 209, CODEC 1495, 10609/12 ADD 1, Institutional file 2010/0383 (COD) (hereinafter: 'General Approach' or 'General Approach of the Council of 7 and 8 June 2012').

⁵ Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351, 20 December 2012 (hereinafter: Regulation 1215/2012 or Recast Regulation).

the complicated regulatory scheme on the enforcement suggested in the Proposal.⁶

This contribution analyses the changes introduced with respect to the *lis pendens* rule in the Recast Brussels-I Regulation. The discussion will focus first on the amendments intended to enhance the effectiveness of forum-selection agreements (2). Thereafter other changes aimed at minimising the possibility of concurrent proceedings and of issuing irreconcilable judgments are briefly addressed, especially the provisions relating to proceedings pending before the courts of third States (3). Finally, the issue of interaction between arbitration and the Regulation will be touched upon. Although none of the suggestions in the Commission's Proposal to revise the *lis pendens* rule in that respect was accepted in the Recast Regulation, it is briefly presented how problems perceived by the Commission have been dealt with in the final text (4).

2. Amendments to the *lis pendens* rule aimed at enhancing the effectiveness of choice-of-court agreements

The Commission's Proposal has urged that there is a need to enhance the effectiveness of choice of court agreements which may be hindered by abusive litigation tactics.⁷ The source of the problem was identified in the current rule contained in Article 27 of the Regulation, according to which the chosen court must stay proceedings if a court in another jurisdiction has been first seised. The technique known as the 'torpedo action' (or the 'Italian torpedo') may be used to delay litigation in the chosen court by filing a claim with a non-competent court. According to the Impact Assessment, it can take from several months to several years for the non-competent court to decline jurisdiction, depending on the efficiency of the judiciary in a particular EU Member State and the complexity of the matter. Allegedly it creates additional costs and delays and undermines the legal certainty and predictability of dispute resolution intended to be brought by choice of court agreements.⁸

⁶ According to Art. 81, the Recast Regulation shall apply from 10 January 2015, with the exception of Articles 75 and 76. The latter shall apply from 10 January 2014.

⁷ The Impact Assessment – Accompanying the Proposal of 14 December 2010 for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters, COM(2010)748 final 2010/0383(COD) (Commission Staff Working Paper) 18101/10 ADD1 JUSTCIV 239 of 17 December 2010; Commission Staff Working Paper Impact Assessment, Brussels 14.12.2010 SEC(2010)1547, (COM[2010] 748 final) (SEC[2010] 1548 final), p. 29, under 2.3. (hereinafter: Impact Assessment).

⁸ However, it should be emphasised that there is no evidence or reliable information offered on

In order to deal with the problem identified in the Commission's Proposal and to enhance the effectiveness of forum-selection agreements⁹ the revised Regulation introduces alterations to the *lis pendens* rule contained in Article 29 of the Recast Regulation (currently Art. 27 of Brussels I). In addition, a number of other provisions have been changed, in particular the provision concerning the choice of court agreements (Art. 25 of the Recast Regulation; Art. 23 of the Brussels I), as well as the territorial (formal) scope of application of the Recast Regulation (Art. 6 para. 1 of the Regulation 1215/2012). Although the latter provisions do not, strictly speaking, concern the *lis pendens* rule, for the sake of the completeness of the analysis concerning the choice of court agreements they are briefly presented.

2.1 Priority for the chosen court to decide on its jurisdiction (Articles 29(1) and 31(2)-(4) of the Recast Regulation)

In order to enhance the effectiveness of exclusive forum-selection agreements and to avoid abusive litigation tactics, the Recast Regulation provides for an exception to the general rule on *lis pendens*. A deviation from the rule has been introduced for the situation when proceedings have been initiated in the court designated in an exclusive choice of court agreement after a non-chosen court

how often this problem occurs in practice so as to reflect the urgency and the appropriateness of an action by the EU legislator. See the Impact Assessment, p. 30 under 2.3.1.3., stating, *inter alia*, that '[i]t is difficult to obtain reliable figures which would quantify the risk of abuse'. See also, Impact Assessment, p. 33 under 2.3.6.3 and C. Heinze, "Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation", *Max Planck Private Law Research Paper No. 11/5*, pp. 8, electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=1804111>. In a similar vein, with respect to other issues which it was suggested should be changed the Commission's Proposal and the accompanying documents failed to provide concrete examples of the problems in practice (such as interface between arbitration and the Regulation) or the information provided appeared to be based on unreliable reports (e.g., the need to abolish the *exequatur*). With respect to the latter and the 'inaccurate estimates' of the CSES Report, see L. J. E. Timmer, "Abolition of *Exequatur* under the Brussels I Regulation: Ill Conceived and Premature?", *Journal of Private International Law*, Vol. 9 No. 1 (April 2013) pp. 142-145. With respect to the lack of concrete examples which would illustrate the need to introduce the changes suggested in the Proposal with the purpose of allegedly enhancing the effectiveness of arbitration agreements, see, V. Lazić, "The Commission's Proposal to Amend the Arbitration Exception in the EC Jurisdiction Regulation: How 'Much Ado About Nothing' can end up in a 'Comedy of Errors' and in Anti-suit Injunctions Brussels-style", *Journal International Arbitration* 29, no. 1, February (2012) pp. 20-26.

⁹ For more particulars, see V. Lazić, "Enhancing the Efficiency of Dispute Settlement Clauses in the European Union", in: N. Bodiřoga-Vukobrat/G.G. Sander/S. Rodin (eds.), *Legal Culture in Transition - Supranational and International Law Before National Courts*, Europäisches und internationales Wirtschaftsrecht, Band 4, Logos Verlag, Berlin (2013) pp. 188-198.

had been seised of the same cause of action and between the same parties.¹⁰ Differently from the general rule on *lis pendens*, the revised provisions require that the court first seised is to stay its proceedings so that the chosen court may be the first to rule on its jurisdiction. Thus, the court or courts designated in the choice of court agreement has/have priority in ruling on its/their jurisdiction over the court first seised of the matter with respect to which a choice of court agreement has been concluded.¹¹ To this end, the amendments have been introduced in Articles 29(1) and 31(2) of Regulation 1215/2012.

2.1.1 *Lis pendens* rule in Article 29 of the Recast

Aside from the newly introduced exception for choice of court agreements the general rule on *lis pendens* regarding the same causes of action and between the same parties in Article 29(1) (the current Art. 27 of Brussels I) has remained unchanged. Thus, any court other than the court first seised is under an obligation to stay its proceedings on its own motion where proceedings involving the same causes of action are brought in the courts of different Member States. As soon as the court first seised has declared that it has jurisdiction any other court must decline its own jurisdiction.¹²

With respect to the *lis pendens* rule regarding related actions in Article 30 (the current Art. 28 of Brussels I), none of the suggestions contained in the Commission's Proposal has been introduced in the final text of the Recast.¹³ Consequently this provision has remained unchanged.

As to the main rule in Article 29, the Commission's Proposal contained rather substantial additions to the existing text. Especially the suggestion to revise the arbitration exception within the framework of this provision and the time-limit for a court first seised to render a decision on jurisdiction were extensively discussed in the literature. An attempt to revise the arbitration exception is explained in more detail in part (4) of the present contribution.

¹⁰ See Recital (22) of the Recast Regulation.

¹¹ A similar rule is already contained in Article 23 paragraph 3 of the Regulation which relates to choice of court agreements between parties domiciled in non-Member States. It provides that the courts in EU Member States may only have jurisdiction if the court or the courts designated in the forum-selection agreement have declined jurisdiction.

¹² Art. 29(3) of the Recast Regulation (currently Art. 27(2) of the Brussels I).

¹³ The Proposal only suggested deleting in paragraph two the reference to consolidation in national laws.

Regarding the time-limit, the Proposal suggested that "the court first seised shall establish its jurisdiction within 6 months except where exceptional circumstances make this impossible".¹⁴ The court first seised may be requested by any other court seised of the dispute to provide the information on the date on which it was seised and whether it has decided on its jurisdiction over the dispute and if not, when the decision is expected to be rendered (Art. 29 par. 2 Commission's Proposal).

Presumably, the idea behind such an adaptation of the rule was to enhance efficiency in the administration of justice in civil and commercial matters within the Member States and accordingly to improve access to justice in the EU. However, the provision of Article 29 paragraph 2 of the Proposal was not sufficiently precise and the time-limit appears to be unrealistically short. In particular, it is not clear what would have been the consequences of a failure of the court first seised to decide on its jurisdiction within 6 months. Would it imply that another court seised could continue the proceedings and decide on its jurisdiction? If so, such a short time-limit is likely to result in a rather wide "use" of the "exceptional circumstances" exemption. Thereby, it is likely that difficulties would have been encountered in the interpretation of which circumstances "qualify" as "exceptional" and consequently in applying the *lis pendens* rule.

The reference to a time-limit has been omitted from the final text of Article 29(2) of the Recast Regulation. The only addition to the current text is that "upon request by a court seised of the dispute, any other court seised shall without delay inform the former court of the date when it was seised in accordance with Article 32".

With a view to enhancing the effectiveness of forum-selection agreements, the important change in Article 29(1) is the express reference to Article 31(2) as an exception to the general rule that "[w]here proceedings involving the same cause of action and between the same parties are brought in the courts of different Member States, any court other than the court first seised shall of its own motion stay its proceedings until such time as the jurisdiction of the court first seised is established".¹⁵ The latter provision determines the particulars of the exception to the main "priority rule" in favour of the chosen court.

¹⁴ Art. 29 (2) Commission's Proposal.

¹⁵ Art. 29(1) of the Recast Regulation (currently Art. 27(1) of the Brussels I).

2.1.2 Exception to the general "Priority rule" in Article 31(2)-(4) of the Recast Regulation

The priority for the chosen court to rule first on its jurisdiction, as an exception to the general *lis pendens* rule, is determined in Article 31(2)-(4) of the Recast Regulation.¹⁶ Thus, any court seised other than the court designated in an exclusive choice of court agreement shall stay the proceedings until the court seised on the basis of the agreement declares its lack of jurisdiction.¹⁷ This is to ensure the priority to the designated court "to decide on the validity of the agreement and on the extent to which the agreement applies to the dispute pending before it".¹⁸ The court chosen in the agreement can proceed regardless of whether or not the non-designated court has decided to stay proceedings. Recital (22) of the Recast Regulation clarifies that the exception does not apply to conflicting exclusive forum selection agreements or where a court chosen has been first seised. In these cases, the general rule on *lis pendens* applies.

The reference to Article 26 in paragraph 2 of Article 31¹⁹ implies that the choice of court agreement must be invoked by a party in order to trigger a stay of proceedings before the court first seised. Article 26 deals with the situation where a defendant enters an appearance without contesting jurisdiction (tacit prorogation). Accordingly, an agreement on the prorogation of jurisdiction must be invoked by a party before the court seised. A court seised may not raise the issue of a forum selection clause *ex officio*, as it would be contrary to the principle of party autonomy.

In this context it should be mentioned that the provision on the tacit prorogation of jurisdiction has been amended so as to better accommodate the interests of "weak" parties. Under the current regime of Brussels I, if a defendant enters an appearance, a court in an EU Member State in principle does not examine *ex officio* whether or not it has jurisdiction under the Regulation. The exception is an obligation to examine whether a court in another state has exclusive jurisdiction according to Article 22.²⁰ This follows from the current text of Article 24 of

¹⁶ Paragraph 1 of Article 31 merely reiterates the current rule concerning actions within the exclusive jurisdiction of several courts, according to which "any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court".

¹⁷ Art. 31(2) of the Recast Regulation.

¹⁸ Recital (22) of the Recast Regulation.

¹⁹ Art. 31 (2) of the Regulation 1215/2012, uses the wording in paragraph 2: "[w]ithout prejudice to Article 26".

²⁰ Jurisdictional rules in disputes arising out of insurance contracts and consumer disputes may be mentioned as further examples when a court could examine the jurisdictional grounds *ex*

Brussels I which relates to so-called tacit prorogation. The newly introduced paragraph 2 in Article 26 of the Recast Regulation provides that the court seised is under an obligation to inform *ex officio* a "weak" party defendant of the consequences of entering an appearance (i.e., a policy holder/an insured/injured party/a beneficiary of the insurance contract, a consumer or an employee).²¹ Thereby a weaker party receives additional protection.²²

The exception to the "priority rule" in paragraphs 2 and 3 of Article 31 of the Recast Regulation does not apply to choice of court agreements contained in contracts involving a weaker party when the "weaker" party is a claimant and the forum-selection clauses is considered invalid according to Sections 3, 4, or 5.

When compared to the Commission's Proposal,²³ the final text of Article 31 of the Recast Regulation²⁴ presents a significant improvement.

officio. Namely, a violation of these jurisdictional rules as well as the rules on exclusive jurisdiction represent a valid ground to refuse the enforcement of the judgment under Article 35(1) of the Brussels I. This is now clearly reflected in a new provision in paragraph 2 of Article 26 of the Recast Regulation (currently Art. 24 Regulation Brussels I relating to tacit prorogation).

²¹ Art. 26(2) of the Recast Regulation reads: "In matters referred to in Sections 3, 4 and 5 (...) where the policyholder, the insured, the injured party of a beneficiary of the insurance contract, the consumer or the employee is the defendant, the court, before assuming jurisdiction under paragraph 1, shall ensure that the defendant is informed of his right to contest the jurisdiction and of the consequences of entering or not entering an appearance".

²² See also, P. Hays, "Notes on the European Union's Brussels-I 'Recast' Regulation – An American Perspective", *The European Legal Forum* 1-2013, Jan./Feb. 2013, p. 4.

²³ Art. 32(2) of the Commission's Proposal reads as follows:

2. With the exception of agreements governed by Sections 3, 4 and 5 of this Chapter, where an agreement referred to in Article 23 confers exclusive jurisdiction to a court of a Member State, the courts of other Member States shall have no jurisdiction over the dispute until such time as the court of the courts designated in the agreement decline their jurisdiction.

²⁴ Art. 31 of the Recast Regulation reads as follows:

"1. Where actions come within the exclusive jurisdiction of several courts, any court other than the court first seised shall decline jurisdiction in favour of that court.

2. Without prejudice to Article 26, where a court of a Member State on which an agreement referred to in Article 25 confers exclusive jurisdiction is seised, any court of another Member State shall stay the proceedings until such time as the court seised on the basis of the agreement declares that it has no jurisdiction under the agreement.

3. Where the court designated in the agreement has established jurisdiction in accordance with the agreement, any court of another Member State shall decline jurisdiction in favour of that court.

4. Paragraphs 2 and 3 shall not apply to matters governed by Sections 3, 4 and 5 where the policyholder, the insured, the injured party or a beneficiary of the insurance contract, the consumer or the employee is the claimant and the agreement is not valid under those Sections."

First of all, the wording of the Proposal: "the courts of other Member States shall have no jurisdiction", is imprecise and unclear. In particular, it is not clear what action the court first seised has to take (e.g., to declare a lack of jurisdiction or to stay the proceedings) and when (at the moment the agreement is invoked by a party or when the court chosen has actually been seised). The wording in paragraphs 2 and 3 of Article 31 of the Recast Regulation more precisely defines the obligations of the court seised of a matter with respect to which a forum-selection agreement has been concluded. Thus, it distinguishes the obligation of the courts seised to stay the proceedings (para. 2) from the obligation to decline jurisdiction (para. 3). For the purposes of, *inter alia*, applying the provisions on *lis pendens*, the moment when a court is seised is defined in Article 32. The relevance of this provision and the changes in the Recast Regulation will be addressed *infra*, under 3.1.

As far as the moment from which a court seised must stay the proceedings is concerned, the provision of Article 31 of the Recast Regulation is not explicit. However, it follows from Recital (22) that "the court first seised should be required to stay its proceedings as soon as the designated court has been seised and until such time as the latter court declares that it has no jurisdiction under the choice-of-court agreement". Thus, the fact that the obligation of the court seised to stay proceedings depends on the actual commencement of the lawsuit before the court chosen may be perceived as an improvement to the Commission's Proposal.

Finally, the wording of paragraph 4 of Article 31 providing for the exception to the "priority rule" in case of "weaker" party disputes is more precise and appropriate than the wording in the Proposal. The latter refers to "Sections 3, 4, and 5", which is insufficiently precise.²⁵ Namely, there is no reason to deviate from the suggested "priority rule" in favour of the chosen court in all cases involving a weaker party as it follows from the text of the Proposal. In particular, no exception is needed or is appropriate when a choice of court agreement is invoked by a weaker party. Therefore, the wording of paragraph 4 of Article 31 of the Recast Regulation is an improvement as it clearly provides that the exception applies only when a forum-selection clause is invoked against a "weaker" party. In other words, it specifies that the rule on the priority of the chosen court does not apply when a prorogation clause is invoked by an insurer, employer or a professional.

²⁵ The drawbacks of the suggested rule have already been explained in Lazić, *Legal Culture in Transition*, pp. 190 and 191.

It can be said that the newly introduced *lis pendens* rule is likely to successfully combat abusive litigation tactics and "torpedo actions". Although the text in Article 31 of the Recast Regulation is an improvement compared to the Commission's Proposal it does not eliminate a number of serious drawbacks of the suggested rule. Thus, from the wording of Article 31 and of Recital (22) the court seised should completely refrain from any examination of the jurisdiction agreement. This is likely to result in duplicate proceedings and consequently an increase in costs for a party contesting the validity of the agreement on jurisdiction.²⁶

In particular, the possibility for the court seised to carry out at least a *prima facie* examination as to the existence of the agreement and possibly its compliance with the written form requirement would have enhanced efficiency in dispute resolution. Such a solution would also have been more in line with the approach taken in the 2005 Hague Choice of Court Agreements Convention.²⁷ Namely, the latter provides for a list of exceptions to the obligation of the court seised.²⁸ Moreover, the Explanatory Memorandum indicates that one of the incentives for reform is the idea of creating "a mechanism [which] would largely accord with the system established in the 2005 Hague [...] Convention".²⁹ This is not to suggest that the same grounds provided in the 2005 Convention should have been adopted in the Recast Regulation, but it was more appropriate to clearly define the conditions for the applicability of the exception to the "priority rule".

Although the formal scope of application has been extended in a case of the prorogation of jurisdiction under the Recast,³⁰ the priority in favour of a chosen court under the revised *lis pendens* rule does not extend to the prorogation of jurisdiction of a third country court. Even though it may generally be desirable to regulate this issue on the EU level, it is better for the time being to leave it outside the Regulation with a view to the possible adherence of the EU Member States to the 2005 Hague Convention.³¹ In any case, it is appropriate that any possible

²⁶ See also, Heinze, *op. cit.*, p. 8-9.

²⁷ Generally on the similarities and differences between the 2005 Hague Convention and the Regulation Brussels I, see: M. Pertegás, "The Brussels I Regulation and the Hague Convention on Choice of Court Agreements", *ERA Forum* (2010) 11, Springer, pp. 19-27.

²⁸ Art. 6 of the 2005 Hague Choice of Court Convention.

²⁹ Explanatory Memorandum, p. 4, under 2.

³⁰ See *infra*, under 2.2.

³¹ Some authors have expressed the view that the Recast Regulation should have addressed this issue as well. See, e.g., Hay, *op. cit.*, p. 4.

future regulation of this issue does not run counter to the provisions of the Convention.

Some have questioned whether the Recast Regulation effectively deals with an alleged "torpedo" action in the context of arbitration agreements.³² However, it should be emphasised that there is a substantial difference between the effectiveness of the "torpedo" actions with respect to the forum selection clauses and arbitration clauses as the general *lis pendens* rule does not apply to arbitral proceedings.³³ The interface with arbitration is addressed in somewhat greater detail *infra*, under 4.

2.2. Other changes affecting choice of court agreements (Article 25 of the Recast Regulation)

Although the changes in Articles 25 and 6(1) of the Recast Regulation do not directly concern the *lis pendens* rule, it is appropriate to briefly present them as well, in the interest of a better understanding of the content and reach of the changes addressed in this contribution.

The most important changes of the provision on the prorogation of jurisdiction now contained in Article 25 of the Recast Regulation (the current Art. 23 of Brussels I) are the expansion of the applicability of this provision regardless of the domicile of the parties and the introduction of a conflict of law rule for the substantive validity of prorogation agreements (paragraph 1 of Art. 25). As a consequence of expanding the formal scope of application, the provision relating to forum-selection agreements under Brussels I between third country parties has become redundant.

The Recast Regulation in paragraph 1 of Article 25 provides that the substantive validity of choice of court agreements will be governed by the law of the Member State of the chosen court.³⁴ Accordingly, that law will be applicable to issues such as the interpretation of the choice of court agreement, its renewal or succession into a forum-selection agreement.³⁵

³² See e.g., Freshfields Bruckhaus Deringer, Briefing: Arbitrations in the EU Following the revised Brussels I Regulation, January 2013, referred to in Hay, *op. cit.*, p. 4, n. 28.

³³ For more particulars on this issue, see Lazić, *Journal International Arbitration*, pp. 29-31.

³⁴ Thus, Article 25(1) of the Recast provides that a court or the courts of a Member State designated by an agreement between the parties shall have jurisdiction "unless the agreement is null and void as to its substantive validity under the law of that Member State".

³⁵ Under the current Article 23 of Brussels I these issues are to be dealt with in accordance with the national substantive law determined by national conflict of law rules. See e.g., ECJ decision of 3 July 1997, C-269/95, E.C.R. 1997, I-3767, para. 31 (*Benincasa*); ECJ 11 November 1986, C-313/85,

It clearly follows from the wording of Recital (20) of the Recast Regulation that the reference to the law of the Member State of the chosen court includes the conflict of law rules of that state. Such a solution has been taken over from the wording in the General Approach which explicitly provided that the reference to the "law" of the Member State of the chosen court should include the conflict of law rules.³⁶ The Commission's Proposal was not explicit in that respect, but the Explanatory Memorandum stated that the amendments "reflect the solutions established in the 2005 Hague Convention on the Choice of Court Agreements, thereby facilitating a possible conclusion of this Convention by the European Union".³⁷ Indeed, the reference to the applicable law under the 2005 Hague Convention does include the private international law rules of that State, as well as its substantive law.³⁸

Such a solution under the Recast Regulation is to be regretted and is a major shortcoming of the newly introduced rule on the choice of law for the substantive validity of prorogation agreements. By referring to the conflict of law rules this provision does not introduce a true uniform private international law rule, but merely refers to the national conflict of law rules of the Member State whose court has been chosen. Thereby the application of the same law on the substantive validity of jurisdiction agreements is not ensured within the EU.³⁹ It

E.C.R. 1986, 3337, paras. 7-8 (*Iveco Fiat*); ECJ 9 November 2000, C-387/98, E.C.R. 2000, I-9337, para. 24 (*Coreck Maritime*).

³⁶ General Approach, p. 22, n. 1, Art. 23.

³⁷ Commission's Proposal, Explanatory Memorandum, p. 8, under 3.1.3.

³⁸ Hartley/Dogauchi, "Explanatory Report on the preliminary draft Convention on exclusive choice of court agreements, Draft Convention on Exclusive Choice of Court Agreements - Draft Report", Preliminary Document No. 26 of December 2004 drawn up for the attention of the Twentieth Diplomatic Session on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgment in Civil and Commercial Matters, p. 6, available at: http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd26e.pdf; see also V. Lazić, "The Hague Convention on Choice of Court Agreements of 2005: Scope of Application and Main Rules", in: Knežević/Pavić (eds.), *Državljanstvo i međunarodno privatno pravo/Haške konvencije (Nationality and International Private Law/Hague Conventions)*, Zbornik radova III konferencije o međunarodnom privatnom pravu/ Yearbook III PIL Conference, JP Službeni glasnik, Belgrade (2007) pp. 214-237. For a comment on the Commission's Proposal in that respect see M. Koppenol-Laforce, "Herschikking Brussel I: litispendingie en forumkeuze, een positieve stap voorwaarts?", *Nederlands internationaalprivaatrecht (NIPR)* 29/3 (2011), p. 458.

³⁹ See also, Hay, *op. cit.*, p. 3; Heinze, *op. cit.*, p. 5; S. P. Camilleri, "Article 23: Formal Validity, Material Validity or both?", *Journal of Private International Law*, Vol. 7 No. 2 (2011) p. 298. But see, P. Beaumont/B. Yüksel, "The Validity of Choice of Court Agreements under the Brussels I Regulation and the Hague Choice of Court Agreements Convention", in: K. Boele-Woelki/T. Einhorn/D. Girsberger/S. Symeonides (eds.), *Convergence and Divergence in Private International*

is surprising that the EU legislator has opted for such a rule considering that *renvoi* is expressly excluded in most international legal instruments that harmonise conflict of law rules, including those of the EU legislator,⁴⁰ in particular in the field of contract law.⁴¹ The suggestions in the European Parliament Draft Proposal of 28 June 2011 would have provided a more appropriate solution. It proposed, *inter alia*, an alternative application of the law of the Member State of the court designated in the agreement, the law chosen by the parties, or the law applicable to the substance of the dispute⁴² and suggested an express exclusion of the conflict of law rules of the designated state.⁴³

Article 25 of the Recast Regulation introduces in its paragraph 5 an express provision on the separability or autonomy of prorogation agreements. Taking into consideration a rather wide acceptance of this rule would not imply substantial changes in practice.⁴⁴

Another modification in Article 25 of Regulation 1215/2012 is that it is no longer required that one of the parties to the agreement on jurisdiction is domiciled in an EU Member State. Under the current regime of Article 23 of Brussels I, for its applicability it is required that a court of an EU Member State is agreed upon and that one of the parties is domiciled in a Member State. Under the revised Article 25 it applies to prorogation clauses providing for the jurisdiction of a court in a Member State regardless of the domicile of the parties. Forum-selection agreements providing for the jurisdiction of a court of a third state are accordingly governed by national rules. Consequently, the revised *lis pendens* rule of the Recast Regulation does not extend to these choice of court agreements.

Law (2010), Eleven International Publishing, The Hague, pp. 563-577, at p. 575-577 - the authors approve of the approach in both the 2005 Hague Convention and the proposed changes to Article 23, including *renvoi*.

⁴⁰ See e.g., Art. 20 of the Regulation 593/2009, OJ 2008 L 177/6 (Regulation Rome I); Art. 10 of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations; Art. 24 of the Regulation 864/2007 OJ 2007 L 199/40 (Regulation Rome II). Similarly, a reference to the applicable law in Art. V(1)(a) of the 1980 New York Arbitration Convention is usually interpreted as excluding the choice of law rules of the particular state.

⁴¹ See also, Hay, *op. cit.*, p. 3.

⁴² European Parliament Draft Report, p. 18, Amendment 20, Article 23 at para. 1.

⁴³ European Parliament Draft Report, p. 18, Amendment 20, Article 23 at para. 3. For more particulars on the solution suggested in the European Parliament Draft Report, see Lazić, *Legal Culture in Transition*, p. 196.

⁴⁴ Statutory laws on arbitration usually contain express provisions on the autonomy or separability or independence of arbitration clauses of the other terms of the contract. See e.g., Sect. 7 of the 1996 English Arbitration Act, Art. 1040 of the German Code of Civil Procedure, Art. 1053 of the 1986 Netherlands Arbitration Act.

The Recast Regulation has not accepted the idea of the universal application of jurisdictional rules and their extension to disputes involving third party defendants advocated in the Proposal.⁴⁵ The acceptance of the so-called "universal scope" of application would result in the abolition of the dual regime of jurisdictional rules in cross-border cases in EU Member States. Consequently, no exorbitant jurisdictional grounds would be applicable in cases involving defendants from outside the EU. Yet the Recast Regulation does somewhat expand its formal (or territorial) scope of application. In principle it only remains applicable if the defendant is domiciled in an EU Member State. However, in addition to the already existing exceptions of choice of court agreements and exclusive jurisdiction, the territorial scope is further expanded in the Recast Regulation so as to include certain "weaker" party disputes, notably consumer and labour law disputes.⁴⁶ Thus, a court in a Member State may establish its jurisdiction on the basis of the jurisdictional rules of Regulation 1215/2012 in all disputes involving a consumer or an employee regardless of the domicile of the other party. The provision of Article 6(1) refers only to consumer (Art. 18 para. 1) and labour disputes (Art. 21 para. 2), but there is no reference to insurance contracts. Consequently, the jurisdictional rules contained in Section 3 relating to insurance contracts only apply if a defendant is domiciled in an EU Member State.⁴⁷

3. Other changes related to the *lis-pendens* rule aimed at preventing parallel proceedings and conflicting decisions

Besides the alterations with respect to forum-selection agreements, the Commission suggested a number of other changes relating to the *lis pendens* rule. They include determining the time-limit of the court first seised to rule on its jurisdiction, a decision on jurisdiction in related matters, the *lis pendens* rule with respect to third countries, determining the moment when a court shall be deemed to be seised and the interface between litigation and arbitration. Some of the

⁴⁵ For detailed comments on the proposal for universal jurisdiction, see J. Weber, "Universal Jurisdiction in Third States in the Reform of the Brussels I Regulation", *Rechts Zeitschrift* 75 (2001) pp. 620 *et seq.*

⁴⁶ The provision of Article 6 paragraph 1 of the Recast Regulation (the current Art. 4 of the Brussels I Regulation) reads as follows:

"1. If the defendant is not domiciled in a Member State, the jurisdiction of the courts of each Member State shall, subject to Articles 18(1), 21(2) and Articles 24 and 25, be determined by the law of that Member State."

⁴⁷ For more particulars on the territorial scope of application of the Recast Regulation, see V. Lazić, *Legal Culture in Transition*, pp. 184-188.

suggested changes have been accepted in the Recast Regulation with or without adaptations and adjustments to the proposed text, in particular the provision on the moment as of which a court is deemed seised and a new provision on *lis pendens* in a third State.

3.1 When the court is deemed to be seised

The provision of Article 32 of the Recast Regulation (the current Art. 30 of Brussels I) is relevant for the applicability of the rule on *lis pendens* as it provides for an autonomous determination of the moment as from which a court is deemed to be seised. It is thereby ensured that differences that exist in national laws on the moment of the commencement of court proceeding do not hinder the effectiveness of a mechanism for resolving cases of *lis pendens* and related actions. The wording in Recital (21) of the Recast is illustrative:

"In the interest of the harmonious administration of justice it is necessary to minimise the possibility of concurrent proceedings and to ensure that irreconcilable judgments will not be given in different Member States. There should be a clear and effective mechanism for resolving cases of *lis pendens* and related actions, and for obviating problems flowing from national differences as to the determination of the time when a case is regarded as pending. For the purposes of this Regulation, that time should be defined autonomously."

There are no changes in the Recast on defining the moment when a court shall be deemed to be seised. In that sense the wording of the first paragraph of Articles 32 of the Recast and Article 30 of the current law has remained identical. There is a minor addition in paragraph 1, which provides that the authority responsible for service shall be the first authority which receives the documents to be served. Besides, there is a newly introduced paragraph 2 providing for the obligation of the courts and authorities responsible for service to note the date and time of the lodging of the document instituting proceedings or of the receipt of the documents to be served.

The Commission's Proposal to introduce a new paragraph defining the moment when an arbitral tribunal is deemed to be seised and the whole idea of a partial deletion of the arbitration exception have been rejected.⁴⁸

3.2 *Lis pendens* rule regarding court proceedings in a third State

The existing regulatory regime of Brussels I deals with parallel litigation in different EU Member States in Articles 27 and 28. Thus, a stay is mandatory in

⁴⁸ For more particulars see *infra*, under 4.

cases involving the same cause of action (Art. 27) and is permitted in cases of related claims (Ar. 28). Third state parallel litigation is not addressed in Brussels I and the Recast Regulation introduces changes in that respect in Articles 33 and 34. According to these provisions a court in a Member State, which is seised second, may stay the proceedings pending in a third State concerning the same (Art. 33) or related causes of action (Art. 34) if the conditions provided therein are fulfilled. Both provisions concern cases where the jurisdiction of the court in a Member State is based on the general rule on jurisdiction (Art. 4 – domicile of the defendant) or special jurisdictional rules in Arts. 7, 8 or 9 (such as contracts, torts, civil claims for damages based on an act giving rise to criminal proceedings and other cases referred to in Art. 7).⁴⁹

Two conditions are identical in both provisions: firstly, it is expected that the judgment rendered in a third state is capable of recognition and/or being enforced in that Member State⁵⁰ and, secondly, the court of a Member State is satisfied that a stay is necessary for the proper administration of justice.⁵¹ With respect to related actions under Article 34(1)(a) there is an addition requirement that "it is expedient to hear and determine the related actions together to avoid the risk of irreconcilable judgments resulting from separate proceedings". Considering that recognition and/or enforcement will depend on the national rules of the Member States it has rightly been observed that the rules of third country parallel litigation are incomplete without a common set of rules on the recognition of judgments rendered in third countries.⁵² If a court in a third country has based its jurisdiction on a ground that has been considered exorbitant, it is likely that a judgment subsequently rendered would not satisfy the criterion of being "capable of enforcement" in a Member State for the purpose of applying the *lis pendens* rule in the case of third country litigation.

⁴⁹ The provisions of Articles 8 and 9 of the Recast are identical to provisions 6 and 7 of the current Brussels I. In Art. 7 a new rule has been introduced in paragraph 4 regarding a civil claim for the recovery of a cultural object. The person claiming to have the right of recovery may file the claim in the courts where the object is situated at the moment the action is filed. Considering that Council Regulation (EC) No. 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, L 7/1 applicable from 18 June 2011, the provision on jurisdiction in Art. 5(2) of the current law in Brussels I is irrelevant and consequently has been deleted from Article 7 of the Recast.

⁵⁰ Art. 33(1)(a) concerning the same causes of action and Art. 34(1)(b) concerning related actions.

⁵¹ Arts. 33(1)(a)-(b) and 34(1) (b)-(c) of the Recast.

⁵² Weber, *op. cit.*, p. 643.

The discretionary stay is further conditioned under both provisions by a Member State's court finding that the stay is "necessary for the proper administration of justice". It is indeed a rather vague notion, but Recital (24) of the Recast offers some guidelines for the assessment of compliance with this criterion. Thus, a court of a Member State will take into consideration all the circumstances of the case, such as connections between the parties and the facts and the third State, the stage at which the proceedings are at the moment a court of a Member State is seised and whether the court in the third state can be expected to render a judgment within a reasonable time. The fact that a court in the third state has exclusive jurisdiction according to the criteria for exclusive jurisdiction in that Member State is also a circumstance that can be considered when assessing whether a stay is necessary for the proper administration of justice.

Both provisions provide for the continuation of proceedings. The following conditions are identical under the two provisions:⁵³ if the proceedings in the third state are discontinued or stayed, if it appears to the court of a Member State that it is not likely that a judgment will be rendered within a reasonable time or that a continuation is required for the proper administration of justice. In cases of parallel related actions Article 34(2)(a) proceedings in a court in a Member States may be continued if there is no longer a risk of irreconcilable judgments.

Both provisions provide for the dismissal of proceedings by a court in a Member State if the proceedings in the third state have been completed and have resulted in a judgment that is capable of recognition and/or enforcement in that Member State. The dismissal is mandatory in cases of parallel proceedings involving the same causes of action and the same parties under Article 33(3) and discretionary in cases of related actions under Article 34(3).

These provisions applying to the court in Member States shall apply upon the request of a party or on its own motion where this is possible under national law.⁵⁴

Amendments under the Recast Regulation are more substantial than the Commission's Proposal, considering that the latter dealt only with the same causes of action.

As already indicated, the newly introduced exception to the general "priority rule" in Article 31(2)-(4) does not apply to a forum-selection clause providing for the jurisdiction of a court in a third state.⁵⁵

⁵³ Arts. 33(2)(a)-(c) and 34(2)(b)-(d) of the Recast.

⁵⁴ Arts 33(3) and 34(4) of the Recast.

4. Improving the interaction between arbitration and litigation

In its Proposal the Commission suggested a number of additions to the text of the Regulation so as to revise the so-called arbitration exception under Article 1(2)(d) of Brussels I. The Explanatory Memorandum and the Impact Assessment generally refer to the need to prevent parallel proceedings and abusive actions undermining the effectiveness of arbitration agreements and emphasise the need to improve the interface between arbitration and litigation.⁵⁶ However, the Commission has failed to put forward any concrete problems that have been encountered in practice and that would demand, justify and urge the action of the EU legislator. No evidence has been offered that arbitration agreements are improperly denied effect or that there is excessive court intervention in any of the EU Member States. Instead, the Impact Assessment relies almost exclusively on the factual and legal circumstances of the widely discussed judgment of the European Court of Justice in *West Tankers* case.⁵⁷ Considering serious shortcomings in the substance and wording of the suggested changes, their rejection by the EU legislator is to be met with approval.⁵⁸ It is outside the scope of this contribution to analyse all the details of the Proposal,⁵⁹ but they will be

⁵⁵ Hay, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁶ In particular, the possibility to challenge an arbitration agreement before the court seized of a matter falling within the scope of the Regulation has been perceived as a major problem. In the Explanatory Memorandum it is stated that "by challenging an arbitration agreement before the court, a party may effectively undermine the arbitration agreement and create a situation of inefficient parallel court proceedings which may lead to irreconcilable resolutions of the dispute". Explanatory Memorandum, p. 3.

⁵⁷ Case C-185/07, *Allianz SpA et al. v. WestTankers, Inc.* [2009] NIPR 2009, <http://curia.europa.eu> (West Tankers).

⁵⁸ For more particulars on the major shortcomings of the Proposal, see, Lazić, *Journal of International Arbitration*, pp. 19-48; V. Lazić, "The Amendment to the Arbitration Exception Suggested in the Commission's Proposal: The Reasons as to Why It Should Be Rejected", *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, pp. 289-298 (No. 2, 2011). Lazić, *Legal Culture in Transition*, pp. 198-206. See also an early publication relating to the ECJ decision in *West Tankers*, V. Lazić, "The Arbitration Exception in the Brussels Jurisdiction Regulation in the Light of the Judgment of the European Court of Justice, in *Allianz SpA et al. v. West Tankers, Inc.*", *Nederlands Internationaal Privaatrecht (NIPR)*, pp. 130 *et seq.* (No. 2, 2009).

⁵⁹ The Proposal has been extensively discussed in the legal literature. See, *supra*, n. 58. See also, M. Illmer, "Brussels I and Arbitration Revised – The European Commission's Proposal COM(2010) 748 final", in: *Max Planck Private Research Paper No. 11/6*, available at: <http://ssrn.com/abstract=1804079>. L. Radicati di Brozolo, "Arbitration and the Drafts Revised Brussels I Regulation: Seeds of Home Country Control and of Harmonization?", available at: <http://ssrn.com/abstract=1895303>; J. J. Van Haersolte-van Hoff, "The Commission's Proposal to Amend the Arbitration Exception should be embraced", 29/2 *Nederlands Internationaalprivaatrecht (NIPR)* (2011) pp. 280 *et seq.*

briefly outlined. Also the clarifications provided in the Recast Regulation on the interface between litigation and arbitration are summarised.

4.1 Solutions suggested in the Proposal with respect to the interface between the Regulation and arbitration

In its Proposal the Commission opted for a "partial deletion" of the arbitration exception in Article 1(2)(d). In other words, the suggested amendments were not meant to deal with all aspects of the interactions between the Regulation and arbitration. Instead they were only intended to allegedly enhance the effectiveness of arbitration agreements.⁶⁰ The suggested amendments were drafted within the framework of the provisions on *lis pendens*, in particular Articles 29(4) and 33(3) of the Proposal (the current Arts. 27 and 30 of Brussels I).

The most important change which was proposed was to introduce a new provision in the main rule on *lis pendens* in Article 29(4) of the Proposal. According to this provision the courts in the Member States seised of a matter with respect to which an arbitration agreement has been concluded would have been required to stay their proceedings and refer the parties to arbitration as soon as the court at the seat of arbitration or the arbitral tribunal has been requested to rule on the validity of an arbitration agreement.⁶¹ When an arbitral tribunal is deemed to be seised was to be defined in Art. 33(3) of the Proposal.⁶²

⁶⁰To this end, the changes to the text of Article 1(2)(d) regarding the arbitration exception that were suggested were the following: "2. This Regulation shall not apply to arbitration, save as provided for in Articles 29, paragraph 4 and 33, paragraph 3."

⁶¹ Article 29(4) of the Commission's Proposal provided as follows:

"4. Where the agreed or designated seat of an arbitration is in a Member State, the courts of another Member State whose jurisdiction is contested on the basis of an arbitration agreement shall stay proceedings once the courts of the Member State where the seat of arbitration is located or the arbitral tribunal have been seised of proceedings to determine, as their main object or as an incidental question, the existence, validity or effects of that arbitration agreement.

This paragraph does not prevent the court whose jurisdiction is contested from declining jurisdiction in the situation referred to above if its national law so prescribes.

Where the existence, validity of effects of the arbitration agreement are established, the court seised shall decline jurisdiction.

This paragraph does not apply in disputes concerning matters referred to in Sections 3, 4 and 5 of Chapter II."

⁶²An arbitral tribunal would be deemed to be seised when a party has nominated an arbitrator or when a party has requested the support of an institution or authority of a court for the tribunal's constitution.

Uncertainties about the nature of a decision of the court at the seat of arbitration on the validity of the arbitration agreement, i.e., whether or not it would be of a binding nature, can be seen as a major shortcoming of the suggested rule.⁶³ If the decision is indeed meant to be covered by the Regulation and consequently to be binding in all EU Member States, that would seriously affect the 1958 New York Arbitration Convention, especially Articles II(3) and V(1)(a). Additionally, the idea of staying proceedings by a court in one Member State (the courts seised of a matter) in order to enable the court in another state (at the seat of arbitration) to decide on the validity of an arbitration agreement undermines the *competence-competence* principle. Namely, it would be reasonable that a court seised would be required to stay its proceedings so that the arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, as is provided for example under Article VI(3) of the 1962 European (Geneva) Convention. However, the reasons justifying a stay in one jurisdiction in order to permit the court in another jurisdiction to decide on the validity of the arbitration agreement are not easily discernible. Besides, there are grave deficiencies in the wording which would have caused serious difficulties in the application and interpretation by national courts in the Member States.⁶⁴ Therefore, it is not surprising that none of the suggested changes have been adopted in the final text of the Recast Regulation.

Yet the Recast does introduce some helpful clarifications on the interface between arbitration and the Regulation.

4.2 Amendments clarifying the interaction between arbitration and the Regulation 1215/2012

The Recast Regulation in Article 73(2) expressly provides that "[t]his Regulation shall not affect the application of the 1958 New York Convention". It thereby rejects the idea that a decision on the validity of an arbitration is covered by the Regulation and is accordingly binding in other EU Member States, as it would indeed affect the 1958 New York Convention. Additionally, the wording in Recital (12) leaves no doubts in that respect. It provides, *inter alia*, that "[a] ruling given by a court of a Member State as to whether or not an arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed should not be

⁶³ Even the members of the "Expert Group" that has drafted the Proposal have expressed a controversial view on the purpose and the intention of the suggested rules concerning the binding nature of the decision on the validity of arbitration agreement. Some argue that such a decision would not be covered by the Regulation and accordingly would not be binding in other Member States (see, e.g., Radicati di Brozolo, *op. cit.*, p. 29), whereas others suggest that the decision would indeed be covered by the Regulation (see, Illmer, *op. cit.*, p 21).

⁶⁴ For a detailed discussion on the drawbacks of the Proposal, see, Lazić, *supra*, n. 58.

subject to the rules of recognition and enforcement of this Regulation, regardless of whether the court decided on this as a principal issue or as an incidental question". Such a clear and unambiguous wording renders moot any further discussion on the uncertainties about the reach and scope of the arbitration exception under the Regulation, as well as on the allegedly binding nature of a decision on the validity of the agreement of the court seised of a matter. Namely, the *West Tankers* judgment was often criticised and interpreted in the literature so as imply the binding nature of such a decision.⁶⁵

Recital (12) further provides that nothing in the Regulation shall prevent national courts from ruling on the validity of an arbitration agreement. A ruling of a court of a Member State on the invalidity of an arbitration agreement shall not preclude the recognition and/or enforcement of that court's judgment rendered on the substance in another Member State. Moreover, it reiterates that the New York Convention takes precedence over the Regulation and that the Regulation does not apply to any action or ancillary proceedings related to arbitration, such as, "the establishment of the arbitral tribunal, the powers of the arbitrators, the conduct of the arbitration procedure or any other aspects of such a procedure, nor to any action or judgment concerning the annulment, review, appeal, recognition and enforcement of an arbitral award".

Thus, the added wording in Recital (12) answers all queries that may arise in the context of the arbitration exception in Article 1(2)(d) of the Regulation especially those triggered by the *West Tankers* judgment. As such it presents a valuable clarification and a useful tool in the interpretation of this provision.

5. Conclusions

Regarding the amendments to the Brussels I in general, it is appropriate that the Regulation has not been the subject of such an extensive and substantial revision as the Commission suggested. Namely, it is one of the most important instruments of EU private international law which has generally not resulted in significant difficulties in the application and interpretation by the national courts. Therefore, a decision to substantially revise such an important and rather successful legal instrument should not be taken without careful consideration.

⁶⁵ See e.g., Van Haersolte-van Hoff, *op. cit.*, p. 281; A. Markus/S. Giroud, "A Swiss Perspective on West Tankers and its Aftermath", *ASA Bulletin* 28/2 (2010) p. 237; Radicati di Brozolo, *op. cit.*, p. 29; see also, the decision of the English Court of Appeal in *National Navigation Co. v. Intesa Generacion SA*, [2009] EWCA Civ. 1396, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/1397.html>.

As to the exception to the priority rule under the general *lis pendens* rule in the case of choice of court agreements, it is likely that it will be effective in combating "torpedo actions". Yet it is questionable whether the revised rule will generally enhance efficiency in dispute resolution. In particular, it would have been more appropriate to provide for a list of grounds on the basis of which a court seised would not be under the obligation to refer the parties to the chosen court. This is especially so when a choice of court agreement is obviously invalid or inoperable. The obligation of the court seised to refer the parties to the chosen court in such cases will unnecessarily delay dispute resolution.

The reference to the conflict of law rules of the state whose court is designated in the forum-selection agreement is not appropriate as it does not provide for the true uniformity of the rule to determine the law applicable to the substantive validity of the choice of court agreement.

Rules on parallel actions in third countries provide for a useful addition within the regulatory framework of the revised Brussels I Regulation. The same holds true with respect to the clarification as to the extent of the arbitration exception and the interface between the Regulation and arbitration. Rejecting the Commission's Proposal in that respect is to be met with approval, considering its substantial drawbacks and the deficiencies in its wording.

O NEPOSREDNOM DEJSTVU DIREKTIVA EVROPSKE UNIJE

Apstrakt

Prema slovu osnivačkih ugovora Evropske unije direktive ne stvaraju neposredno prava i obaveze za individualne subjekte, već isključivo za države članice kojima su upućene. Problem nastaje kada država članica, kršeći svoju obavezu, propusti da sprovede direktivu ili je pogrešno i nepotpuno implementira u propisanom roku. Suočen sa ovakvom situacijom, Sud pravde EU stao je na stanovište da se pojedinci mogu pred domaćim organima direktno pozvati na odredbe direktive i da su ovi organi dužni da im obezbede ostvarivanje prava koja proizilaze iz tih odredaba. Međutim, Sud je prihvatio isključivo vertikalno neposredno dejstvo direktiva koje je ograničeno na postupke protiv država, ali nije dozvolio individualnim subjektima da se pozivaju na njene odredbe u postupcima protiv drugih individualnih subjekata. Iako je do današnjih dana istrajao na stavu o odsustvu horizontalnog neposrednog dejstva direktive, Sud je ostavio mogućnost da se njima zaobilaznim putem prizna takvo dejstvo u sporovima između pojedinaca. U tom cilju pribegao je konstruisanju svojevrsnih pasarela koje su mu omogućile da premosti jaz između priznatog vertikalnog i neprihvaćenog horizontalnog neposrednog dejstva direktiva EU.

Ključne reči: direktiva, neposredno dejstvo, Sud pravde, vertikalno dejstvo, horizontalno dejstvo, pasarele, interpretativno dejstvo, incidentno dejstvo, odgovornost za štetu.

* Redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

1. Uvod

Iako nije nigde zapisano u osnivačkim ugovorima, neposredno dejstvo predstavlja široko prihvaćeno načelo prava Evropske unije. Nastalo kao tvorevina jurisprudencije Suda pravde, ovo načelo znači da odredbe prava EU neposredno stvaraju prava i obaveze za individualne subjekte na koje se oni mogu punovažno pozvati pred nacionalnim organima i sudovima. U isto vreme, ono obavezuje državni organ i sud da primeni normu na koju se pred njim pozove individualni subjekt i tako obezbedi ostvarivanje tog prava.¹

Sud pravde je u prvo vreme kao neposredno dejstvjuće priznao samo odredbe osnivačkih ugovora.² U kasnijoj sudskoj praksi domen primene načela neposrednog delovanja biće proširen u nekoliko pravaca. Tako je neposredno dejstvo priznato i odredbama sadržanim u drugim međunarodnim ugovorima koji ulaze u korpus prava EU. Ovdje se radilo o međunarodnim sporazumima koje je Unija na osnovu svog ugovornog kapaciteta zaključila sa državama nečlanicama ili međunarodnim organizacijama.³

Nadalje, kroz sudsku praksu počele su se razlikovati dve vrste pravnih odnosa koje nastaju povodom neposrednog dejstva odredaba međunarodnih ugovora. Sud pravde je prvobitno priznao da se individualni subjekti mogu pozivati na subjektivna prava ustanovljena ovim odredbama samo u odnosu na državu članicu. U pitanju je tzv. vertikalno neposredno dejstvo kod koga se nasuprot pojedincu pojavljuju organi državne vlasti.⁴ Nešto kasnije Sud će prihvatiti i tzv. horizontalno neposredno dejstvo ugovornih odredaba, tj. mogućnost da se

¹ V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *Kako nastaje i deluje pravo Evropske unije*, Beograd, 2009, str. 140; O. Račić, "Pravni sistem Evropske unije", *Pravo Evropske unije*, Zbornik radova, Beograd, 1996, str. 113-114; J. A. Winter, "Direct Applicability and Direct Effect: Two distinct and different Concepts in Community Law", *Common Market Law Review*, 1972, no 9, p. 425; J. Steiner, L. Woods, *Textbook on European Community Law*, Oxford, 2003, p. 89.

² Videti slučajeve: 57/65, *Lütticke*, European Court Reports (dalje: ECR), 1966, p. 205; 27/67, *Fink Frucht*, ECR, 1968, p. 232; 13/68, *Salgoil*, ECR, 1968, pp. 460-461; 2 i 3/69, *Diamantarbeiders*, ECR, 1969, p. 211; 18/71, *Eunomia*, ECR, 1971, p. 816; 78/70, *Grammophon*, ECR, 1971, p. 487; 77/72, *Capolongo*, ECR, 1973, p. 623; 41/74, *Van Duyn*, ECR, 1974, p. 1346; 2/74, *Reyners*, ECR, 1974, p. 652; 33/74, *Van Binsbergen*, ECR, 1974, p. 1312; 127/73, *BRT-Sabam*, ECR, 1974, p. 62; 155/73, *Sacchi*, ECR, 1974, p. 430; 59/75, *Manghera*, ECR, 1976, p. 460.

³ Videti slučajeve: 12/86, *Demirel*, ECR, 1987, p. 3719; 162/96, *Racke*, ECR I, 1998, p. 3655; 18/90, *Onem v. Kziber*, ECR I, 1991, p. 199; 58/93, *Yousfi v. Belgium*, ECR I, 1994, p. 1353; 126/95, *Hallouzi-Choho v. Bestuur van Sociale*, ECR I, 1996, p. 4807; 416/96, *El-Yassini v. Home Secretary*, ECR I, 1996, p. 1209; 179/98, *Belgium v. Mesbah*, ECR I, 1999, p. 7955.

⁴ Slučaj 26/62, *Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, [1963], ECR 1, p. 12.

pojedinaac pred nacionalnim organom i sudom pozove na međunarodnim ugovorom predviđenu obavezu drugog individualnog subjekta u zaštiti svojih subjektivnih prava.⁵

Uporedo sa širenjem odredaba ugovora koji proizvode neposredno dejstvo, sudska praksa potvrdila je da drugi izvori prava EU mogu, takođe, imati neposredno dejstvo. U red pravila koja proizvode neposredno dejstvo Sud pravde uvrstio je norme sadržane u sekundarnoj legislativi, odnosno odredbe regulativa (uredbe), odluka i direktiva koje donose institucije Unije. Kad je reč o regulativama i odlukama, Sud pravde, oslanjajući se na slovo osnivačkih ugovora, nije imao većih problema sa priznanjem neposrednog dejstva.⁶ Prihvatanje mogućnosti da direktive imaju neposredno dejstvo predstavljalo je mnogo veći izazov, pošto su one osnivačkim aktima definisane kao pravni akti obavezni za države članice samo u pogledu cilja i rezultata koje treba postići, dok se izbor oblika i načina njihovog ostvarivanja prepušta nacionalnim vlastima.⁷ Tvorcima osnivačkih ugovora zamislili su direktivu kao sredstvo harmonizacije, a ne unifikacije prava država članica.⁸ Direktive, dakle, nemaju svrhu da u potpunosti ujednače nacionalna prava. Njima se nacionalna prava približavaju u meri koja je nužna za ostvarivanje ciljeva EU, ali se članicama ostavlja mogućnost da neka pitanja urede na različite načine. Direktive postavljaju državama samo regulatorni cilj, a ostavljaju slobodu da odluče kako će ga postići.⁹

Zbog takve prirode i mesta u pravnom sistemu EU direktiva ne stvara neposredno prava i obaveze za individualne subjekte, već isključivo za države članice kojima je upućena. Prava i obaveze pojedinaca proističu neposredno iz nacionalnih mera implementacije direktive. Direktiva treba da proizvede dejstvo

⁵ Slučaj 43/75, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, [1976], ECR, p. 474.

⁶ Sud pravde se ograničavao na konstataciju da je pravna priroda i mesto regulative u pravnom sistemu EU takva da njene odredbe u načelu proizvode neposredno dejstvo, odnosno *per se* stvaraju prava za individualne subjekte koje su nacionalni sudovi u obavezi da zaštite (slučaj 43/71, *Politi*, [1971], ECR, p. 1039). Pored toga, Sud je potvrdio da odredbe regulative proizvode kako vertikalno, tako i horizontalno neposredno dejstvo (slučaj 93/71, *Leonesio*, [1972], ECR, p. 287). Kad su u pitanju odluke, stav je Suda da one mogu nametnuti obavezu koja proizvodi neposredno dejstvo samo subjektu kome je upućena, s tim da odluka čiji je adresat država članica ne može imati horizontalno neposredno dejstvo. Više o tome: T. C. Hartley, *Osnovi prava Evropske zajednice* (prevod), Beograd, 1998, str. 208; Z. Radivojević, "Odluke pravnog sistema Evropske unije", *Pravni život*, 2012, br. 12, Tom IV, str. 419.

⁷ Čl. 288 Ugovora o funkcionisanju EU.

⁸ R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2012, str. 151.

⁹ T. Čapeta, S. Rodin, *Osnove prava Evropske unije*, Zagreb, 2011, str. 68.

samo posredstvom nacionalnog akta implementacije, pa je normalan način njenog delovanja zapravo primena nacionalnog prava u koje je ona ugrađena.

Problem, međutim, nastaje kada država članica, kršeći svoju obavezu, propusti da sprovede direktivu ili usvoji neodgovarajuće mere implementacije u propisanom roku.¹⁰ Sudeći po slovu osnivačkih ugovora, direktiva ne bi proizvodila nikakvo pravno dejstvo za individualne subjekte bez usvajanja odgovarajuće nacionalne implementacije u predviđenom roku. Drugim rečima, kada nacionalni zakonodavac direktivu uopšte ne ugradi ili je pogrešno ugradi u domaće pravo pojedinci su lišeni mogućnosti da se pred državnim organima i sudovima pozivaju neposredno na direktivu radi ostvarivanja prava koje nemaju prema nacionalnom pravu, ali bi ga imali da je direktiva ispravno sprovedena. Krajnja posledica toga bila bi da u slučaju propusta države da izvrši svoje obaveze u pogledu implementacije, direktive postaju neefikasni pravni akti organa EU od kojih individualni subjekti nemaju nikakve koristi.

Suočen sa ovakvom situacijom, Sud pravde stao je na stanovište da se pojedinci mogu pred državnim organom i sudom direktno pozvati na odredbe direktive, a da je nacionalni organ u obavezi da im obezbedi ostvarivanje prava koja za njih proizilaze iz tih odredaba.¹¹ Otvorivši na ovaj način mogućnost pojedincima da štite svoja prava iz direktiva pred organima država članica, Sud pravde je istovremeno ograničio neposredno delovanje njenih odredaba samo na postupke protiv države. Sud je, dakle, priznao isključivo vertikalno neposredno dejstvo direktive, ne dozvoljavajući individualnim subjektima da se pozivaju na njene odredbe u postupcima protiv drugih individualnih subjekata.¹²

Iako je sve do današnjih dana istrajao na stavu o odsustvu horizontalnog neposrednog dejstva direktive, Sud je ostavio mogućnost da se njima zaobilaznim putem prizna takvo dejstvo u sporovima između pojedinaca. U tom cilju pribegao je konstruisanju svojevrstnih pasarela koje su mu omogućile da premosti jaz između priznatog vertikalnog i neprihvaćenog horizontalnog neposrednog dejstva direktiva.

2. Vertikalno neposredno dejstvo direktiva

Spremnost da direktivama prizna mogućnost neposrednog dejstva Sud pravde je prvi put nagovestio u slučaju *Grad*. Tom prilikom stao je na stanovište da

¹⁰ V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *op. cit.*, str. 146.

¹¹ Slučaj 41/74, *Yvonne Van Duyn v. Home Office*, [1974] ECR, p. 1337.

¹² Slučaj 152/84, *M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, [1986], ECR, p. 723.

direktiva čija je svrha ograničena na utvrđivanje datuma kada će odredba sadržana u odluci stupiti na snagu ne sprečava da ta odredba ima neposredno dejstvo.¹³ Međutim, odlučujući zaokret u pravcu prihvatanja vertikalnog neposrednog dejstva direktive Sud pravde učinio je u slučaju *Van Duyn* kada mu je, između ostalog, upućeno pitanje da li se holandska državljanka kojoj je zabranjen ulaz u V. Britaniju može neposredno pozvati na odredbu direktive koja nije bila implementirana u domaće zakonodavstvo.

Odbacivši stav britanske vlade da se u osnivačkom ugovoru govori samo o neposrednoj primeni regulativa, ali ne i direktiva, Sud je izneo nekoliko osnovnih razloga u prilog mogućnosti da direktive imaju neposredno dejstvo. Posle analize odredbe osnivačkog ugovora koja propisuje direktnu primenu regulative, Sud je ustanovio da to ne isključuje mogućnost da i druge vrste pravnih akata imaju slična dejstva. Štaviše, bilo bi nespojivo sa obavezujućom prirodom koja je osnivačkim ugovorom priznata direktivama da se u načelu isključi mogućnost njihovog neposrednog delovanja.

Ostajući u okvirima istog ugovora Sud se, zatim, pozvao na odredbe kojima je ovlašćen da na zahtev nacionalnih sudova daje mišljenja o tumačenju i valjanosti ne samo regulativa i odluka, već i direktiva, što pokazuje da svi ovi akti mogu imati neposredno dejstvo. U suprotnom, ako nacionalni sud ne bi bio u prilici da neposredno primenjuje direktivu, on bi istovremeno bio lišen mogućnosti da traži mišljenje od Suda pravde o njenom tumačenju i valjanosti.

Kao treći razlog koji opravdava neposredno dejstvo direktive Sud je naveo potrebu za njenom delotvornošću, odnosno načelo korisnog dejstva (fr. *l'effet utile*). Naime, koristan učinak direktive bio bi značajno oslabljen tamo gde organi Zajednice putem direktive ustanove obavezu država članica da slede određeni smer ponašanja ako bi pojedinci bili sprečeni da se na nju pozovu pred nacionalnim sudovima i ako bi ovi sudovi bili sprečeni da je razmatraju kao sastavni deo komunitarnog prava.¹⁴

Kako navedeni argumenti nisu ubedili sve nacionalne sudove u nužnost priznanja neposrednog delovanja direktiva,¹⁵ Sud pravde je stav o njihovom

¹³ Slučaj 9/70, *Grad*, [1970], ECR, p. 825. U istom smislu Sud se izjasnio u slučaju 33/70, *SACE*, [1970], ECR, p. 1213. Više o tome: T. C. Hartley, *op. cit.*, str. 191-192.

¹⁴ Slučaj 41/74, [1974], ECR, p. 1337.

¹⁵ Tako je francuski Conseil d'Etat, kao vrhovni upravni sud u ovoj državi, uprkos presudi Suda pravde u slučaju *Van Duyn*, odbio da prizna neposredno dejstvo direktivama. Videti: Ministère de l'Intérieur c. Cohn-Bendit, Conseil d'Etat (Assemblée), 22 dec. 1978, avec conclusions Genevois, Recueil de Traités de droit européen 157.

vertikalnom dejstvu dodatno obrazložio u slučaju *Ratti*.¹⁶ Ovaj put pred njim se našlo pitanje da li može biti krivično gonjen pojedinac koji je postupio po dvema direktivama, ali suprotno nacionalnom pravu u koje one nisu ugrađene pre i posle isteka roka propisanog za njihovu implementaciju. U odgovoru na ovo pitanje Sud se pozvao na načelo koje je u anglosaksonskom pravu poznato pod nazivom *estoppel*, dok se u kontinentalnim pravnim sistemima izražava kroz latinsku maksimu *nemo auditur propriam turpitudinem alegans*.¹⁷ Saglasno tom principu državi članici koja nije usvojila mere za implementaciju direktive ne može se dozvoliti da se pred sudom u postupku protiv pojedinaca poziva na sopstveni propust da izvrši obavezu sporovođenja direktive. Time se država sprečava, kao što je Sud istakao u nekim kasnijim slučajevima,¹⁸ da izvuče korist iz propuštanja obaveza koje nameće direktiva, odnosno da na štetu pojedinaca primeni sopstveno zakonodavstvo neusklađeno sa direktivom.

S druge strane, Sud pravde je iskoristio ovu priliku da se izjasni o neposrednom dejstvu direktive u svetlu rokova propisanih za njenu implementaciju. Njegov je stav da direktiva može proizvoditi neposredno dejstvo tek po isteku roka za njeno unošenje u unutrašnje pravo. Nakon protoka vremena za implementaciju država članica ne može više primenjivati svoje unutrašnje pravo koje nije prilagođeno i usaglašeno sa direktivom protiv pojedinca koji se ponaša u skladu sa zahtevima iz direktive. Međutim, direktive za koje nisu donete mere implementacije nemaju neposredno dejstvo sve dok ne protekne za to predviđeni rok. Pošto direktive po svojoj prirodi nameću samo obaveze državam, nije moguće dozvoliti pojedincima da se pozivaju na načelo legitimnih očekivanja pre isteka roka predviđenih za njihovo sporovođenje.¹⁹ Samo izuzetno, direktive mogu proizvoditi dejstvo i pre isteka roka za implementaciju jer su u ovom periodu države članice dužne da se uzdrže od preduzimanja onih akata koji bi mogli da ugroze ostvarivanje njenih ciljeva (tzv. prethodno dejstvo). Ova obaveza nametnuta je ne samo zakonodavnim i izvršnim organima, već i nacionalnim sudovima.²⁰

¹⁶ Slučaj 148/78, *Criminal proceedings against Tullio Ratti*, [1979], ECR, p. 1629.

¹⁷ Više o tome videti: Z. Meškić, D. Samardžić, *Pravo Evropske unije I*, Sarajevo, 2012, str. 195.

¹⁸ Slučaj 152/84, *Marshall*, [1986], ECR, p. 723, para. 49.

¹⁹ Za dalju analizu: T. C. Hartley, *op. cit.*, str. 194-195.

²⁰ Slučaj C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBN v. Région wallonne*, [1997], ECR I, p. 7411, para. 45. Pored obaveze uzdržavanja, za vreme roka za implementaciju države članice moraju doneti sve potrebne mere da bi obezbedile da će po isteku tog roka ostvariti cilj direktive, tj. da će ona biti pravilno implementirana u nacionalno zakonodavstvo; *Ibid.*, para. 44.

Počevši od slučaja *Ratti* Sud pravde opravdanje za neposredno dejstvo direktive redovno nalazi u obavezi države da sprovede direktivu. Pri tom, pojam države kao subjekta koji duguje implementaciju direktive Sud je shvatao veoma široko. Taj pojam obuhvata sve organizacije ili tela koja su podvrgnuta državnoj vlasti ili deluju pod kontrolom države i imaju posebna ovlašćenja šira od uobičajenih koja se primenjuju u odnosima između individualnih subjekata. Uz to, potrebno je da oni pružaju javne usluge i da ovlašćenje za to proizilazi iz pravnog akta koji je donela država.²¹ Posebno se to odnosi na centralne i geografski ili funkcionalno decentralizovane organe vlasti i druga tela bez obzira na njihovu pravnu formu koja su, prema pravnom poretku države, odgovorna za obezbeđenje javnih usluga, a nalaze se pod kontrolom države.²² Tako se pod pojam države mogu, primera radi, podvesti univerziteti, škole ili preduzeća u kojima država ima kontrolni paket akcija.

Uslovi za neposredno dejstvo direktive u osnovi su slični sa uslovima koji se traže da bi bilo koja norma prava EU proizvela takvo dejstvo. Kroz sudsku praksu iskristalisao se danas važeći tročlani test neposrednog dejstva koje odredba direktive mora da zadovolji. Pored već pomenutog zahteva da je istekao rok za implementaciju direktive, standardni uslovi za neposredno dejstvo su da konkretna odredba bude dovoljno precizna i безусловna.²³ Za dovoljnu preciznost potrebno je da se uobičajenim metodama tumačenja mogu utvrditi nosioci prava i obaveza, kao i njihov sadržaj. Odredba direktive je безусловna ukoliko izvršenje obaveze države članice na određeno činjenje ili uzdržavanje koje iz nje proističe ni na koji način ne zavisi od stava ili diskrecionog ovlašćenja države ili bilo kog nezavisnog tela. Izuzetak postoji samo u slučaju kada je diskreciono ovlašćenje države članice ili nekog drugog subjekta podvrgnuto sudskoj kontroli.²⁴

3. Odsustvo horizontalnog neposrednog dejstva direktiva

Budući da opravdanje za neposredno dejstvo nalazi u obavezi države da sprovede direktivu, Sud pravde uveo je bitno ograničenje prava individualnih subjekata da se pozivaju na njene odredbe. Prema tom shvatanju, subjektivna prava pojedinaca ne nastaju neposredno na osnovu direktive, već su posledice dužnosti država da je implementiraju. U postupcima protiv državnih organa ili

²¹ Slučajevi 8/81 (*Becker*, [1982], ECR, p. 53, para. 49); C-221/88 (*Busseni*, [1990], ECR I, p. 495, para. 30); 103/88 (*Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*, [1989], ECR, p. 1839, para. 31).

²² Slučaj C-188/89, *Foster v. British Gas plc.*, [1990], ECR I, p. 3313, para. 20.

²³ Slučaj 8/81, *Ursula Becker v. Finanzamt Munster-Innenstadt*, [1982], ECR, p. 53, para. 25.

²⁴ Više o tome: V. Knežević-Predić, Z. Radivojević, *op. cit.*, str. 152.

tela sa javnim ovlašćenjima pojedinci se mogu pozvati na direktivu, jer ona prema izričitoj odredbi osnivačkih ugovora nameće obaveze državi ili državama kojima je upućena. U horizontalnoj situaciji, kada se postupak vodi protiv drugog pojedinca, direktiva ne može da proizvede neposredno dejstvo. Razlog za to je što direktive ne obavezuju neposredno individualne subjekte, pa iz njih ne mogu nastati subjektivna prava za druge individualne subjekte. Takvo objašnjenje Suda pravde imalo je za posledicu uskraćivanje mogućnosti da se pojedinac poziva na odredbe direktive protiv drugog pojedinca u postupku pred nacionalnim organima i sudovima.

Odsustvo horizontalnog neposrednog dejstva direktive bilo je predmet brojnih kontroverzi u doktrini i sudskoj praksi. Jedan broj pisaca zagovarao je ideju da se bi neposredno dejstvo direktiva trebalo proširiti i na horizontalne odnose.²⁵ Pojedini opšti pravobranioci, takođe, su predlagali da se napusti razlikovanje između neposrednog delovanja u vertikalnom i horizontalnom smislu, te da se prihvati mogućnost da direktive pojedincima nameću obaveze koje imaju neposredno dejstvo.²⁶ Uprkos ovakvim nastojanjima, Sud pravde ostao je sve do današnjih dana dosledan u odbijanju da direktivama prizna horizontalno neposredno dejstvo.

Izričit stav po tom pitanju Sud je prvi put izneo u slučaju *Marshall* kada se Velika Britanija umešala u postupak tvrdeći da se na odredbe Direktive o implementaciji načela jednakog tretmana muškaraca i žena koju je usvojio Savet pojedinac ne može pozvati protiv drugih pojedinaca pred nacionalnim sudom. Prihvatajući gledište britanske vlade, Sud je izričito rekao da direktiva sama po sebi ne nameće obaveze individualnim subjektima i da se na odredbu direktive kao takvu ne može pozvati protiv takvog subjekta.²⁷ Kao razlog za takvo stanovište Sud je naveo da prema osnivačkom ugovoru obavezujuća priroda direktive, koja predstavlja osnov za mogućnost pozivanja na direktivu pred nacionalnim sudom, postoji samo u odnosu na svaku državu članicu kojoj je upućena. Pošto direktive neposredno obavezuju samo države iz njih ne mogu nastati obaveze niti prava za pojedince u horizontalnoj situaciji. Tačnije rečeno, direktivom se ne mogu neposredno nametnuti obaveze individualnim subjektima, pa stoga pojedinci nemaju pravo da se pozovu na njene odredbe pred nacionalnim sudom kako bi naterali drugog pojedinca da tu obavezu izvrši.²⁸

²⁵ Za pregled doktrinarnih stavova: T. C. Hartley, *op. cit.*, str. 198; T. Čapeta, S. Rodin, *op. cit.*, str. 73.

²⁶ Videti stav opšteg pravobranioca Jacobs-a u slučaju C-316/93, *Vaneetveld v. Le Foyer*, [1995], ECR I-763.

²⁷ Slučaj 152/84, [1986], ECR, 723, para. 48.

²⁸ *Ibid.*, para. 51.

Opređenje Suda da ne prizna neposredno dejstvo direktive u horizontalnom smislu dosta je kritikovano u teoriji. Pre svega njemu se zameralo da bitno umanjuje efikasnost direktiva što je suprotno generalnom nastojanju Suda da osigura delotvornost prava EU.²⁹ Ograničavanje neposrednog dejstva direktiva na vertikalne odnose, takođe, ne doprinosi koherentnosti prakse Suda koja bi se povećala ukoliko bi se priznalo horizontalno neposredno dejstvo dovoljno preciznim i bezuslovnim direktivama. Posebnu težinu imao je prigovor da razlikovanje na relaciji vertikalno-horizontalno dejstvo direktive dovodi do nepotrebne diskriminacije pojedinaca u istim situacijama unutar države, ali i do njihove diskriminacije u različitim državama članicama. Takvo diskriminatorno dejstvo neimplementirane direktive proizvode u odnosu na individualne subjekte koji svoja prava mogu da ostvare u odnosu na državu ili javne vlasti, ali ne i prema drugim privatnim subjektima.³⁰ Sa stanovišta jedinstvenog unutrašnjeg tržišta EU još je neprihvatljivije da se privatna preduzeća u državama članicama koje su sprovele direktivu mogu naći u nepovoljnijem položaju od preduzeća u državama koje nisu implementirale direktivu. Tako su u boljoj situaciji, kad je reč o konkurenciji, privatni subjekti iz onih država koje ne sporovode obaveze prethodno prihvaćene na nivou EU.³¹

Navedene kritike nisu ubedile Sud da izmeni svoj negativan stav o mogućnosti da direktive proizvedu neposredno dejstvo u horizontalnom smislu. Odsustvo takvog dejstva direktiva potvrđeno je u nekoliko njegovih kasnijih odluka. Presuda doneta u slučaju *Faccini Dori* predstavljala je konačnu potvrdu stanovišta da direktive nemaju horizontalno neposredno dejstvo. U tom slučaju Sud pravde odbio je da prizna neposredno dejstvo odredbi Direktive o zaštiti potrošača koja je dozvoljavala otkaz ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija.³² Drugačije rečeno, odlučio je da zaštiti subjektivna prava pojedinca kome bi horizontalnim dejstvom direktive i bez njenog unošenja u nacionalno pravo bile nametnute obaveze.

Kao opravdanje za takvu odluku Sud pravde naveo je da bi proširenje neposrednog dejstva direktiva na odnose između pojedinaca značilo ovlastiti Zajednicu da neposredno nameće obaveze individualnim subjektima ne samo regulativom, kako to propisuje osnivački ugovor, već i direktivom iako ona za to

²⁹ Videti: R. Etinski, S. Đajić, M. Stanivuković, B. Bordaš, P. Đundić, B. Tubić, *Osnovi prava Evropske unije*, Novi Sad, 2010, str. 72.

³⁰ Više o tome: P. E. Morris, "The Direct Effect of Directives – Some Recent Developments in European Court", *Journal of Business Law*, 1989, Vol. II, pp. 318-320.

³¹ U ovom smislu: T. Čapeta, S. Rodin, *op. cit.*, str. 73.

³² Slučaj C-91/92, *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl*, [1994], ECR I, p. 3325.

nije nadležna.³³ Na ovaj način bi se narušila suštinska razlika između navedena dva tipa pravnih akata utvrđena osnivačkim ugovorima, a samim tim i raspodela nadležnosti između Unije i država članica. U krajnjoj liniji zabrana horizontalnog neposrednog dejstva direktiva proizilazi iz načela prenetih ovlašćenja i predstavlja izraz poštovanja suverenosti država članica i načela supsidijarnosti.³⁴

Uporedo sa nepriznavanjem horizontalnog neposrednog dejstva, Sud pravde je ustanovio još jedno ograničenje dejstva direktive. U pitanju je zabrana obrnutog vertikalnog neposrednog dejstva direktive koja važi za državu u slučaju kada nije izvršila obavezu da sprovede direktivu. Prema shvatanju Suda, neimplementirane i nepravilno implementirane direktive ne smeju imati za posledicu stvaranje obaveza za pojedince, niti oni mogu biti krivično gonjeni na osnovu takve direktive. Pojedinci, dakle, nisu odgovorni za propust države da ispravno ugradi direktivu u svoje unutrašnje pravo. Iz tih razloga država se ne može u svoju korist pozivati na odredbe direktive koju nije unela u domaće zakonodavstvo u postupku pred sudom protiv pojedinaca da bi im nametnula neku obavezu.³⁵

4. Pasarele između vertikalnog i nepriznatog horizontalnog neposrednog dejstva direktiva

Doslednost u negiranju horizontalnog neposrednog dejstva direktive dobrim delom se može objasniti time što je Sud u međuvremenu razvio neke alternativne metode na osnovu kojih individualni subjekti, oslanjajući se na odredbe neimplementirane direktive, mogu pred nacionalnim sudovima da ostvaruju prava koja im ona garantuje. Korišćenje ovih metoda otvorilo je mogućnost da se sporednim putem direktivama prizna određeno dejstvo u postupcima između privatnih subjekata³⁶ i time premosti jaz između priznatog vertikalnog i neprihvaćenog horizontalnog neposrednog dejstva. Sud je ovde posegao za svojevrsnim pasarelama koje su mu omogućile da: a) nacionalnim organima nametne obavezu tumačenja nacionalnog prava u skladu sa direktivom (tzv. posredno ili interpretativno dejstvo direktive); b) dozvoli pojedincima da se u privatnopravnim sporovima pozovu na odredbe direktive radi odbijanja primene suprotnih normi nacionalnog prava (tzv. incidentno ili sporedno dejstvo direktive); v) obaveže države članice da individualnim subjektima nadoknadi

³³ *Ibid.*, para. 24.

³⁴ T. Josipović, *Načela evropskog prava u presudama Europske zajednice*, Zagreb, 2005, str. 228.

³⁵ Slučaj 80/86, *Criminal Proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV*, ECR, 1987, p. 3969.

³⁶ B. Košutić, *Uvod u Evropsko pravo*, Beograd, 2006, str. 166.

štetu prouzrokovanu propuštanjem da se direktiva implementira (odgovornost države za naknadu štete).

Iako Sud pravde nije koristio nazive posredno ili interpretativno dejstvo,³⁷ reč je o metodi koji ima čvrsto utemeljenje u sudskoj praksi, a na osnovu koga je nacionalni sud dužan da prilikom tumačenja nacionalnog prava uzme u obzir odredbe direktive i da normama nacionalnog prava, ukoliko je to moguće, prida značenje kojim se ostvaruje cilj direktive. Ova tehnika tumačenja odnosi se uglavnom na nacionalne propise kojima je država nepotpuno, pogrešno ili nedelotvorno sporovala direktivu. Međutim, obaveza nacionalnih sudova da nacionalno pravo tumače tako da se ostvare ciljevi postavljeni direktivom proteže se i na sve druge nacionalne zakone i propise koji ne služe njenoj implementaciji, pa čak i na propise koji su usvojeni pre i posle donošenja direktive.

Nametanjem obaveze tumačenja nacionalnog prava u skladu sa ciljevima direktive u postupcima između individualnih subjekata Sud pravde je uspeo da zaobilaznim putem premosti prazninu stvorenu zabranom horizontalnog neposrednog dejstva direktive. Naime, ovako konstruisana pasarela otvorila je Sudu mogućnost da se pod izgovorom tumačenja nacionalnog prava u svetlu slova i cilja direktive postigne isti rezultat kao i kada bi ona neposredno obavezivala pojedince. U toj konstrukciji obaveza za individualne subjekte proizilazi neposredno iz nacionalnog propisa, a ne iz direktive kao takve, što ne protivreči čvrsto utemeljenom stanovištu Suda da direktive ne mogu neposredno stvarati obaveze za pojedince. U konačnom ishodu tumačenje nacionalnog prava u skladu sa direktivom omogućilo je da se pojedincima posredno nametnu obaveze.

Prvu presudu kojom je priznao mogućnost posrednog dejstva direktive Sud pravde doneo je u slučaju *Van Colson* i *Kamann* povodom direktive o zabrani diskriminacije u pogledu pola koju je Nemačka nepravilno implementirala u nacionalno pravo. U svojoj odluci Sud je rekao da je obaveza nacionalnih sudova da tumače nacionalno pravo u svetlu slova i cilja direktive kako bi se ostvario rezultat koji direktiva treba da proizvede u skladu sa osnivačkim ugovorom. Ova se obaveza, objasnio je Sud, odnosi na pravne propise donete radi sprovođenja

³⁷ Više o razlozima za korišćenje ovih naziva: P. Craig, G. De Burca, *European Union Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008, p. 288; T. Čapeta, S. Rodin, *op. cit.*, str. 75; R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 153. Neki autori (N. Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo, 2007, str. 398-399) se opredeljuju za naziv indirektno horizontalno dejstvo direktive.

direktiva u skladu sa zahtevima koje postavlja komunitarno pravo, u meri u kojoj nacionalno pravo daje sudovima mogućnost slobodne ocene.³⁸

Kao glavni razlog za nametanje obaveze tumačenja u skladu sa direktivom, koja inače po slovu komunitarnog prava nije postojala za nacionalne sudove, navedeno je načelo lojalnosti i saradnje proklamovano u čl. 4, stav 3 (raniji čl. 10) Ugovora o EU. Prema ovoj odredbi države članice moraju da preduzimaju sve potrebne mere radi ispunjenja obaveza koje proizilaze iz osnivačkog ugovora i delatnosti Unije. One su posebno dužne da pomognu ostvarenje zadataka Unije, kao i da se uzdrže od onih mera koje bi mogle ugroziti ostvarivanje cilja ugovora. Po shvatanju Suda pravde, klauzula lojalnosti odnosi se podjednako na sve državne organe, pa obavezuje ne samo zakonodavnu i izvršnu vlast, već i nacionalne sudove. Delujući u okviru svojih nadležnosti sudovi su dužni da omogućе ostvarivanje rezultata predviđenog direktivom. Kako u njihovu nadležnost spada tumačenje i primena nacionalnog prava, klauzula lojalnosti ih obavezuje da prilikom tumačenja nacionalnih normi uzmu u obzir tekst i cilj direktive.

Mogućnost posrednog dejstva direktive Sud pravde je značajno proširio u slučaju *Marleasing* koji se ticao razloga ništavosti ugovora o osnivanju privrednog društva. Konkretno, radilo se o odredbama ranije donetog domaćeg propisa u ovoj oblasti koje nisu bile u skladu sa kasnijom direktivom čije odredbe inače nisu implementirane u državi članici. Tim povodom Sud je objasnio da se obaveza usklađenog tumačenja proteže i na nacionalne propise koji su doneti pre njenog stupanja na snagu.³⁹ Štaviše, ta obaveza je jača ukoliko država članica tvrdi da je postojeće nacionalno pravo već u skladu sa direktivom.⁴⁰

Praktična posledica ovakvog rezonovanja Suda pravde je da su u slučaju neimplementacije ili nepravilne implementacije nacionalni sudovi države članice dužni da celokupno nacionalno pravo koje je unutar područja primene direktive tumače u svetlu njenog teksta ili cilja. U tom pogledu nije od značaja da li je nacionalni propis donet pre ili posle direktive i da li je usvojen samo radi njenog sprovođenja. Nacionalni sud u svakom slučaju mora nastojati da nacionalni propis u najvećoj mogućoj meri tumači u skladu sa direktivom, uključujući i eventualnu promenu dotadašnje sudske prakse. Pritom sudovi imaju mogućnost

³⁸ Slučaj 14/83, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamman v. Land Nordrhein-Westfalen*, [1984], ECR, p. 1981.

³⁹ Slučaj C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, [1990], ECR I, p. 3969.

⁴⁰ Slučaj C-334/92, *Teodoro Wagner Miret v Fondo de Garantia salarial*, [1993], ECR I, p. 6911.

da *proprio motu* tumače domaće propise u skladu sa direktivom ne čekajući da stranke u postupku podnesu takav zahtev.

Prihvatajući da direktiva može imati posredno dejstvo, Sud pravde je istovremeno postavio granice usklađenog tumačenja nacionalnog prava. U slučaju *Adeneler* Sud je obavezu tumačenja u skladu sa direktivom vremenski ograničio na period nakon isteka roka za njenu implementaciju.⁴¹ Drugo ograničenje je mogućnost da kroz usklađeno tumačenje nacionalnog prava nastane ili bude otežana krivična odgovornosti pojedinca. Tako u slučaju *Kopinghuis Nijmegen* Sud nije prihvatio posredno dejstvo direktive ukoliko bi iz toga proistekla krivična odgovornost i druga krivična obaveza za individualne subjekte. Prema obrazloženju koje je tom prilikom dao Sud, obaveza usklađenog tumačenja nacionalnog prava direktivom prestaje u trenutku kada bi se time stvorila do tada nepostojeća ili otežala krivična odgovornost pojedinca.⁴²

Osim ovog ograničenja, od nacionalnog suda se ne može tražiti da odredbe svog nacionalnog prava tumači *contra legem*. Obaveza tumačenja u skladu sa direktivom, dakle, ne znači dužnost tumačenja protivno nacionalnom pravu. Međutim, kao što je istakao Sud pravde u slučaju *Pupino*, pre nego što utvrdi da bi određeno tumačenje bilo *contra legem*, nacionalni sud mora pokušati da pronađe prihvatljivo rešenje, imajući u vidu celokupno nacionalno pravo, a ne samo konkretnu normu relevantnu u datom sporu.⁴³ S druge strane, tumačenje nacionalnih propisa u skladu sa direktivom ima svoje granice u nekim opštim načelima prava EU. One su određene načelima zaštite pravne sigurnosti i zabrane retroaktivnosti koje je nacionalni sud dužan da poštuje prilikom usklađenog tumačenja nacionalnog prava.⁴⁴

Postoji još jedan alternativni metod koji je Sudu pravde omogućio da ublaži negativne posledice zabrane horizontalnog neposrednog dejstva direktive. U pitanju su neimplementirane direktive koje nemaju za cilj da stvore prava za individualne subjekte, već se neposredno obraćaju organima država članica obavezujući ih na određeno ponašanje ili uzdržavanje od delovanja. Tako je

⁴¹ Slučaj C-212/04, *Adeneler and Others v. Ellinikos Organismos Galaktos*, [2006], ECR I, p. 6057, para. 115.

⁴² Slučaj C-80/86, [1987], ECR, p. 3969. Isti stav Sud je zauzeo u slučaju C-168/95, *Criminal Proceedings against Luciano Arcaro*, [1996], ECR I, p. 4705.

⁴³ Slučaj C-105/03, *Criminal Proceedings against Maria Pupino*, [2005], ECR I, p. 5285.

⁴⁴ Spojeni slučajevi C-74/95 and C-129/95, *Criminal proceedings against X*, [1977], ECR, p. 113, paras. 22-24.

slučajevima *CIA Security*⁴⁵ i *Unilever*⁴⁶, koji su se ticali Direktive o tehničkim standardima, Sud dozvolio pojedincima da se pozovu na njene odredbe pred nacionalnim sudom protiv drugog pojedinca, ali ne radi zaštite svog subjektivnog prava koje ovde ne postoji, već da ne bi došlo do primene norme nacionalnog prava neusklađene sa tom direktivom. Kao obrazloženje za taj stav navedeno je da pozivanje na direktivu radi isključenja neusklađene nacionalne norme ne stvara nova prava za pojedince niti im nameće obaveze neposredno zasnovane na direktivi. Otklanjanje primene nacionalne pravne norme u suprotnosti sa odredbama neimplementirane direktive jedino ima za posledicu stvaranje praznine koja se popunjava drugim domaćim propisima.

Obaveza nacionalnih sudova da odbiju primenu nacionalnih propisa koji su suprotni direktivi u literaturi se kvalifikuje kao njeno sporedno, incidentno ili kolateralno dejstvo.⁴⁷ U ovoj teorijskoj konstrukciji mogućnost da pojedinci u sporu sa drugim pojedincima pred sudom traže da nacionalno pravo zbog suprotnosti sa neimplementiranom direktivom ostane neprimenjivo predstavlja samo refleks ili sporedni učinak obaveze njenog sprovođenja koja je nametnuta državama članicama.⁴⁸ Uz to, direktiva koju država nije implementirala može proizvesti incidentno dejstvo u odnosima između individualnih subjekata, budući da posredno stvara obaveze ili ima štetne posledice po prava trećih lica ukoliko se drugi subjekt pozvao na njene odredbe u cilju neprimene neusklađenih nacionalnih propisa koji mu ta prava garantuju. Tako je Sud u slučaju *Wells* našao da to što će treća strana - individualni subjekt - trpeti negativne posledice ne može sprečiti privatnog subjekta da se pozove na odredbe direktive čiju implementaciju država nije obezbedila.⁴⁹

Pored posrednog i sporednog dejstva, Sud pravde ustanovio je odgovornost države za štetu prouzrokovanu zbog propusta u sprovođenju direktive. Ona mu je poslužila kao još jedan od načina da prevaziđe slabosti u sistemu zaštite prava individualnih subjekata nastale zbog odsustva horizontalnog dejstva direktive. Reč je o dopunskom metodu koji se koristi da zaštiti subjektivna prava

⁴⁵ Slučaj C-194/94, *Cia Security International SA v. Signalson SA and Securitel SPRL*, [1996], ECR I, p. 2201.

⁴⁶ Slučaj C-443/98, *Unilever Italia SpA v. Central Food SpA*, [2000], ECR I, p. 7535.

⁴⁷ P. Craig, G. De Burca, *op. cit.*, p. 296; R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 153; T. Čapeta, S. Rodin, *op. cit.*, str. 81; G. Isaac, M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2012, pp. 388-389.

⁴⁸ M. Schweitzer, W. Hummer, W. Obwekser, *Europarecht - Das Recht der Europäischen Union*, Wien, 2007, S. 79.

⁴⁹ Slučaj C-201/02, *Delena Wells v. Secretary of States for Transport, Local Government and Regions*, [2004], ECR I, p. 723. paras. 56-57.

pojedinaца u slučajevima kada se taj cilj ne može ostvariti drugim posrednim putem. Ovaj metod primenjuje se ukoliko se tumačenjem nacionalnog prava u skladu sa direktivom ne mogu izvesti prava pojedinaca koja bi im inače bila data da je direktiva ispravno sprovedena. U suprotnom, kada se usklađenim tumačenjem nacionalnog prava pojedincima mogu dati ista prava koja bi oni imali u slučaju ugradnje direktive, nema ni odgovornosti države, budući da šteta nije prouzrokovna. Odgovornost države isključena je i u slučaju sporednog ili incidentnog dejstva, pošto direktiva koja nije sprovedena ne daje prava pojedincima, pa ovde ne postoji osnov za nakanadu štete.

Kako u osnivačkim ugovorima o odgovornosti države za štetu koja nastane zbog nesprovođenja direktive nema ni pomena, definisanje ovog načela, kao uostalom i njegov nastanak delo je sudske prakse. Sud pravde ga je ustanovio prvi put devedesetih godina prošlog veka u sada već dobro poznatom slučaju *Frankovich i Bonifaci*. U pitanju je bila jedna direktiva o zaštiti radnika u slučaju insolventnosti poslodavca koju je država članica propustila da unese u svoje nacionalno pravo. Proglašavajući princip da je država odgovorna za naknadu štete koju su pojedinci pretrpeli zbog nesprovođenja direktive, Sud pravde se u obrazloženju presude ponovo pozvao na povećanje delotvornost prava Zajednice, zaštitu subjektivnih prava individualnih subjekata, kao i načelo lojalnosti iz osnivačkog ugovora.⁵⁰

Prema mišljenju Suda, nemogućnost dobijanja naknade štete kada su prava pojedinaca ugrožena kršenjem komunitarnog prava od strane države članice oslabila bi punu delotvornost odredaba komunitarnog prava i dovela u pitanje zaštitu njihovih subjektivnih prava priznatih tim odredbama. Priznavanje prava na dobijanje naknade štete od države članice postaje još značajnije kada je puno dejstvo komunitarnih normi uslovljeno preduzimanjem radnje od strane države, pa se pojedinci ne mogu, u odsustvu te radnje, pozivati na prava koja su im priznata komunitarnim pravom. Na osnovu toga Sud je zaključio da je načelo odgovornosti države za štete prouzrokovane pojedincima koje joj se mogu pripisati, a koje su nastale kršenjem komunitarnog prava, inherentno sistemu Ugovora.⁵¹

Zajedno sa ovim razlozima, koji su u osnovi političke prirode, Sud je u istom slučaju izneo pravne argumente u prilog postojanja odgovornosti za štetu države koja propusti da sprovede direktivu. Svoje pravno objašnjenje zasnovao je na

⁵⁰ Spojeni slučajevi C-6 and 9/90, *Andrea Frankovich and Danila Bonifaci and Others v. Italian Republic*, [1991], ECR I, p. 5357.

⁵¹ *Ibid.*, paras. 32-39.

klauzuli lojalnosti koja mu je ranije već poslužila da opravda posredno ili interpretativno dejstvo direktive. Obaveza države članice da nadoknadi štetu, naveo je Sud u obrazloženju presude, ima svoj osnov u odredbi Ugovora⁵² kojom su države članice obavezne da preuzmu sve opšte i posebne mere potrebne da bi obezbedile izvršenje svojih obaveza po osnovu komunitarnog prava. Među njima nalazi se i obaveza da uklone protivpravne posledice povrede komunitarnog prava.

Odgovornost države da nadoknadi štetu ne nastaje samo na osnovu toga što je pojedincu prourokovana šteta koja se može dovesti u vezu sa propustom države da sprovede direktivu. Da bi država bila odgovorna moraju se ispuniti određeni uslovi koji su formulisani već u slučaju *Frankovich* i *Bonifaci*, a zatim dopunjeni u spojenim slučajevima *Brasserie du Pêcheur* i *Factortame*. Prema prvobitnom shvatanju Suda, u slučaju neimplementacije direktive potrebno je da se steknu sledeći uslovi: 1) cilj direktive mora biti da se pojedincu dodeli subjektivno pravo; 2) sadržaj prava koje je dato pojedincu mora biti odrediv na osnovu direktive; 3) mora postojati uzročna veza između propusta države da sprovede direktivu i štete koju je pretrpeo pojedinac.⁵³ Kasnije je ovim uslovima za nastanak odgovornosti pridodat zahtev da povreda komunitarnog prava koju je počinila država mora biti dovoljno ozbiljna.⁵⁴

Prvi uslov, prema kome cilj propisan direktivom uključuje stvaranje prava nekog individualnog subjekta, pretpostavlja da je nastanak štete posledica toga što država pojedincu nije dala subjektivno pravo predviđeno direktivom. U protivnom, ako odredba direktive nema za svrhu da se dodeli pravo privatnom subjektu koji traži naknadu, ovom licu ne bi mogla biti prouzrokovana šteta povredom te odredbe.⁵⁵ Uslov da je sadržina prava individualnog subjekta određiva znači da se na osnovu direktive može utvrditi o kakvom se pravu radi. Ukoliko, pak, iz direktive nije jasno u čemu se sastoji subjektivno pravo pojedinca ne postoji mogućnost da se utvrdi vrsta i obim štete, pa samim tim nema ni odgovornosti države. Treći uslov, koji se odnosi na postojanje neposredne uzročne veze između nesprovođenja direktive i štete prouzrokovane pojedincu,

⁵² Čl. 5 Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici (sada čl. 4, stav 3 UEU).

⁵³ Spojeni slučajevi C-6 and 9/90, *Frankovich and Bonifaci*, [1991], ECR I, p. 5357, paras. 40-41. Više o tome: P. Craig, G. de Burca, *op. cit.*, pp. 257-260.

⁵⁴ Spojeni slučajevi C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland and The Queen v. Secretary for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, [1996], ECR I, p. 1029.

⁵⁵ W. Frenz, *Handbuch Europarecht: Wirkungen und Rechtsschutz*, Neidelberg-Dordrecht-London-New York, 2010, S. 342.

isključuje odgovornost države za štetu koja bi nastala i u slučaju kada nije došlo do njenog propusta da izvrši obavezu implementacije direktive.⁵⁶

Naknadno uvedeni zahtev da je povreda dovoljno ozbiljna zavisi od nivoa diskrecionih ovlašćenja koja je država imala prilikom ispunjenja obaveze da sprovede direktivu u svoj unutrašnji pravni poredak. Smatra se da što je manji stepen diskrecionih ovlašćenja to su veći izgledi da povreda koju država učini bude ozbiljna. Otuda nesprovođenje direktive uvek predstavlja dovoljno ozbiljnu povredu za nastanak odgovornosti države, jer država nema slobodu izbora da li će je implemetirati po isteku propisanog roka.

Međutim, kada država nepotpuno ili pogrešno sprovede direktivu dovoljna ozbiljnost povrede u zavisnosti je od širine slobode koju direktiva ostavlja nacionalnim organima prilikom implementacije. Ukoliko su odredbe direktive toliko precizne da državi ne ostavljaju gotovo nikakve mogućnosti izbora ozbiljnom povredom smatraće se bilo koje kršenje prava EU. Kada, pak, direktiva prepušta nacionalnim organima šira diskreciona ovlašćenja država neće biti odgovorna za dovoljno ozbiljnu povredu sve dok ta ovlašćenja očigledno i u značajnoj meri nije prekoračila.⁵⁷

Nacionalni sudovi države članice koja je učinila povredu nadležni su da odlučuju o zahtevima pojedinaca za naknadu štete. Pravo te države merodavno je i za procesne i materijalne uslove odgovornosti za štetu. Pritom uslovi za potraživanje naknade štete ne smeju biti nepovoljniji od onih koji se po nacionalnom pravu primenjuju na slične domaće zahteve. Osim toga, oni ne smeju biti formulisani tako da u praksi onemogućavaju ili značajno otežavaju dobijanje naknade.⁵⁸

Priznanjem načela odgovornosti država članica za naknadu štete prouzrokovanu pojedincima nesprovođenjem direktiva, kao uostalom i prihvatanjem mogućnosti da direktiva proizvede posredno i sporedno dejstvo u odnosima između individualnih subjekata, Sud pravde učinio ovu vrstu pravnih akata mnogo delotvornijim izvorom prava EU. Na prvom mestu time je zagarantovana bolja i efikasnija zaštita prava individualnih subjekata koja su im priznata direktivama u unutrašnjim pravnim porecima država članica. U isto vreme, to je bio podsticaj za države da pravilnim i blagovremenim sprovođenjem direktiva poštuju pravo

⁵⁶ Videti: Z. Meškić, D. Samardžić, *op. cit.*, str. 210.

⁵⁷ Više o tome: T. Čapeta, S. Rodin, *op. cit.*, str. 88-89.

⁵⁸ Spojeni slučajevi C-6 and 9/90, *Frankovich and Bonifaci*, [1991], ECR I, p. 5357, para. 43.

EU. I konačno, na ovaj način popunjene su praznine⁵⁹ u slučajevima kada direktiva nema horizontalno neposredno dejstvo.

Zoran Radivojević, LL.D.*

About the Direct Effect of European Union Directives

Summary

According to the founding treaties of the European Union, directives do not have direct effect for individual subjects but only for the Member States which they refer to. The rights and obligations of individuals derive directly from the national measures governing the implementation of directives. Directives should produce effect only through the the national acts regulating its implementation; thus, in the regular course of events, they take effect upon the application of the national law which they have been incorporated in.

The problem occurs when a Member State, in violation of its obligation, either fails to implement a directive within the prescribed period or implements it incorrectly or incompletely. Faced with this problem, the Court of Justice of the EU was of the opinion that individuals can directly invoke the provisions of a directive before the national authorities, which are are obliged to ensure the exercise of rights arising from these provisions. However, the Court accepted only the vertical direct effect of a directive which is only limited to actions against the State, without allowing individual agents to invoke its provisions in proceedings against another individual subject.

Although the Court has hitherto refused to recognize the horizontal direct effect of directives, it has also allowed for the possibility that this effect could be indirectly recognized in disputes between individuals, which would provide for bridging the gap between the recognized vertical effect and the unrecognized horizontal effect of directives. To that effect, the Court has resorted to constructing "*passerelle* clauses" which: a) allow the Court to oblige the national authorities to interpret domestic law in accordance with the directive (indirect or interpretative effect of directives); b) enable individuals in private law disputes to call upon provisions of a directive in order to eliminate the application of

⁵⁹ A. Čavoški, *Pravni i politički poredak Evropske unije*, Beograd, 2006, str. 140.

* Full-time Professor, Faculty of Law, University of Niš.

conflicting national provisions (incidental or subsidiary effect of directives); c) oblige Member States to compensate individuals for damage caused by the failure to implement the directive (the Member State's liability for damage due to non-implementation of the directive).

Keywords: directive, direct effect, Court of Justice, vertical effect, horizontal effect, *passerelle* clause, interpretative effect, incidental effect, liability for damage.

Vladimir Medović*

UDK 341.645(4-672EU)

str. 47-67.

AKTIVNA LEGITIMACIJA TREĆIH DRŽAVA U POSTUPCIMA PRED SUDOM PRAVDE EU

Apstrakt

*Da li države koje nisu članice Evropske unije imaju aktivnu legitimaciju pred sudovima ove organizacije? Ako je to slučaj, pod kojim uslovima one mogu podneti tužbu Sudu pravde? Da li su u tom pogledu izjednačene sa državama članicama ili imaju status pravnih lica? To su neka od pitanja na koja je autor pokušao da nađe odgovor u ovom radu. S tim u vezi autor je analizirao važeće odredbe Ugovora o funkcionisanju EU i Statuta Suda pravde EU koje regulišu pitanje aktivne legitimacije u postupcima pred sudovima Evropske unije. Takođe su razmotreni drugi mogući oblici učešća trećih država u postupcima pred Sudom pravde, kao što je pravo na mešanje. Povod za pisanje ovog rada predstavljala je presuda Suda pravde u predmetu *Swiss Confederation v. Commission* od 7. marta 2013. godine u kojem se po prvi put pojavilo pitanje aktivne legitimacije treće države u postupku za poništaj pravnog akta organa Evropske unije.*

Ključne reči: aktivna legitimacija, treće države, međunarodni sporazumi, Sud pravde EU, tužba za poništaj, pravo na mešanje.

* Docent na Fakultetu za ekonomiju i inženjerski menadžment Novi Sad.

1. Uvod

Postojanje aktivne legitimacije trećih država u postupcima pred Sudom pravde Evropske unije predstavlja jedno od spornih pitanja u teoriji i praksi prava Evropske unije koje još uvek čeka na svoje konačno razrešenje. Reč je o izuzetno značajnom pravnom pitanju koje, pored unutrašnjo-pravne, ima i svoju međunarodno-pravnu dimenziju. Kada je reč o unutrašnjo-pravnom aspektu, eventualno prihvatanje aktivne legitimacije trećih država u postupcima pred Sudom pravde svakako bi uticalo na odnose između različitih aktera unutar Evropske unije i postojeću međuinstitucionalnu ravnotežu. Međunarodno-pravni značaj ovog pitanja proizilazi iz činjenice da je Evropska unija tokom svog postojanja zaključila veliki broj međunarodnih sporazuma sa trećim državama. Mada najveći broj tih ugovora predviđa postojanje posebnog institucionalnog okvira za njihovo sprovođenje i rešavanje sporova, postoji opravdani interes trećih država da ti sporazumi budu u potpunosti i na pravilan način primenjeni od strane država članica i organa Unije. Šta više, u pojedinim situacijama treće države i same mogu biti zainteresovane da koriste odgovarajuća pravna sredstva predviđena pravom EU radi zaštite svojih legitimnih prava i interesa, posebno u slučajevima kada organi Unije donesu akte koji su u suprotnosti sa preuzetim obavezama iz međunarodnih sporazuma. Priznava je aktivne legitimacije trećim državama u takvim slučajevima imalo bi dvostruki efekat. To bi omogućilo trećim državama da na efikasan način zaštite sopstvena prava i interese, a spor bi bio rešen u okviru pravnog sistema Evropske unije, čime bi se izbegli mogući nesporazumi između ugovornih strana na međunarodnom nivou koji bi zahtevali angažovanje zajedničkih organa ili arbitraže. U tom pogledu ovo pitanje je od posebnog značaja za Srbiju koja je zaključila nekoliko kompleksnih međunarodnih sporazuma sa Evropskom unijom: Ugovor o osnivanju Energetske zajednice (2005), Ugovor o zajedničkom evropskom vazduhoplovnom prostoru (2006) i svakako najvažniji - Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (2008).

Zanimljivo je da su Opšti sud i Sud pravde imali priliku da se izjasne o problemu aktivne legitimacije trećih država i da su se umesto toga oba suda odlučila da ga ignorišu u svojim presudama. To samo po sebi svedoči o pravnoj, ali i političkoj, osetljivosti ovog pitanja. Sa druge strane, kao što ćemo kasnije videti, i odlaganje njegovog rešavanja može otkriti način razmišljanja sudova EU i ukazati na konačno rešenje ovog problema.

U nastavku ovog rada ćemo izložiti važeća pravila iz Ugovora o funkcionisanju EU i Statuta Suda pravde o aktivnoj legitimaciji u postupcima pred Opštim sudom i Sudom pravde. Takođe ćemo razmotriti ostale moguće oblike učešća trećih država u postupku pred Sudom pravde – pravo na mešanje. Nakon izlaganja postojećeg pravnog okvira analiziraćemo stavove Opšteg suda i Suda

pravde u predmetu *Swiss Confederation v. Commission*¹²⁵ u kojem se postavilo pitanje aktivne legitimacije treće države i koji je poslužio kao povod za pisanje ovog rada.

2. Tužba za poništaj

Tužba za poništaj je regulisana članom 263. Ugovora o funkcionisanju EU. Odredbama ovog člana je određen predmet tužbe za poništaj, krug lica koja imaju pravo na podnošenje tužbe, osnovi za poništaj i rok za podnošenje tužbe.

U postupku za poništaj Sud pravde kontroliše zakonitost zakonodavnih akata, akata Saveta, Evropske komisije i Evropske centralne bnake (ECB), osim preporuka i mišljenja, kao i akte Evropskog parlamenta, Evropskog saveta, tela, službi i agencija EU koji proizvode pravne posledice prema trećim licima.

Kada je reč o subjektima koji su ovlašćeni da podnesu tužbu za poništaj, Ugovor o funkcionisanju EU razlikuje: privilegovane, poluprivilegovane i nepriviligovane tužioce. U grupu privilegovanih tužilaca spadaju: države članice, Evropski parlament, Evropska komisija i Savet. Ovi subjekti mogu podneti tužbu za poništaj protiv bilo kog akta navedenog u članu 263. Ugovora o funkcionisanju EU. Status poluprivilegovanih tužilaca imaju Revizorski sud, ECB i Komitet regiona. Pomenute institucije mogu podneti tužbu za poništaj istih pravnih akata kao i privilegovani tužioci, ali samo radi zaštite svojih prerogativa. Najzad, treću grupu, nepriviligovanih, tužilaca čine fizička i pravna lica. Pravo na podnošenje tužbe za poništaj od strane fizičkih i pravnih lica je ograničeno samo na akte koji su doneti protiv njih, ili koji su adresirani na neko lice ali ih neposredno i pojedinačno pogađaju, kao i protiv regulatornih akata koji ih neposredno pogađaju i ne zahtevaju donošenje implementirajućih mera. Takođe je predviđena mogućnost da aktima kojima se osnivaju tela, službe i agencije Unije, budu propisani posebni uslovi i aranžmani pod kojima fizička i pravna lica mogu podnositi tužbe za poništaj akata tih tela, službi i agencija, koji imaju za cilj da proizvedu pravno dejstvo u odnosu na njih.

Tužba za poništaj mora biti zasnovana na jednom od sledećih pravnih osnova: nenadležnosti organa koji je doneo sporni akt, bitnoj povredi postupka, povredi Ugovora ili bilo kog pravnog pravila koje se odnosi na njegovu primenu i zloupotrebi ovlašćenja. Na ovom mestu ćemo pomenuti da je u praksi Suda pravde odavno ustaljen stav da se međunarodni sporazumi između Unije i trećih država smatraju pravilima koja se odnose na primenu Ugovora. To znači da akti

¹²⁵ Predmet T-319/05, *Swiss Confederation v. Commission* [2010] ECR II-4265; C-547/10 P, [2013] ECR.

organa Unije, uključujući zakonodavne akte, koji nisu u skladu sa odredbama međunarodnih sporazuma Unije mogu biti pobijani tužbom za poništaj.¹²⁶

Rok za podnošenje tužbe za poništaj iznosi dva meseca od dana objavljivanja spornog akta, ili njegovog dostavljanja tužiocu, a ako to nije bio slučaj, od dana kada je tužilac saznao za sporni akt i upoznao se sa njegovom sadržinom.

Kao što se može primetiti iz izloženih odredbi člana 263. Ugovora o funkcionisanju EU, treće države se ne pominju među subjektima ovlašćenim za podnošenje tužbe za poništaj. Krug potencijalnih tužilaca je precizno određen. U tom pogledu Ugovor primenjuje tehniku nabiranja, ne ostavljajući, naizgled, prostor za pojavu novih subjekata u svojstvu tužilaca. Međutim, ne bi bio prvi put da Sud pravde proširi krug tužilaca i tuženih, uprkos jasnoj jezičkoj formulaciji odredbe iz Ugovora. Prvi predmet u kome je Sud pravde odstupio od odredbe Ugovora u pogledu stranačke legitimacije u postupku za poništaj bio je predmet *Les Verts* iz 1983. godine.¹²⁷ U tom predmetu Sud pravde je dozvolio tužbu za poništaj Partije zelenih protiv odluka Evropskog parlamenta, mada tadašnji član 173. Ugovora o osnivanju EEZ nije predviđao mogućnost podnošenja tužbi protiv akata Evropskog parlamenta. Tom prilikom Sud pravde je prvo istakao da je Evropska ekonomska zajednica zajednica zasnovana na vladavini prava, u meri u kojoj nijedna njena država članica niti institucija ne mogu izbeći kontrolu da li su mere koje su doneli u saglasnosti sa osnovnom ustavnim poveljom, Ugovorom. Zatim je konstatovao da je članovima 173, 184. i 177. Ugovor o osnivanju EEZ uspostavio kompletan sistem pravnih sredstava i postupaka čiji je cilj da omogući Sudu pravde kontrolu zakonitosti mera donetih od strane organa Zajednice. Shodno tome, "tumačenje člana 173 Ugovora koje isključuje mere Evropskog parlamenta iz kruga mera koje mogu biti osporene, vodilo bi rezultatu koji bi bio suprotan duhu Ugovora izraženom u članu 164. i sistemu tog ugovora". Po mišljenju Suda pravde, takvo tumačenje bi imalo za posledicu da odluke Evropskog parlamenta kojima se prisvajaju ovlašćenja država članica ili drugih organa, ili kojima se prekoračuju ovlašćenja Parlamenta, ne bi mogle biti predmet kontrole Suda pravde. Na osnovu svega izloženog Sud prade je zaključio da tužba za poništaj može biti podneta protiv mera Evropskog parlamenta čiji je cilj da proizvedu pravno dejstvo prema trećim licima.

¹²⁶ Spojeni predmeti 21-24/72, *International Fruit Company NV and Others v. Produktschap voor Groenten en Fruit* [1972] ECR 1219. Videti V. Medović, *Međunarodni sporazumi u pravu Evropske unije*, Beograd, 2009, str. 116-117.

¹²⁷ Predmet 294/83, *Parti Ecologiste "Les Verts" v. European Parliament* [1986] ECR 1339.

Zanimljivo je da je samo dve godine kasnije, u predmetu *Comitology*, Sud pravde odbacio tužbu Evropskog parlamenta protiv Saveta, pozivajući se na jasno značenje tadašnjeg člana 173. Ugovora o osnivanju EEZ.¹²⁸ Naime, u to vreme Evropski parlament nije bio naveden kao potencijalni tužilac koji je mogao da podnese tužbu za poništaj akata drugih organa Zajednice. U pokušaju da dokaže postojanje aktivne legitimacije Evropski parlament se, između ostalog, pozvao na analognu primenu stavova Suda pravde iz presude *Les Verts*, kao i na potrebu zaštite svojih ovlašćenja. Međutim, Sud pravde je odbio navedene argumente, smatrajući da su ovlašćenja Parlamenta dovoljno zaštićena drugim pravnim sredstvima. S tim u vezi Sud pravde je naveo da je na osnovu člana 155. Ugovora o osnivanju EEZ Komisija odgovorna za zaštitu ovlašćenja Evropskog parlamenta. U slučaju potrebe Komisija je dužna da podnese tužbu za poništaj protiv organa Zajednice koji je svojim aktom povredio ta ovlašćenja. Šta više, po mišljenju Suda pravde, u takvom slučaju fizička i pravna lica takođe mogu, u granicama svojih ovlašćenja, podneti tužbu za poništaj akta organa Zajednice zbog bitne povrede postupka ili pokrenuti to pitanje pred nacionalnim sudom koji je dužan da zatraži mišljenje Suda pravde o zakonitosti određenog akta. Iza toga je sledio zaključak Suda pravde da Evropski parlament nema aktivnu legitimaciju u postupku za poništaj i odbacio je njegovu tužbu.

Nepune dve godine kasnije, 1990. godine, u predmetu *Tchernobyl* Sud pravde je konačno izmenio svoj stav i dozvolio tužbu Evropskog parlamenta protiv Saveta.¹²⁹ U suštini ovaj predmet se po pravnim i činjeničnim pitanjima nije mnogo razlikovao od predmeta *Comitology*. Jedina razlika je bila u ulozi Komisije na osnovu čijeg predloga je Savet doneo sporni akt. Evropski parlament je naime tvrdio da je osporeni akt zasnovan na pogrešnom pravnom osnovu za šta odgovornost snosi i Komisija koja je predložila donošenje takvog akta. Shodno tome, Komisija nije bila u stanju da zaštiti ovlašćenja Parlamenta pred Sudom pravde. Kod takvog stanja stvari Sud pravde je smatrao da razlozi očuvanja međuinstitucionalne ravnoteže uspostavljene Ugovorom zahtevaju zaštitu ovlašćenja Evropskog parlamenta i korišćenje svih pravnih sredstava predviđenih Ugovorom. Prema shvatanju Suda pravde, nepominjanje Evropskog parlamenta među potencijalnim tužiocima u članu 173. Ugovora predstavljalo je procesnu prazninu koja nije mogla prevladati nad suštinskim interesom za održavanjem i poštovanjem međuinstitucionalne ravnoteže uspostavljene Ugovorom. Shodno tome, Sud pravde je zauzeo stanovište da je Evropski

¹²⁸ Predmet 302/87, *European Parliament v. Council* [1988] ECR 5615.

¹²⁹ Predmet C-70/88, *European Parliament v. Council* [1991] ECR I-4529.

parlament ovlašćen da podnese tužbu za poništaj protiv akta Saveta ili Komisije, pod uslovom da je osnov za podnošenje tužbe zaštita njegovih ovlašćenja.

Presude Suda pravde u predmetima *Les Verts* i *Tchernobyl* upućuju na zaključak da lista subjekata koji imaju aktivnu legitimaciju, sadržana u članu 263. Ugovora o funkcionisanju EU, nije konačna i da pod odgovarajućim uslovima može biti dopunjena. U pomenutim predmetima Sud pravde se pozivao na načela vladavine prava, efikasne sudske kontrole i međuinstitucionalne ravnoteže kao razloge za proširivanje kruga tužilaca u postupcima za poništaj. Ova načela predstavljaju opšta načela prava EU, a samim tim i deo primarnog prava EU. Ta načela formuliše i proglašava Sud pravde u svojim odlukama i koristi ih za popunjavanje pravnih praznina ostavljenih Ugovorom. Međutim, kada je reč o pitanju aktivne legitimacije teško da postoji bilo kakav prostor za pravne praznine. Sud pravde je praktično proširio krug tužilaca mimo jasnog značenja odredbe Ugovora i na taj način otvorio mogućnost za dalje dopunjavanje liste potencijalnih tužilaca. Takva praksa Suda pravde ne isključuje mogućnost priznavanja aktivne legitimacije trećim državama ukoliko za to budu postojali odgovarajući razlozi zasnovani na opštim načelima prava EU, kao što je, na primer, načelo poštovanja međunarodnog prava. U skladu sa ovim načelom, pravila međunarodnog prava obavezuju Uniju i njeni organi su dužni da ih se pridržavaju prilikom vršenja svojih ovlašćenja.¹³⁰ Ostaje, međutim, da se vidi da li je to dovoljan razlog za priznavanje aktivne legitimacije trećim državama u postupcima za poništaj i, ako je to slučaj, kakav bi bio njihov status. One svakako imaju legitiman interes da organi Unije poštuju obaveze preuzete međunarodnim sporazumima i da akti koje donose budu u skladu sa tim sporazumima. Od načina na koji Sud pravde bude kvalifikovao taj interes zavisice da li će treće države imati status privilegovanog, poluprivilegovanog ili neprivilogovanog tužioca.

3. Tužba zbog propuštanja

U ovom delu izložićemo odredbe iz člana 265. Ugovora o funkcionisanju EU koje se odnose na aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe zbog propuštanja. Predmet tužbe zbog propuštanja je protivpravno uzdržavanje od delovanja institucija Unije. U slučaju da se Evropski savet, Savet, Evropski parlament, Komisija, Evropska centralna banka, kao i tela, službe ili agencije Unije, kršenjem Ugovora uzdrže od delovanja, države članice i drugi organi Unije mogu podneti Sudu pravde tužbu za utvrđivanje povrede. Osim navedenih subjekata, pravo na

¹³⁰ Spojeni predmeti 21-24/72, *International Fruit Company NV and Others v. Produktschap voor Groenten en Fruit*, op. cit.

podnošenje tužbe imaju fizička i pravna lica ukoliko je neki organ Unije propustio da im uputi odgovarajući akt, koji nije preporuka ili mišljenje. Tužba je dozvoljena samo pod uslovom da je organ o kome je reč prethodno bio pozvan da nešto preduzme. Ako u roku od dva meseca, računajući od poziva, dotični organ nije zauzeo stav, ovlašćeni tužioci mogu podneti tužbu u novom roku od dva meseca.

U pogledu prava na podnošenje tužbe zbog propuštanja Ugovor o funkcionisanju EU razlikuje privilegovane i nepriviligovane tužioce. Pored država članica, status privilegovanih tužilaca imaju svi glavni organi EU. Sa druge strane, fizička i pravna lica imaju status nepriviligovanih tužilaca. Njihovo pravo na podnošenje tužbe zbog propuštanja je ograničeno na slučaj kada je neki od gore navedenih organa Unije propustio da im uputi odgovarajući akt koji nije preporuka ili mišljenja. Ugovor zahteva da se radi o pravno obavezujućem aktu koji je adresiran na tužioca ili na neko treće lice, s tim da je u ovom drugom slučaju potrebno da taj akt bude od neposrednog i posebnog značaja za tužioca. Drugim rečima, zahteva se da je tuženi organ Unije kršenjem Ugovora propustio da u odnosu na određeno fizičko ili pravno licu donese pravno obavezujući akt koji može biti predmet tužbe za poništaj.¹³¹

Tužba zbog propuštanja i tužba za poništaj predstavljaju komplementarna pravna sredstva i imaju isti koncept zaštite. Osnov obe tužbe je povreda Ugovora, ili nekog drugog pravila koje se odnosi na njegovu primenu, od strane organa Unije, bilo donošenjem suprotnih akata ili propuštanjem da se donesu određeni akti. Da bi određeno propuštanje bilo protivpravno potrebno je da je tuženi organ bio u obavezi da preduzme odgovarajuće mere, a ne samo ovlašćen da to učini. Stoga nema mesta tužbi ako je organ Unije raspolagao diskrecionim ovlašćenjima za donošenje određenog akta.

Interes treće države za korišćenje ovog pravnog sredstva je sličan kao i kod tužbe za poništaj i najčešće je u vezi sa primenom međunarodnih sporazuma između Unije i dotične treće države. Na primer, takav interes bi postojao u slučaju da organi Unije propuste da usvoje određeni akt na čije donošenje se Unija obavezala međunarodnim sporazumom.

4. Tužba za naknadu vanugovorne štete

Član 268. Ugovora o funkcionisanju EU predviđa nadležnost Suda pravde u sporovima za naknadu vanugovorne štete. Odgovornost Unije za štetu

¹³¹ Predmet 15/70, *Chevalley v. Commission* [1970] ECR 976; predmet T-3/90, *Vereniging Prodifarma v. Commission* [1991] ECR II-1.

prouzrokovanu trećim licima regulisana je članom 340. Ugovora o funkcionisanju EU. Ovim članom je predviđena obaveza Unije da naknadi štetu pričinjenu od strane njenih organa, agencija, tela i službi, kao i službenika Unije u vršenju službene dužnosti. U pogledu uslova za vanugovornu odgovornost Unije, Ugovor o funkcionisanju EU upućuje na primenu načela koja su zajednička pravima država članica. U skladu sa tim načelima Sud pravde zahteva da budu ispunjena tri osnovna uslova za postojanje odgovornosti Unije za štetu:

- 1) akt Unije mora biti protivpravan,
- 2) tužilac mora pretrpeti štetu,
- 3) mora postojati uzročna veza između protivpravnog akta i nastanka štete.¹³²

Ugovor o funkcionisanju EU ne precizira koja lica imaju aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za naknadu štete. Po logici stvari to pravo pripada svakom licu kojem je Unija svojim protivpravnim postupanjem prouzrokovala štetu. U najvećem broju slučajeva tužbu za naknadu štete su podnosila fizička i pravna lica, ali to pravo pripada i državama članicama. Nema formalnih prepreka da se kao tužioci u postupku za naknadu štete pojave i države koje nisu članice EU ukoliko se radi o šteti koja im je pričinjena u privatno-pravnom svojstvu aktom ili radnjom institucija ili službenika Unije. Sporovi u kojima je predmet međunarodna-pravna odgovornost Unije prema trećoj državi izlaze iz opsega člana 268. Ugovora o funkcionisanju EU i nadležnosti Suda pravde. U takvim slučajevima Unija uživa imunitet od jurisdikcije u skladu sa pravilima međunarodnog običajnog prava.

5. Postupak za rešavanje prethodnog pitanja

Aktivna legitimacija trećih država u ovoj vrsti postupka je regulisana odgovarajućim procesnim propisima država članica EU. Mada je to prilično neuobičajeno, nije isključeno da se treća država pojavi u svojstvu tužioca pred sudom države članice EU radi zaštite ili ostvarivanja prava koja im pripadaju na osnovu međunarodnih sporazuma između Unije i dotične treće države ili nekog drugog pravila koje obavezuje Uniju. Pod uslovom da procesni zakoni države članice predviđaju takvu mogućnost i ukoliko se u postupku pred nacionalnim sudom postavi pitanje tumačenja Ugovora ili tumačenja ili valjanosti nekog akta organa Unije, nema prepreka da taj sud uputi to pitanje na rešavanje Sudu

¹³² Predmet C-4/69, *Lutticke v. Commission* [1971] ECR 336.

pravde.¹³³ U tom slučaju treća država bi u postupku za rešavanje prethodnog pitanja mogla koristiti sva procesna ovlašćenja predviđena Ugovorom o funkcionisanju EU, Statutom Suda pravde i Pravilima postupka Suda pravde, pod istim uslovima kao i ostale stranke u postupku pred nacionalnim sudom.

6. Nadležnost Suda pravde na osnovu arbitražne klauzule

U skladu sa članom 272. Ugovora o funkcionisanju EU, Sud pravde ima nadležnost u sporovima koji su mu povereni na osnovu arbitražne klauzule sadržane u ugovoru zaključenom od strane ili za račun Unije, bilo da se radi o ugovoru privatnog ili javnog prava. To znači da međunarodni sporazum između Unije i treće države može predvideti nadležnost Suda pravde za rešavanje sporova u vezi sa tumačenjem i primenom tog sporazuma. Ova mogućnost je iskorišćena u Sporazumu između Evropske zajednice (sada Unije), njenih država članica (uključujući i sadašnje članice: Bugarsku, Rumuniju i Hrvatsku), Albanije, Bosne i Hercegovine, Makedonije, Crne Gore, Norveške, Islanda, UNMIK Kosova i Srbije o uspostavljanju zajedničkog vazduhoplovnog područja, potpisanom 29. juna 2006. godine u Briselu (u daljem tekstu Sporazum o otvorenom nebu). Članom 20. stav 3. Sporazuma o otvorenom nebu je predviđeno da eventualne sporove između ugovornih strana rešava Zajednički komitet. U slučaju da Zajednički komitet u roku od četiri meseca od dana kada mu je dostavljen predmet ne donese odluku, strane u sporu mogu da se obrate Sudu pravde čija će odluka biti konačna i obavezujuća. Time su države koje nisu članice Unije prihvatile obaveznu nadležnost Suda pravde za rešavanje sporova u vezi sa primenom i tumačenjem Sporazuma o otvorenom nebu.

Zanimljivo je da je istim sporazumom (član 16. stav 2.), ostavljena mogućnost stranama ugovornicama koje nisu članice Unije da prihvate nadležnost Suda pravde za rešavanje prethodnog pitanja u vezi sa tumačenjem sporazuma, ukoliko se takvo pitanje postavi u postupku pred nacionalnim sudom i tribunalom. U tom slučaju nacionalni sud ili tribunal bi mogao, ukoliko to smatra neophodnim za donošenje presude, da zatraži od Suda pravde da donese odluku o prethodnom pitanju koje se odnosi na tumačenje sporazuma, propisa koji su navedeni u Aneksu I ili propisa koji su doneti u skladu sa tim aneksom, a koji su identični sa odgovarajućim odredbama Osnivačkih ugovora EU i propisima organa EU. Na ugovornim stranama je da utvrde u kojoj meri i u skladu sa kojim modalitetima njihovi sudovi treba da primenjuju ovu mogućnost. Svoju odluku

¹³³ Prema ustaljenoj praksi Suda pravde međunarodni sporazumi između Unije i trećih država smatraju se aktima organa Unije u smislu člana 267. stav 1. tačka b. Ugovora o funkcionisanju EU. Predmet 181/73, *R&V Haegeman v. Belgian state* [1974] ECR 49.

ugovorna strana je obavezna da dostavi depozitaru i Sudu pravde. Na postupak za rešavanje prethodnog pitanja primenjivala bi se, koliko je to moguće, pravila koja važe u EU. U tom postupku strane ugovornice koje nisu članice Unije bi imale ista prava kao i države članice EU u pogledu iznošenja mišljenja i primedbi Sudu pravde. Odluka Sud pravde o prethodnom pitanju bila bi obavezujuća za nacionalni sud ili tribunal koji je to pitanje postavio.¹³⁴

7. Pravo na mešanje

Član 40. Statuta Suda pravde predviđa mogućnost da treća lica stupe u postupak koji se vodi pred Opštim sudom ili Sudom pravde na strani jedne od stranaka u sporu. U pogledu uslova za mešanje Statut pravi razliku između država članica i organa Unije, sa jedne strane, i ostalih umešača, sa druge strane. Države članice i organi Unije mogu u svojstvu umešača stupiti u bilo koji postupak pred Opštim sudom i Sudom pravde, a da pri tome nisu dužni da dokazuju svoj interes u sporu. Za razliku od njih, službe, agencije i tela Unije, kao i sva "ostala lica", mogu stupiti u postupak između drugih subjekata samo ako uspeju da dokažu postojanje interesa za ishod spora. Taj interes mora biti direktan i specifičan. Smatra se da takav interes uvek postoji kada je tužbeni zahtev tako formulisan da bi njegovo usvajanje moglo direktno uticati na položaj ili stanje u kome se umešać do tada nalazio.¹³⁵ U svojoj dosadašnjoj praksi Sud pravde je široko tumačio pojam "ostala lica". Pored fizičkih i pravnih lica pravo na mešanje je priznavano i onim telima i grupama koja strogo formalno nisu imala status pravnog lica. Jedini zahtev koji je Sud pravde postavljao jeste da ova tela i grupe pokazuju ona svojstva koja su u osnovi karakteristična za pravna lica, a to je posebno sposobnost, ma koliko ograničena, da autonomno preduzimaju radnje i za njih preuzimaju odgovornost.

Zanimljivo je da Statut Suda pravde pravi razliku između pojedinih kategorija "ostalih lica". Tako je izričito predviđeno da fizička i pravna lica ne mogu u svojstvu umešača stupiti u postupak koji se vodi između država članica, između organa Unije ili između država članica i organa Unije.

Kada je reč o trećim državama, Statut Suda pravde predviđa pravo na mešanje samo za države članice Sporazuma o evropskom ekonomskom prostoru (Norveška, Island, Lihtenštajn), pod uslovom da se spor odnosi na primenu Sporazuma. Tumačenjem *argumentum a contrario* moglo bi se zaključiti da Statut isključuje mešanje trećih država koje nisu članice Evropskog ekonomskog

¹³⁴ Anex IV Sporazuma o otvorenom nebu.

¹³⁵ Predmet C-111/63, *Lemmerz-Werke v. High Authority*, order of 25. November 1964 [1963] 717.

prostora. Međutim, takav zaključak bi bio preuranjen imajući u vidu postojeću praksu Suda pravde.

Pitanje prava trećih država da stupe u postupak pred Sudom pravde u svojstvu umešača pojavilo se prvi put 1982. godine u predmetu *Chris International Foods*.¹³⁶ U to vreme Statut Suda pravde EEZ je sadržavao slične odredbe o pravu na mešanje, naravno bez pominjanja Sporazuma o evropskom ekonomskom prostoru koji je zaključen desetak godina kasnije. Tužilac, firma *Chris International Foods Ltd*, je podnela dve tužbe za poništaj odluka Komisije od 18. decembra 1981. godine i 28. maja 1982. godine kojima se ovlašćuje Velika Britanija da ne primeni komunitarni tretman za banane iz određenih država dolarskog područja koje su bile u slobodnoj cirkulaciji u ostalim državama članicama, kao i tužba za naknadu štete zbog izgubljene dobiti prouzrokovane osporenim odlukama. U toku postupka Ministarstvo spoljnih poslova Dominike (Dominikana) je uputilo pismo Sudu pravde u kojem je iznelo nameru svoje države da se u odgovarajućem momentu umeša u postupak na strani tuženog – Komisije. Obe strane u sporu su se pismeno izjasnile na ovaj dopis. S tim u vezi, tužilac je prvo ukazao na neobičnost situacije, da se država nečlanica meša u postupak pred Sudom pravde, ali je naveo da bi učešće Dominike moglo doprineti boljem sagledavanju predmeta spora. U produžetku, tužilac je izneo stav da bi mešanje Dominike moglo biti dozvoljeno ako ona uspe da dokaže svoj interes za ishod spora, očigledno smatrajući da države nečlanice u pogledu prava na mešanje spadaju u kategoriju "ostalih lica". Zanimljivo je da je sličan stav iznela i Komisija. Po mišljenju Komsije, pojam "ostala lica" iz tadašnjeg člana 37. Statuta obuhvata države nečlanice, kao što je Dominika. Za Komisiju nije bilo sporno ni pitanje postojanja interesa Dominke za ishod spora. Taj interes je proizilazio iz činjenice da je cilj osporenih odluka bila zaštita tradicionalnog britanskog tržišta za banana uvezene u Zajednicu iz ACP država, uključujući Dominku, u skladu sa Drugom konvencijom iz Lomea. Nakon izjašnjavanja stranaka, Dominika je podnela zvaničan zahtev za mešanje. Postupajući po tom zahtevu Sud pravde je samo kratko konstatovao da je Dominika "osoba" koja je dokazala postojanje svog interesa za ishod spora i, shodno tome, doneo odluku kojom se dozvoljava njeno stupanje u postupak u svojstvu umešača. Na taj način Sud pravde je otvorio vrata za mešanje trećih država u postupke po direktnim tužbama, ali ih je istovremeno svrstao u kategoriju – "ostalih osoba". Međutim, ono što je zanimljivo u ovom slučaju jeste da Sud pravde uopšte nije utvrđivao postojanje konkretnog interesa Dominike za ishod spora. Sud se očigledno saglasio sa argumentom Komisije da

¹³⁶ Rešenje Suda pravde u spojenim predmetima 91 i 200/82, *Chris International Foods Ltd v. Commission* [1983] ECR 417.

je dovoljno to što je Dominika jedna od država sa kojom Velika Britanija ima tradicionalnu trgovinu bananama, kao i da je potpisnica Druge konvencije iz Lomea. Praktično Sud se nije ni upustio u razmatranje mogućih konkretnih efekata presude na pravnu poziciju Dominike, već se zadovoljio postojanjem formalne veze između predmeta spora i predmeta međunarodne konvencije. Već na prvi pogled je vidljivo da je Sud pravde primenio drugačije, znatno blaže, kriterijume od onih koje inače primenjuje na "ostala lica" kada utvrđuje njihov interes u postupku. Sudeći po stavu Suda, takav interes se pretpostavlja ako se spor dotiče nekog aspekte primene međunarodnog sporazuma između Unije i treće države. S tim vezi se može postaviti pitanje kakva je razlika u pogledu uslova za mešanje država članica Sporazuma o evropskom ekonomskom prostoru (EEA), kojima je to pravo izričito priznato Statutom Suda pravde, i ostalih trećih država? U praktičnom smislu razlike gotovo da nema. U formalnom smislu ona je očigledna, s obzirom da je državama članicama EEA pravo na mešanje zagarantovano Statutom Suda pravde, dok ostale države to pravo izvode iz prakse Suda pravde koja je promenljiva.

Kada Sud pravde donese odluku kojom se dozvoljava mešanje države nečlanice, ona stupa u postupak i dužna je prihvatiti parnicu u stanju u kakvom se nalazila u momentu mešanja. Umešač stiče procesna prava koja su, uz određene izuzetke, slična onim koje ima stranka kojoj se pridružio. Njemu se dostavljaju sva pismena koja se dostavljaju strankama, s tim da sud može, na zahtev neke od stranaka, odlučiti da se umešaču ne dostave određeni poverljivi ili tajni dokumenti. Umešač mora podržavati zahteve jedne od strana u sporu i ne može podnositi nove pravne ili činjenične argumente kojima menja predmet tužbe (za slučaj kada se umešač pridružio tužiocu). Međutim, umešač ima pravo da iznosi sve argumente u okviru postojećeg predmeta spora, uključujući i one koje stranka kojoj se pridružio osporava.¹³⁷ Na kraju, umešač može istupiti iz postupka u "svako doba".

Kao što se može videti, umešač poseduje široka procesna ovlašćenja u postupku. Kakav bi mogao biti interes trećih država za stupanje u postupak pred Sudom pravde u svojstvu umešača? Svakako najočigledniji razlog jeste zaštita prava sopstvenih građana i privrednih subjekata kao stranaka u postupku, posebno kada su ta prava zasnovana na odredbama međunarodnog sporazuma između treće države i Unije. Štiteći prava svojih građana i privrednih subjekata treća država zapravo štiti sopstvene interese koji se ogledaju u zahtevu za punu i pravilnu primenu međunarodnog sporazuma. Osim toga, treća država može biti

¹³⁷ H. G. Schermers, D Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Communities*, Deventer, 1992, str. 487.

zainteresovana da iskoristi pravo na mešanje kako bi stekla ili zadržala određene trgovinske povlastice predviđene unutrašnjim aktom Unije čiji poništaj se traži tužbom, kao što je to bio slučaj u predmetu *Chris International Foods*.

8. Predmet *Swiss Confederation v. Commission*

U prethodnom delu ovog rada prikazali smo odredbe Ugovora o funkcionisanju EU i Statuta Suda pravde koje se odnose na aktivnu legitimaciju stranaka u postupcima pred Sudom pravde. Videli smo da je nadležnost Suda pravde u sporovima između Unije i trećih država izričito predviđena samo u slučaju postojanja arbitražne klauzule sadržane u međunarodnom sporazumu. Van tog slučaja Ugovor o funkcionisanju EU ne predviđa, makar ne izričito, aktivnu legitimaciju trećih država u postupcima po direktnim tužbama. Dok je takva mogućnost izvesna u postupku za naknadu vanugovorne štete, pod uslovom da se radi o šteti koju je treća država pretrpela u privatno-pravnom svojstvu, to se ne bi moglo reći za postupke po tužbama za poništaj i zbog propuštanja. Jezičkim tumačenjem članova 263. i 265. Ugovora o funkcionisanju EU moglo bi se zaključiti da treće države nemaju aktivnu legitimaciju u tim postupcima jer ne spadaju ni u jednu kategoriju potencijalnih tužilaca. Međutim, treba uzeti u obzir da je Sud pravde u nekoliko navrata zaobilazio jasne odredbe Ugovora, posebno kada je priznavao aktivnu legitimaciju Evropskog parlamenta za podnošenje tužbe za poništaj. Time su odškrinuta vrata za uvođenje novih tužilaca u postupke za ocenu zakonitosti akata ili propuštanja organa Unije. Na to ukazuje postojeća praksa Suda pravde u vezi sa pravom trećih država na mešanje, iako takava mogućnost nije predviđena Statutom Suda pravde. Zbog svega toga stručna javnost je sa posebnom pažnjom dočekala predmet *Swiss Confederation v. Commission*¹³⁸ gde je ovo pitanje trebalo konačno da bude razrešeno.

Predmet spora se odnosio na primenu Sporazuma o vazdušnom transportu između Evropske zajednice i Švajcarske potpisanom u Luksemburgu 21. juna 1999. godine. Sporazum propisuje pravila kojima se reguliše civilni avio saobraćaj između ugovornih strana. Sporazumom je izričito predviđeno da će se odredbe sporazuma, koje su identične sa odredbama sadržanim u Ugovoru o osinivanju EZ i ostalim propisima EZ, tumačiti u skladu sa postojećom praksom Suda pravde i Evropske komisije. U tom pogledu aneks Sporazuma sadrži spisak uredbi i uputstava EZ koje se primenjuju na odnose između ugovornih strana. U skladu sa članom 18. stav 1. Sporazuma, svaka od ugovornih strana je dužna da obezbedi pravilnu primenu Sporazuma na svojoj teritoriji. Drugim stavom istog člana je propisano da će u pitanjima koja su od značaja za pružanje vazdušnih

¹³⁸ Predmet T-319/05 i C-547/10 P, *op. cit.*

usluga organi Unije uživati ovlašćenja predviđena uredbama i uputstvima Unije navedenim u aneksu Sporazuma. Sporazum takođe predviđa postojanje Zajedničkog komiteta kome je poverena funkcija sprovođenja Sporazuma i rešavanja sporova. U tom cilju Zajednički komitet može donositi odluke koje su obavezujuće za ugovorne strane.

Spor između ugovornih strana je nastao u vezi primene nemačke uredbe kojom je regulisan avionski saobraćaj u nemačkom vazdušnom prostorom i pristup ciriškom aerodromu koji je udaljen svega 15 kilometara od nemačke granice. Nemačke vlasti su 4. aprila 2003. godine usvojile izmene Uredbe br. 213 kojima su uvele niz bezbednosnih mera za letove u noćnim uslovima i uslovima slabe vidljivosti u nemačkom pograničnom prostoru prema Švajcarskoj, čime je faktički ograničen pristup aviona na ciriški aerodrom. Švajcarska se protivila ovakvim izmenama uredbe, smatrajući da su one diskriminatorne u odnosu na Švajcarsku i protivne Sporazumu o vazdušnom transportu. S tim u vezi Švajcarska je podnela zahtev Evropskoj komisiji da, u skladu sa svojim ovlašćenjima iz člana 18. stav 2. Sporazuma, donese odluku kojom će obavezati Nemačku da stavi van snage i obustavi primenu sporne uredbe. Nakon sprovedenog postupka u kome su obe strane u sporu iznele svoje argumente, Komisija je 5. decembra 2003. godine donela odluku kojom se dozvoljava Nemačkoj da nastavi da primenjuje Uredbu br. 213 sa izmenama od 4. aprila 2003. godine. Za ovaj predmet je od značaja činjenica da je odluka Komisije formalno adresirana na Nemačku. Nezasadovoljna takvim ishodom Švajcarska je 13. februara 2004. godine podnela Suda pravde tužbu za poništaj odluke Komisije. Rešenjem Suda pravde od 14. jula 2005. godine predmet je ustupljen Opštem sudu sa obrazloženjem da čak i ako bi se tužba Švajcarske tretirala kao tužba države članice, ostaje činjenica da su tužbe za poništaj država članica protiv Komisije, u smislu člana 225. Ugvora o osnivanju EZ, prebačene u nadležnost Opšteg suda u skladu sa članom 51. Statuta. Isti rezultat bi bio i ukoliko bi se Švajcarska tretirala kao pravno lice u smislu tadašnjeg člana 230. stav 4. Ugvora o osnivanju EZ. Kako je Sud pravde primetio, i u tom slučaju bi za spor bio nadležan Opšti sud u skladu sa članom 54. stav 2. Statuta Suda pravde. Kod takvog stanja stvari Sud pravde je zaključio da spor spada u nadležnost Opšteg suda, bilo na osnovu člana 51. ili člana 54. stav 2. Statuta Suda pravde. Očigledno je da Sud pravde nije želeo da svojom odlukom prejudicira status Švajcarske, već je taj vruć krompir prepustio Opštem sudu. Ono što se ipak može zaključiti iz ove odluke Suda pravde jeste da se u njoj ne dovodi u pitanje pravo Švajcarske na podnošenje tužbe za poništaj, već samo da li će ona u tom pogledu biti tretirana kao država članica ili pravno lice.

Zanimljivo je da tuženi, Evropska komisija, kao i jedan od umešača na strani tuženog, Nemačka, nisu podneli prigovor nedostatka aktivne legitimacije na strani Švajcarske. To pitanje je pokrenuo drugi umešač na strani tuženog,

Landkreis Waldshut, koji je zatražio od Opšteg suda da odbaci tužbu Švajcarske zbog nedostatka aktivne legitimacije. Iznenadujuće ili ne, Opšti sud se nije upustio u razmatranje ovog prigovora. Umesto toga Opšti sud se pozvao na praksu Sud pravde prema kojoj nije neophodno da se sud upušta u pitanje dozvoljenosti tužbe u slučaju ako je tužba svakako neosnovana. Odmah zatim Opšti sud je prešao na analizu argumenata stranaka u glavnoj stvari. Švajcarska je svoju tužbu zasnovala na nekoliko argumenata. Prvi argument se odnosio na povredu prava na odbranu. Prema tvrdnji Švajcarske, Komisija joj je faktički uskratila pravo da iznese svoje stavove u vezi sa spornim pitanjem, tako što joj je za tu svrhu dat prekratak rok od pet dana. Drugi argument se odnosio na povredu člana 9. Uredbe EZ 2408/92 o pristupu vazdušnih prevoznika država članica avio-rutama unutar Zajednice ("Pristupna uredba"), koja, saglasno aneksu, predstavlja integralni deo Sporazuma o vazdušnom transportu. S tim u vezi Švajcarska je tvrdila da je Komisija propustila da oceni zakonitost uredbe Nemačke vlade u skladu sa članom 9. Pristupne uredbe kojim se reguliše pravo država članica da u slučaju nastanka ozbiljnih ekoloških problema uvedu određena ograničenja vazdušnog saobraćaja. Na kraju, Švajcarska se pozvala na povredu opštih načela: jednakog tretmana, proporcionalnosti i slobode pružanja usluga u sektoru vazdušnog transporta, kao i na povredu obaveze iskrene saradnje propisanu članom 17. Sporazuma. Pošto je razmotrio argumente stranaka Opšti sud je 9. septembra 2010. godine doneo presudu kojom se tužba Švajcarske odbija.

Protiv presude Opšteg suda Švajcarska je podnela žalbu Sudu pravde. Slično kao i u prvostepenom postupku, Komisija i Nemačka, u svojstvu umešača, nisu sporili aktivnu legitimaciju Švajcarske. Međutim, drugi umešač na strani tuženog, Landkreis Waldshut, je u svojoj protivžalbi predložio Sudu pravde da preinači prvostepenu presudu tako što će odbaciti tužbu Švajcarske zbog nedostatka aktivne legitimacije. S tim u vezi Landkreis Waldshut je ukazao da u postupku za poništaj Švajcarska ne može imati status koji je rezervisan za države članice, kao i da nije pojedinačno pogođena odlukom Komisije u smislu stava 4. člana 230. Ugovora o osnivanju EZ. Za razliku od prvostepenog postupka, ovim pitanjem se pozabavio i opšti pravobranilac Jaskinen (Jaaskinen) u svom mišljenju, s tim što se njegova argumentacija razlikovala od one koju je izneo umešač.

Opšti pravobranilac je prvo ukazao na nedozvoljenost protivžalbe umešača Landkreis Waldshut, s obzirom da pravo na žalbu pripada samo strani koja u celini ili delimično nije uspela sa svojim zahtevom. Kako je Opšti sud presudio u korist tuženog, nema mesta protivžalbi umešača na strani tuženog. Osim toga, umešač ne može istaći prigovor nedozvoljenosti tužbe ukoliko to nije učinila stranka kojoj se umešač pridružio u postupku. No i pored toga, Sud pravde može

u svakom momentu, po sopstvenoj inicijativi, razmotriti da li postoji neka prepreka za vođenje postupka. Jedna od takvih prepreka jeste nepostojanje aktivne legitimacije tužioca. Po mišljenju opšteg pravobranioca, sud ne može arbitrarno odlučiti da li će razmotriti to pitanje, s obzirom da se radi o pitanju od opšteg interesa. Ukoliko bi se sud odlučio da odmah pređe na suštinu spora, bez razmatranja dozvoljenosti tužbe, to bi poremetilo prirodan red ispitivanja tužbe. Zbog toga je opšti pravobranilac smatrao da, u skladu sa razlozima pravne sigurnosti i pravilnog vršenja sudske funkcije, odluka suda da se odmah upusti na rešavanje o glavnoj stvari mora biti ograničena samo na izuzetne slučajeve i to na osnovu jasnih kriterijuma koji moraju biti precizno obrazloženi. U konkretnom slučaju postojali su ubedljivi i opravdani razlozi da, pre svega, Opšti sud donese odluku o postojanju aktivne legitimacije Švajcarske. Uostalom na to pitanje mu je ukazao i Sud pravde u svom rešenju kojim mu je ustupio predmet. Radi se o izuzetno bitnom pitanju od opšteg interesa, koje se tiče odnosa Unije sa trećim državama i koje će, pre ili kasnije, ponovo iskrsnuti u postupku pred Sudom pravde. Iz navedenih razloga opšti pravobranilac je pozvao Sud pravde da zauzme jasan stav u vezi sa ovim pitanjem. Nakon toga je opšti pravobranilac izneo svoje mišljenje o postojanju aktivne legitimacije Švajcarske.

Opšti pravobranilac je prvo razmotrio navode Švajcarske da u konkretnom slučaju treba da bude izjednačena sa državama članicama EU u pogledu uslova za podnošenje tužbe za poništaj. Svoj stav Švajcarska je prevashodno zasnovala na činjenici da je stranka u Sporazumu o vazdušnom transportu. S tim u vezi Švajcarska je posebno ukazala na član 20. Sporazuma o vazdušnom transportu koji predviđa isključivu nadležnost Suda pravde za ocenu zakonitosti odluka organa Unije koje se odnose na primenu tog sporazuma, a koje, samim tim, obavezuju i Švajcarsku. Iz toga logično proizilazi pravo Švajcarske, kao strane ugovornice, da u, skladu sa načelom jednakog tretmana, podnese Sudu pravde tužbu za poništaj odluka organa Unije koje nisu u skladu sa Sporazumom o vazdušnom transportu. Opšti pravobranilac nije prihvatio takvu argumentaciju Švajcarske. Prvo je istakao da je članom 230. stav 2. Ugovora o osnivanju EZ ograničen krug privilegovanih tužilaca koji ne moraju dokazivati postojanje pravnog interesa za podnošenje tužbe za poništaj. Sud pravde je uvek restriktivno tumačio pomenutu odredbu Ugovora. U suprotnom, došlo bi do "narušavanja međuinstitucionalne ravnoteže uspostavljene Ugovorom, koji određuje pod kojim uslovima države članice EU učestvuju u radu organa Unije". Takav status ne može biti priznat Švajcarskoj ni u svrhu primene Sporazuma o vazdušnom transportu. Bilateralni vid saradnje za koga se Švajcarska odlučila ne može, po mišljenju opšteg pravobranioca, rezultirati izjednačavanjem Švajcarske sa državama članicama EU u pogledu procesnih prava. U tom delu opšti pravobranilac se pozvao na ranije odluke Suda pravde prema kojoj odredbe međunarodnih sporazuma između Unije i Švajcarske ne mogu biti tumačene na

isti način kao identične odredbe Ugovora o osnivanju EZ zbog razlike u njihovim ciljevima i predmetu. Takođe je naveo da formulacija odredbi Sporazuma o vazdušnom transportu ne podržava tumačenje da se načelo jednakog tretmana odnosi i na procesne privilegije država članica predviđene Osnivačkim ugovorima EU. Sporazum o vazdušnom transportu ne sadrži ni jednu odredbu koja tretira Švajcarsku kao državu članicu EU u kontekstu primene prava Unije. Sasvim suprotno, načelo jednakog tretmana je ograničeno samo na Sporazum o vazdušnom transportu i primenu uredbi i uputstava EU koji su navedeni u aneksu tog sporazuma, a ne i na primenu primarnog prava EU. To uostalom proizilazi iz člana 1. Sporazuma o vazdušnom transportu u kojem je izričito navedeno da se tim sporazumom postavljaju pravila za ugovorne strane u pogledu civilne avijacije, kao i da odredbe tog sporazuma ne dovode u pitanje primenu Ugovora o osnivanju EZ koji reguliše pitanje aktivne legitimacije za podnošenje tužbe za poništaj. Na kraju, opšti pravobranilac je istakao da su procesna prava Švajcarske u vezi sa primenom Sporazuma o vazdušnom transportu dovoljno zaštićena činjenicom da se ona u slučaju potrebe uvek može obratiti Zajedničkom komitetu, telu koje je nadležno za sprovođenje ugovora i rešavanje sporova. Iza toga je sledio zaključak opšteg pravobranioca da Švajcarska ne može biti tretirana kao država članica u pogledu prava na podnošenje tužbe za poništaj.

Pošto je zaključio da Švajcarska ne može imati status privilegovanog tužioca koji je rezervisan za države članice, opšti pravobranilac je prešao na pitanje njene aktivne legitimacije u svojstvu pravnog lica, u skladu sa članom 230. stav 4. Ugovora o osnivanju EZ. S tim u vezi opšti pravobranilac je prvo napomenuo da je svrha člana 230. stav 4. Ugovora o osnivanju EZ obezbeđenje sudske zaštite svih lica, fizičkih ili pravnih, koja su neposredno i pojedinačno pogođena aktima organa Unije koji im nisu upućeni. Kako bi utvrdio da li je Švajcarska neposredno i pojedinačno pogođena odlukom Komisije, opšti pravobranilac je primenio standardan test razvijen u praksi Suda pravde za utvrđivanje aktivne legitimacije pravnih lica. Smatra se da je određeno lice neposredno pogođeno aktom organa Unije kada taj akt neposredno utiče na prava i obaveze tog lica i kada adresat akta nema izbora u pogledu njegove primene. Po mišljenju opšteg pravobranioca, direktna veza između odluke Komisije i pravne pozicije Švajcarske proizilazi iz dispozitiva te odluke kojom se dozvoljava Nemačkoj da nastavi da primenjuje svoju uredbu o letovima u pograničnom području. Ta odluka Komisije je obavezujuća za države članice i Švajcarsku i samim tim neposredno utiče na pravni položaj Švajcarske. Kada je reč o drugom kriterijumu, nepostojanju izbora u primeni odluke, opšti pravobranilac je samo primetio da je stav Komisije u pogledu primene nemačke uredbe konačan i da taj "stav potvrđuje situaciju koja direktno pogađa Švajcarsku". Samim tim, ispunjena su oba kriterijuma za ocenu da je Švajcarska neposredno pogođena spornom odlukom Komisije.

U pogledu drugog dela testa, pojedinačnog značaja odluke za tužioca, opšti pravobranilac je razmotrio pravni položaj Švajcarske kao stranke u Sporazumu o vazдушnom transportu, njenu ulogu u postupku donošenja odluke koja je predmet tužbe, kao i sadržinu te odluke. S tim u vezi opšti pravobranilac je ukazao da sama činjenica da je Švajcarska jedna od ugovornih strana nije dovoljna da bi se smatralo da je odluka Komisije od pojedinačnog značaja za nju. Zatim je istakao važnost činjenice da je sporna odluka Komisije doneta na osnovu pritužbe Švajcarske, kao i da je Švajcarska imala aktivnu ulogu u postupku njenog donošenja davanjem svojih primedbi i sugestija. Opšti pravobranilac je takođe analizirao tekst Sporazuma o vazдушnom prevozu i, posebno, "Prilaznu uredbu" EZ koja je navedena u aneksu Sporazuma, i koja predstavlja njegov sastavni deo. S tim u vezi je posebno istakao da je aneksom Sporazuma propisano da će Švajcarska biti tretirana kao država članica u svrhu primene "Prilazne uredbe", kada god se ta uredba obraća državama članicama. Stoga, po mišljenju opšteg pravobranioca, Švajcarska ima pravni interes za pravilnu primenu pravila koja ograničavaju vršenje vazдушnih usluga predviđenih uredbom. To je bilo dovoljno da opšti pravobranilac zaključi da je odluka Komisije pogodila prava Švajcarske i izdvojila je od drugih subjekata. Time je ispunjen i drugi uslov za aktivnu legitimaciju Švajcarske u smislu člana 230. stav 4. Ugovora o osnivanju EZ.

Nasuprot očekivanjima, Sud pravde je u potpunosti ignorisao mišljenje opšteg pravobranioca u vezi sa aktivnom legitimacijom Švajcarske. Kao i Opšti sud u prvostepenom postupku, Sud pravde se odmah upustio u rešavanje glavne stvari, ne obazirući se na pitanje dozvoljenosti tužbe. Nakon što je razmotrio argumente stranaka Sud pravde je 7. marta 2013. godine doneo presudu kojom se žalba Švajcarske odbija i prvostepena presuda potvrđuje. Odluka Suda pravde da ignoriše pitanje aktivne legitimacije Švajcarske sama po sebi ima određeno značenje, pogotovo što nije čest slučaj da Sud zanemari mišljenja opšteg pravobranioca. Mada razlozi za ćutanje Suda pravde o ovom pitanju ostaju i dalje u sferi nagađanja, ne možemo da se otmemo utisku da je takav pristup Suda zapravo nastavak prakse uspostavljene u predmetu *Chris International Foods*. Ni u tom predmetu Sud pravde se nije upustio u obrazlaganje interesa Dominike za ishod spora prilikom odlučivanja o njenom zahtevu za mešanje. Time je praktično izdvojio Dominiku iz kategorije "ostalnih lica" u odnosu na koje je primenjivao stroge kriterijume u pogledu postojanja interesa za uspeh u sporu. Za Sud pravde je očigledno bilo dovoljno to što je Dominika strana u međunarodnom sporazumu koji obavezuje Uniju, i što se predmet spora odnosio na primenu tog sporazuma. Čini se da je Sud pravde primenio slične aršine u vezi sa aktivnom legitimacijom Švajcarske koja se takođe pozivala na zaštitu svojih prava iz međunarodnog sporazuma sa Unijom. Posledica takvog pristupa bi bilo faktičko izdvajanje trećih država iz kategorije fizičkih i pravnih lica. U tom

slučaju one bi se u pogledu uslova za aktivnu legitimacije sasvim približile statusu koji uživaju poluprivilegovani tužioci. Različit bi bio samo osnov postojanje aktivne legitimacije. Kod trećih država taj osnov bi se ogledao u zaštiti prava iz međunarodnog sporazuma. Takvo rešenje bi bilo opravdano iz tri razloga. Prvo, ono uzima u obzir suštinsku razliku između država i pravnih lica, kao i između njihovih pravnih interesa, a samim tim i akata Unije kojima se ti interesi povređuju. Primera radi, dok države nečlanice predstavljaju subjekte međunarodnog prava i svoj pravni interes zasnivaju na međunarodnom sporazumu u kojem su stranke, privredna društva imaju status adresata pravnih normi. To nužno zahteva primenu različitih kriterijuma za procenu ispunjenosti uslova za aktivnu legitimaciju država nečlanica, sa jedne strane, i privrednih društava, sa druge strane. Drugo, takvo rešenje bi bilo u skladu sa rastućim potrebama međunarodne saradnje. Treba imati u vidu da Unija ima razgranatu mrežu međunarodnih sporazuma čija je svrha uključivanje sve većeg broja država u njenu ekonomsku i političku orbitu. Omogućavanjem izvesnog stepena sudske zaštite one bi se, makar i u ograničenom obimu, uvele u pravni sistem Unije. Najizad, time se ne bi narušila postojeća međuinstitucionalna ravnoteža unutar Unije jer treće države ne bi bile izjednačene u procesnim pravima sa državama članicama koje bi i dalje zadržale svoj privilegovani položaj.

Ostaje pitanje da li bi takvo rešenje bilo u skladu sa članom 263. Ugovora o funkcionisanju EU. Osnivački ugovori Unije predstavljaju živ organizam i Sud pravde, primenom različitih tehnika tumačenja, često prilagođava njihove odredbe potrebama prakse. Kao što smo videli, ne bi bio prvi put da Sud pravde izađe iz okvira jasne jezičke formulacije člana 263. Ugovora o funkcionisanja EU. Takođe ne treba zanemariti stavove drugih aktera u pravnom sistemu Unije. Podsećamo da Komisija i Nemačka u toku postupka nisu osporavale aktivnu legitimaciju Švajcarske, niti su se protivili njenom zahtevu da u tom pogledu bude izjedanačena sa državama članicama. Iako nije obavezujući za Sud pravde, stav Komisije po ovom pitanju može imati uticaj na buduće predmete. Takav uticaj proizilazi iz uloge Komisije u institucionalnom sistemu Unije i njene funkcije "čuvara Ugovora".

Predmet *Swiss Confederation v. Commission* otvara još jedno značajno pitanje koje zaslužuje odgovor. Naime, jasno je da je Švajcarska svoju aktivnu legitimaciju prevashodno zasnivala na povredi Sporazuma o vazdušnom transportu. S tim u vezi se može postaviti pitanje u kojim slučajevima je Sud pravde spreman da pruži pravnu zaštitu trećim državama zbog povrede međunarodnih sporazuma. Drugim rečima, da li povreda svakog međunarodnog sporazuma od strane organa Unije predstavlja dovoljan razlog za priznavanje aktivne legitimacije trećoj državi koja je stranka tog sporazuma? Sudeći po praksi Suda pravde u vezi sa primenom međunarodnih sporazuma u pravnom sistemu Unije, odgovor je

odrečan. U skladu sa načelom poštovanja međunarodnog prava, povreda međunarodnog sporazuma predstavlja razlog za poništaj akta organa Unije. Međutim, da bi do toga došlo Sud pravde zahteva da međunarodni sporazum ispunjava uslove za direktnu primenu. To znači da međunarodni sporazum po svojoj svrsi, duhu i strukturi mora biti podesan za sudsku primenu, kao i da njegove odredbe, čiju povredu tužilac ističe, moraju biti dovoljno jasne i bezuslovne. To je preduslov i za postojanje aktivne legitimacije treće države koja se poziva na međunarodni sporazum sa Unijom. Predmet i ciljevi međunarodnog sporazuma takođe mogu imati određeni uticaj na odluku Suda o postojanju aktivne legitimacije treće države. To će pogotovo biti slučaj kada međunarodni sporazum inkorporira značajne delove pravnih tekovina Unije i predviđa značajna ovlašćenja za organe Unije u njegovom sprovođenju, kao što je bio slučaj sa Sporazum o vazдушnom transportu. Sa tim je blisko povezano pitanje uloge treće države u institucionalnom mehanizmu za primenu sporazuma. Na značaj ovih okolnosti je ukazao i opšti pravobranilac u svom mišljenju kada je analizirao sadržinu Sporazuma o vazдушnom transportu, njegov odnos sa pravom Unije i ulogu Švajcarske u postupku donošenja sporne odluke od strane Komisije.

9. Zaključak

Kakve pouke Srbija može izvući iz stavova Suda pravde u vezi sa pitanjem aktivne legitimacije trećih država? Nema sumnje da je ovo pitanje od velikog značaja za sve države koje imaju zaključene međunarodne sporazume sa Unijom. Srbija, naravno, u tome nije izuzetak. Čak bi se moglo reći da je zbog prirode svojih sporazuma sa Unijom Srbija posebno zainteresovana za rešavanje ovog problema. Tu, pre svega, mislimo na Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, Ugovor o osnivanju Energetske zajednice i Sporazum o otvorenom nebu. Naročito su interesantna poslednja dva sporazuma zbog toga što u sebi inkorporiraju veliki deo zakonodavstva Unije i predviđaju značajna ovlašćenja organa Unije u njihovom sprovođenju. U tom pogledu ovi sporazumi pokazuju veliku sličnost sa Sporazumom o vazдушnom transportu između Švajcarske i Unije koji je bio predmet spora pred Sudom pravde. Međutim, postoji i jedna značajna razlika. Dok Sporazum o otvorenom nebu izričito predviđa pravo države ugovornice, koja nije članica Unije, da se obrati Sudu pravde, to nije slučaj sa Ugovorom o osnivanju Energetske zajednice. To, međutim, ne znači da je isključena svaka mogućnost da Srbija podnese Sudu pravde tužbu za ocenu zakonitosti akata organa Unije u vezi sa primenom Ugovora o osnivanju Energetske zajednice. Ako je suditi po stavu Suda pravde iz rešenja kojim se oglasio nenadležnim i ustupio predmet *Swiss Confederation v. Commission* Opštem sudu, u tom slučaju se ne bi postavilo načelno pitanje postojanje aktivne legitimacije Srbije, već samo da li će ona biti tretirana kao država članica ili

pravno lice. Ovim stavom Suda pravde je otklonjena osnovna dilema o statusu država nečlanica u postupku za poništaj, uprkos tome što ih član 230. Ugovora o osnivanju EZ, kao ni sadašnji član 263. Ugovora o funkcionisanju EU, ne pominje među potencijalnim tužiocima. Ostalo je još samo da se reši pitanje njihovog konkretnog statusa, od čega će zavistiti obim njihovih procesnih ovlašćenja. U vezi sa tim pitanjem već postoji blagonaklon stav Komisije i nekih država članica da se trećim državama prizna pravo na podnošenje tužbe radi zaštite njihovih prava iz međunarodnih sporazuma. Nema sumnje da će ovo pitanje ponovo iskrnuti pred Sudom pravde, kao što je to primetio opšti pravobranilac Jaaskinen. Stoga bi se moglo reći da je presuda Suda pravde u predmetu *Swiss Confederation v. Commission* predstavljala svojevrsan probni balon koji je testirao raspoloženje glavnih aktera u institucionalnom sistemu Unije i nagovestio skoro konačno razrešenje problema aktivne legitimacije trećih država.

Vladimir Medović, PhD*

Locus standi of non-member states in proceedings before the Court of Justice of the EU

Summary

Do the non-member states have *locus standi* to sue in the courts of European Union? If it is the case, under which conditions they may bring actions to the Court of Justice? Are they equal in that respect with the member states of EU or they enjoy the same status as legal persons? Those are some of the questions which the author considers in this article. The subject of the analysis are the provisions of the Treaty on the Functioning of the European Union and Statute of the Court of Justice which relates to the issue of *locus standi* in proceedings before the courts of EU. Also, the author considers other possibilities for the involvement of third states in the proceedings before the Court of Justice, such as the right to intervene. The motive for this article is the judgement of the Court of Justice of March 7, 2013 in the case *Swiss Confederation v. Commission*. In this case the Court of Justice was called for the first time to deal with the question of the *locus standi* of the third state in action for annulment.

Keywords: Locus standi, third states, international agreements, Court of Justice of EU, action for annulment, the right to intervene.

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

Ivanka Spasić*

UDK 341.231.14-057.187(4-672EU)
346.548
str. 69-89.

KONCEPT I PRAVNO UREĐENJE SPORAZUMA O DISTRIBUCIJI U PRAVU EU

Apstrakt

Jedno od ključnih pitanja koje se javlja u savremenim uslovima tržišnog načina privređivanja je pitanje kako brže i uspešnije prodati gotovi proizvod. Neposredni način prodaje robe veoma je redak u poslovnoj praksi, naročito međunarodnoj. U trgovinskom poslovanju je uobičajeno da se, između prodavca i kupca, pojavljuju i drugi privredni subjekti koji formiraju tzv. distributivni lanac, povezujući proizvođače sa krajnjim korisnicima. Budući da se distribucija robe može obavljati na više različitih načina postoji i više oblika distributivnih sporazuma; distributivni sporazumi se mogu javiti u vidu ekskluzivne distribucije, ekskluzivne kupovine, selektivne distribucije, ekskluzivnog zastupanja i, posmatrano najšire, u obliku franšizinga. Svi distributivni sporazumi, bez izuzetka, realizuju se putem ugovora o distribuciji (uglavnom) neimenovanih, tipičnih ugovora poslovnog prava.

Budući da svi ugovori o distribuciji, kojima se uspostavlja distributivni sistem i realizuje snabdevanje dilera odnosno potrošača, sadrže izvesne elemente isključivosti koji su u suprotnosti sa odredbama o slobodi tržišne utakmice, veoma je važno kako će se ovi sporazumi uskladiti sa odredbama prava konkurencije. Evropska Unija, kao najznačajnija ekonomska integracija u svetu,

* Redovni profesor Pravnog fakulteta, Univerziteta "Privredna Akademija", Novi Sad.

ima veoma razvijeno pravo konkurencije. Rešenja koja se tiču distributivnih sporazuma i njihove dopuštenosti, koja sadrži pravo konkurencije EU, značajna su ne samo za razvoj ovih poslova u okviru same Unije i zemalja članica već i ostalim zemljama zbog njihove ekomske povezanosti sa Unijom.

U radu se analiziraju pojam i specifičnosti distributivnih sporazuma i tretman koji oni imaju u pravu konkurencije Evropske Unije. Evropsko pravo konkurencije utvrđuje, svojim odredbama, značaj i dopuštenost ovih sporazuma, pri čemu izuzetno značajnu ulogu imaju i presude Suda EU (Suda pravde) na osnovu kojih se uspostavljaju specifični pravni standardi koji će biti osnov za rešavanje određenih spornih pitanja koja se pojavljuju u praksi.

Ključne reči: vertikalni sporazumi; ekskluzivna distribucija; selektivna distribucija; ugovori o distribuciji; pravo konkurencije EU.

1. Sporazumi o distribuciji

Jedno od najaktuelnijih pitanja moderne ekonomije predstavlja pitanje kako najbrže i što jeftinije stići do potrošača i prodati mu određeni proizvod. U fokusu nije više problem produktivnosti već problem uspešnosti prodaje već gotovog proizvoda. Tržišno poslovanje se često susreće sa problemima hiperprodukcije i konkurencije; takvo poslovno okruženje zahteva od proizvođača veliku fleksibilnost, prihvatanje novih poslovnih metoda i modifikovanje već postojećih kako bi se, lakše i efikasnije, osvojila nova tržišta i pridobio što veći broj potrošača za svoje proizvode. Isti principi naravno važe i kada je reč o uslugama.

U složenom tržišnom načinu poslovanja redak je slučaj da proizvođač sam prodaje svoju robu, to je naročito uočljivo kada se radi o međunarodnim prodajama robe. Mnogo je češći slučaj da se proizvođač, u postupku prodaje svojih proizvoda krajnjim korisnicima-potrošačima, povezuje sa drugim privrednim subjektima. Privredni subjekti koji (svojom aktivnošću) povezuju proizvodnju sa potrošnjom čine tzv. "distributivni lanac". Distributivni lanac predstavlja dakle sistem specifičnog povezivanja privrednih subjekata čija aktivnost doprinosi uspešnijem distribuiranju proizvoda od proizvođača ka krajnjim korisnicima. Formiranje distributivnog lanca povezano je sa činjenicom da između proizvođača i potrošača može postojati više nivoa plasmana robe u kojima učestvuje više različitih učesnika.¹³⁹ U savremenoj poslovnoj praksi nastali

¹³⁹ Pojedini oblici distribucije mogu biti različiti u zavisnosti od stepena složenosti, oni mogu biti: direktni (proizvođač sam prodaje svoj proizvod korisniku); jednostepeni (u poslu se pojavljuje i trgovac na malo, kao posrednik između proizvođača i potrošača); dvostepeni (kao posrednici se pojavljuju i veletrgovci i trgovci na malo). Kod trostepenih, poslova (izvoznih) figurišu izvoznik, uvoznik i maloprodavac. Opširnije kod M. Parivodić, *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji*

su modeli plasmana robe kojima se, na specifičan način, premošćuje problem povezivanja ponude sa tražnjom, odnosno proizvođača sa potrošačima. Svi ovi modeli plasmana robe zasnovani su specifičnim ugovorima i realizuju se između samostalnih privrednih subjekata. Stepeni poslovne povezanosti privrednih subjekata i složenosti samog posla nisu, kod svih ovih modela povezivanja, izraženi u podjednakom stepenu.

Distribuiranje odnosno plasman robe (i usluga) može se obavljati na više različitih načina; putem ekskluzivne ili selektivne distribucije, ekskluzivne kupovine, ekskluzivnog zastupanja (*agency*), franšizinga.¹⁴⁰ Svi ovi sporazumi, bez obzira na oblik, spadaju u kategoriju tzv. vertikalnih sporazuma, odnosno sporazuma između privrednih subjekata koji se u svom poslovanju nalaze na različitim nivoima distributivnog lanca,¹⁴¹ što ima značaja naročito kad se radi o načinu njihovog regulisanja. Svi distributivni sporazumi sadrže odredbe o isključivosti (u nekom od oblika) te mogu doći pod udar pravila o zaštiti konkurencije. Kada bi se odredbe o zaštiti konkurencije sprovodile striktno i bez izuzetaka većina distributivnih sporazuma bila bi zabranjena; ne bi trebalo posebno naglašavati kakva bi šteta nastala od takve prakse. Imajući u vidu izuzetan značaj odredaba prava konkurencije u privredi bilo je neophodno pronaći mehanizme za prevazilaženje ovog problema; stoga je, prvenstveno komunitarno pravo¹⁴² svojim odredbama o konkurenciji, a potom i nacionalna prava zemalja članica kao i nečlanica, pronašlo efikasan način da određene kategorije sporazuma izuzme od strogih pravila konkurencije a da se, pri tom, ne naruši ceo sistem zaštite osnovnih principa na kojima ono počiva. Sudska praksa, naročito komunitarna, dosta uspešno prevazilazi pomenute poteškoće i rešava sporove koji nastaju u poslovanju. Za razliku od sudske prakse pojedinih zemalja koja ne predstavlja izvor prava, praksa Suda (pravde) EU predstavlja svojevrsan

(magistarska teza), Beograd, 1995, str. 3. O oblicima distribucije videti i kod S. Carić, J.Vilus, D. Đurđev, D. Divjak, *Međunarodno poslovno pravo*, Novi Sad, 2007, str. 324.

¹⁴⁰ V. D.G. Goyder, *EC Competition Law*, third ed., Oxford, 1998, str. 177. i dalje.

¹⁴¹ Privredni subjekti u vertikalnom odnosu imaju različit položaj na tržištu, te stoga ne konkurišu jedni drugima (recimo snabdevač, trgovac na veliko i trgovac na malo se u poslovanju međusobno "dopunjuju" tvoreći jedan specifičan sistem distribucije. Za razliku od vertikalnih, kod horizontalnih sporazuma svi participirajući subjekti nalaze se na istom nivou lanca poslovanja te stoga konkurišu jedni drugima. Zdrava tržišna konkurencija može se, u praksi, narušiti i jednim i drugim sporazumima.

¹⁴² Stupanjem na snagu Lisabonskog sporazuma, koji se sastoji iz dva ravnopravna teksta - Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, izvršeno je prenumerisanje materijalno-pravnih odredaba, ali je, zbog suštinskih izmena, došlo i do zamene uobičajenog termina "komunitarno pravo" terminom pravo EU; opširnije videti kod R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Kragujevac, 2011, str. 14. i dalje.

pravni izvor. Precedenti, nastali u konkretnim slučajevima, sadrže pravne standarde i osnovu za postupanje u potonjim slučajevima. Time se komunitarno pravo (konkurencije) u određenoj meri približava anglosaksonskom *common law*.

Kada se govori o različitim modalitetima sporazuma o distribuciji proizvoda i usluga njihovom značaju i frekventnosti trebalo bi izdvojiti pojedine oblike, pre svega ekskluzivne distribucije kao i franšizinga.¹⁴³ Ekskluzivna distribucija se javila i danas je zastupljena naročito u sektoru prodaje automobila; pored auto-industrije ekskluzivna distribucija je veoma zastupljena u oblastima prodaje goriva i piva. Osim ovih "tradicionalnih" oblasti, primena distributivnih metoda proširila se i na domen snabdevanja tržišta poljoprivrednim alatima i mašinama, kućnim aparatima, tv-prijemnicima i foto opremom, kompjuterima i drugom elektronskom opremom. Zbog svojih brojnih prednosti ekskluzivni distributivni sporazumi su se brzo afirmisali te su, za pojedine kategorije roba, postali i dominantni oblici plasmana tih roba na tržištima.¹⁴⁴

Kod poslova ekskluzivne distribucije postoji trajni poslovni odnos između proizvođača (isporučioaca odnosno snabdevača) i distributera (dilera). Proizvođač isporučuje robu isključivo distributeru. Distributer, koji je ugovorom dobio ekskluzivno pravo prodaje, samostalno organizuje plasman i prodaju robe. Distributer posluje u svoje ime, za svoj račun i isključivo distributer snosi rizik uspešnosti posla.

Osim ekskluzivne distribucije, koja je najznačajnija, kao njena specifična "podvarijanta", pojavljuje se i ekskluzivna kupovina kod koje diler (preprodavac) kupuje ugovorenu robu isključivo od (ugovorom) određenog snabdevača i ne može koristiti usluge drugih snabdevača.

Pored ova dva osnovna vida distribucije sa elementom ekskluzivnosti od većeg poslovnog značaja je i tzv. selektivna distribucija. Kod selektivne distribucije ne postoji ekskluzivnost već se tu radi o limitiranju kruga distributera koji su uključeni u distributivni sistem, odnosno broja i vrste prodajnih objekata gde se preprodaja može vršiti.¹⁴⁵ Limitiranje sprovodi snabdevač a cilj mu je da se

¹⁴³ Franšizing posao samo u najširem smislu reči spada u kategoriju distributivnih sporazuma, naročito se to odnosi na prvobitne oblike franšizing posla; brojne specifičnosti koje imaju savremeni oblici franšizinga izdvajaju ovaj posao u zasebnu kategoriju i zaseban poslovni sistem.

¹⁴⁴ Distributivni metod se pokazao pogodnim za plasman trajnijih potrošnih dobara, za proizvode zaštićene žigom kao i za robu koja zahteva profesionalni pristup i znanje o rukovanju, kako za vreme tako i nakon prodaje (servisiranje).

¹⁴⁵ D.G. Goyder, *op. cit.*, str. 214.

distributivni sistem zatvori za "nepoželjne" distributere. Snabdevač jedini utvrđuje kriterijume za "prijem" u distributivni sistem. Selektivna distribucija je zastupljena u oblastima potrošnje specifičnih vrsta proizvoda, uglavnom su to skuplji i luksurniji proizvodi.¹⁴⁶ Proizvođači nestandardnih i skupih proizvoda imaju poslovni interes da stalno održavaju uvid u distribuciju svojih proizvoda određenim klijentima, održavajući na taj način svoj stečeni *goodwill*.

U grupu distributivnih sporazuma spadaju i oblici ekskluzivnog zastupanja (*agency*); kod ovog oblika dilere u "klasičnom smislu" zamenjuju zastupnici koji su, u priličnoj meri, integrisani u organizacioni sistem principala.

Ukoliko bi se poslovi distribucije posmatrali u najširem kontekstu onda bi, od svih pomenutih modaliteta distribucije, najznačajniji bio franšizing; to je najslabiji poslovni oblik vertikalnih odnosa kooperacije zasnovane na ugovoru.¹⁴⁷ Franšizing je zbog svojih poslovnih prednosti izuzetno brzo osvajao različite oblasti privrednog poslovanja; javio se u oblasti distribucije bezalkoholnih pića i automobilske industriji¹⁴⁸ odakle se veoma brzo proširio na oblasti maloprodaje, turizma, privrednih usluga.¹⁴⁹ Danas ima izuzetno malo privrednih oblasti u kojima franšizing posao nije našao svoje mesto (teška industrija, poljoprivreda). Imajući u vidu pojedine aspekte franšizing posla može se reći da on takođe pripada grupaciji poslova distribucije,¹⁵⁰ to se naročito odnosi na "rane" oblike franšizinga (franšizing roba i usluga); savremeniji oblici franšizing poslovanja, kakav je *business format* franšizing, u priličnoj meri su se udaljili od jednostavnijih distributivnih oblika tvoreći veoma složen i specifičan franšizing sistem poslovanja. Franšizing poslovni sistem ima izvesnih sličnosti sa distributivnim ali je od njega mnogo složeniji i sveobuhvatniji, te ga treba

¹⁴⁶ Po selektivnom metodu distribuiraju se određeni tehnički proizvodi (elektronska oprema, motorna vozila) kao i tzv. "brendirani" proizvodi (satovi, dragulji, kamere, fotoaparati, parfemi, kozmetika, porcelan).

¹⁴⁷ Franšizing se razvio u američkoj poslovnoj praksi sredinom prošlog veka. Od početnih jednostavnih oblika poslovanja pod firmom davaoca franšizinga i uz korišćenje njegovih žigova, posao se postepeno usložnjavao do današnjih veoma sofisticiranih oblika *business format* franšizinga. O konceptu franšizinga detaljnije M. Draškić, *Ugovor o franšizingu*, Beograd, 1983, str. 13-26; isto I. Spasić, *Franšizing posao*, Beograd, 1996, str. 13-16; isto v. M. Mendelsohn, *The Guide to Franchising*, 1992, str. 11.

¹⁴⁸ Ovi prvobitni oblici franšizing posla najviše ga povezuju sa uobičajenim karakteristikama posla distribucije.

¹⁴⁹ V. Z. Glušica, *Franšizing*, Novi Sad, 1991, str. 29. i dalje.

¹⁵⁰ Videti klasifikaciju distributivnih poslova kod G. M. Wejer, *Commercial Agency and Distribution Agreements: Law and Practice in the Member States of EC*, Graham and Trotman, 1990, str. 21; isto R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac, 2009, str. 248.

odvojeno i posmatrati. Eventualna zabuna oko toga da li franšizing spada u grupu distributivnih poslova ili ne može nastati kao posledica mogućeg načina posmatranja ovog pitanja; ukoliko se problem posmatra sa ekonomskog stanovišta i franšizing posao je nesumnjivo jedan od oblika distribucije proizvoda i usluga na tržištu. Ukoliko se posmatraju pravne karakteristike ugovora o franšizingu i distribuciji uočljive su veće razlike koje opravdavaju svrstavanje franšizinga u posebnu kategoriju vertikalnih sporazuma. Zbog značajnih specifičnosti franšizinga i njegovog velikog značaja ovaj poslovni oblik treba posmatrati izdvojeno od ostalih poslova distribucije. Identično stanovište u pogledu odnosa distribucije i franšiziga usvojilo je i komunitarno pravo uređujući franšizing poslove posebnom uredbom.

2. Ugovori o distribuciji kao instrumenti realizacije distributivnih sporazuma

Kao što je to uobičajeno i kod drugih privrednih poslova distributivni poslovi pravno se realizuju putem ugovora o distribuciji.¹⁵¹ Budući da postoji više vrsta i oblika distributivnih sporazuma i ugovori kao pravni instrumenti za njihovu realizaciju mogu se (donekle) razlikovati. Bez obzira na postojeće manje razlike, zajedničko svim ugovorima o distribuciji je da su to generalni ugovori kojima se distributer obavezuje da periodično kupuje robu od snabdevača u čiju je distributivnu mrežu uključen i da prodaje tu robu korisnicima odnosno potrošačima, u svoje ime snoseći, pri tome, sav rizik poslovanja. Na osnovu postojećeg generalnog sporazuma ugovorne strane će, kasnije, zaključiti pojedinačni ugovor ili više ugovora, kojima će precizirati detalje isporuke. Okvirni sporazumi utvrđuju samo bitne elemente budućih pojedinačnih ugovora, bez preciziranja detalja vezanih za ispunjenje ugovora. Pojedinačni ugovori moraju naravno biti u skladu sa odredbama generalnog ugovora. U praksi je, inače, veoma učestalo korišćenje narudžbenica distriburtera koje zamenjuju individualno zaključeni ugovor,¹⁵² ipak radi se samo o tehničkoj realizaciji koja ne menja suštinske odnose ugovornih strana.

Distributivni odnos je najčešće trajni odnos međusobne poslovni saradnje koji mora počivati na uzajamnom poverenju obeju strana. Ugovorne strane kod distributivnog ugovora su proizvođač odnosno snabdevač i distributer. Obe

¹⁵¹ Ovi ugovori nose generalni naziv "ugovori o distribuciji" ili "distributerski ugovori". Različite zemlje poznaju donekle različite nazive za ove ugovore, recimo u francuskoj ovi ugovori nose naziv "*concession commerciale*" ili "*concession de vente*"; na engleskom govornom području poznati su pod nazivom "*distribution agreement*", "*distributorship agreement*", "*dealership agreement*". Nemačka praksa ih poznaje pod nazivom "*Vertragshändlervertrag*" ili "*Eigenhändlervertrag*".

¹⁵² Videti R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 250.

ugovorne strane su samostalni i pravno nezavisni privredni subjekti koji posluju u svoje ime, za svoj račun i na svoj rizik. Snabdevači su najčešće veliki proizvođači robe specijalizovani za određene vrste proizvoda. U ulozi distributera mogu se pojaviti kompanije kao i individualni trgovci; distributeri su, takođe, najčešće specijalizovani za prodaju određenih vrsta proizvoda.

Pored ugovornih strana specifičnost distributivnih ugovora predstavljaju predmet, forma i sadržina kao i pravna priroda ugovora.

Predmet ugovora o distribuciji predstavlja određena roba; načelno to može biti svaka roba koja je u masovnoj upotrebi. Roba mora biti precizno individualizirana ugovorom.¹⁵³ U pogledu ugovornog utvrđivanja svojstava i količine robe važe opšta pravila ugovornog prava;¹⁵⁴ u praksi se veoma često koriste uobičajeni poslovni termini kako bi se precizirala roba koja je predmet ugovora. Za pojedine vrste robe potrebne su detaljne specifikacije (tehnička roba, elektronika i sl.).

Distributer, poslujući u svoje ime i za svoj račun, kupuje robu koju će (pre)prodavati potrošačima. Distributer, nabavkom, stiče svojinu na robi i mora platiti prodavcu njenu nabavnu cenu; budući da se uglavnom radi o trajnijem poslovnom odnosu snabdevača i distributera moguće je da količina robe ne bude precizno određena već "samo" određiva, pri čemu se (generalnim ugovorom) utvrđuje samo tzv. jedinična cena, dok će ukupna cena biti "odrediva". Plaćanje se vrši u skladu sa odredbama ugovora, najčešće sukcesivno ili u ratama, zavisno od isporuka; ugovorom se može predvideti dinamika plaćanja i u zavisnosti od prodaje. Distributer "zarađuje" na razlici koja postoji između nabavne i prodajne cene robe koju prodaje.¹⁵⁵ Za razliku od "obične" prodaje, kod posla distribucije se uspostavlja određeni stepen trajne međusobne poslovne saradnje u okviru "distributivne mreže"; ova saradnja se ogleda u uzajamnom informisanju o prodaji, stanju na ugovorenom tržištu, eventualnim modifikacijama proizvoda i asortimana, planiranoj novoj proizvodnji, detaljnom upoznavanju sa tehničkim karakteristikama proizvoda, reklamiranju i slično.

Distributivni ugovori su načelno neformalni; imajući, međutim, u vidu činjenicu da se radi o ugovorima poslovnog prava uobičajeno je da se ugovori sastavljaju pismeno, u skladu sa opštim uslovima poslovanja firmi distributera. U praksi

¹⁵³ Ugovorom moraju biti tačno utvrđene vrsta, količina i kvalitet robe.

¹⁵⁴ Videti M. Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2006, str. 47. O rešenjima Bečke konvencije po pitanju svojstava robe videti *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer, 1997, str. 51-61.

¹⁵⁵ V. Korah, *Exclusive Distribution and the EEC Competition Rules*, London, 1992, str. 6; isto C. Schmitthoff, *Export Trade*, London, 1990, str. 260; isto M.Parivodić, *op. cit.*, str. 28.

postoje brojni formulari za zaključenje ovih ugovora, ovakva pismena forma je, naravno, samo dokazna ("*ad probationem*").

3. Sadržaj i priroda ugovora o distribuciji

Sadržinu distributivnih ugovora čine prava i obaveze ugovornih strana - snabdevača i distributera. Osnovna obaveza snabdevača je da, isključivo distributeru,¹⁵⁶ isporučuje robu u određenom, u pravilu dužem vremenskom periodu, na ugovoreni način.¹⁵⁷ U skladu sa tim snabdevač je obavezan da prihvata porudžbine distributera prateći ugovornu dinamiku i da ga uredno snabdeva robom. Snabdevač garantuje da isporučena roba nema materijalnih i pravnih nedostataka. Osnovna obaveza distributera je da nabavi robu (postoje odredbe o robnom minimumu) i stavi je u promet kao i da plati cenu za isporučenu robu (koju će preprodavati). Osim glavnih obaveza distributer ima i obavezu da vrši narudžbine u skladu sa ugovorom, da drži određene zalihe robe i rezervnih delova, da pruža post-prodajni servis korisnicima, da vrši reklamiranje i promociju proizvoda koje distribuira, da izlaže robu na sajmovima, da štiti žig i logo pod kojim robu (pre)prodaje.¹⁵⁸ Distributer je u obavezi da štiti ugled snabdevača. Distributer je, takođe, u obavezi da obaveštava snabdevača o tekućim izmenama propisa i standarda koji se odnose na robu. Pored ovih osnovnih, mogu se ugovoriti i sporedne obaveze, obično u vidu dodatnih pogodnosti koje snabdevač odobrava distributeru.

Za distributivne ugovore su karakteristične i neke post-ugovorne obaveze čije dejstvo nastaje sa prestankom ugovora; tu bi spadale recimo obaveza snabdevača da preuzme preostale zalihe, zatim obaveza distributera da ne konkuriše snabdevaču u prodaji robe koja je bila predmet distribucije (izvesno vreme) po okončanju ugovora, zatim obaveza distributera da vrati reklamni materijal i sl.

Kada govorimo o pravnoj prirodi distributivnih sporazuma evidentno je da oni imaju značajne sličnosti sa ugovorima o prodaji, sa jedne strane, kao i sa ugovorima o franšizingu, sa druge strane. Kod distributivnih sporazuma distributer jeste kupac, ali ne kupac u klasičnom smislu reči, on, naime, kupuje robu od isporučioaca kako bi je dalje stavljao u promet (preprodavao). Između dve ugovorne strane postoji trajni poslovni odnos kome je cilj distribucija

¹⁵⁶ Naravno ukoliko se radi o ekskluzivnoj distribuciji; ostali oblici distributivnih ugovora ne moraju podrazumevati ekskluzivnost. Ipak poslovi ekskluzivne distribucije su najznačajniji.

¹⁵⁷ Isporuke se vrše u vreme, na mestu, u količini i na način predviđen ugovorom.

¹⁵⁸ Distributeru se ugovorom ne ustupa žig ali on prodaje robu koja nosi taj žig i ostale oznake proizvođača (snabdevača) te je u obavezi da ih čuva od zloupotrebe i da ih, razume se, sam ne zloupotrebljava.

odnosno (dalje) stavljanje u promet određene robe. Bez obzira na činjenicu da je distributer samostalan u poslovanju i sam određuje cenu robe koju (pre)prodaje, zarađujući na razlici između kupovne i prodajne cene, on je istovremeno povezan u specifičnu poslovnu mrežu sa snabdevačem robe. Može se zaključiti da distributivni ugovori sadrže u sebi mnoge elemente prodaje¹⁵⁹ ali se od nje i razlikuju po znatno većoj širini i obimu prava i obaveza kao i po cilju samog ugovora. Sa druge strane distributivni sporazumi imaju sličnosti i sa franšizingom. Franšizing je, kao što je već pomenuto, u najširem smislu reči takođe jedan vid distribucije; davalac franšizinga snabdeva korisnika robom ali to je samo jedan od elemenata franšiznog posla. Ono što je suština franšizinga to je ustupanje prava prodaje i vršenja usluga pod firmom davaoca, uz korišćenje davaoćevih žigova i distinktivnih znakova, uz prenos poslovnog znanja i iskustva (*know-how*), uz korišćenje davaoćevih metoda marketinga, a uz obavezu davaoca franšizinga da obučava kadrove korisnika i pruža korisniku pomoć u poslovanju.¹⁶⁰ Korisnik franšizinga plaća tokom trajanja ugovora nakanadu davaocu za sva ustupljena prava i znanja. Korisnik franšizinga ugovorom stupa u poslovni sistem davaoca (*business format franchising*), poslujući u njegovim okvirima, pod firmom davaoca, kao samostalan privredni subjekat, u svoje ime za svoj račun i na svoj rizik. Distributivni sporazumi nemaju sve ove karakteristike, kod njih nema ni nakande, ni ustupanja *know-how*, niti ustupanja firme, žigova, distinktivnih znakova, ni korišćenja prava iz intelektualne svojine.¹⁶¹ Distributivni sistemi očigledno imaju dosta zajedničkih karakteristika sa franšiznim, ali su od njih ipak znatno "jednostavniji".

Bez obzira na brojne sličnosti distributivnih ugovora sa prodajom i franšizingom (znatno manje sa drugim ugovorima) ovi ugovori ipak spadaju u *sui generis* kategoriju.

¹⁵⁹ O bitnim elementima i karakteristikama ugovora o prodaji v. M.Vasiljević, *op. cit.*, str. 43-61.

¹⁶⁰ V. I. Spasić, *op. cit.*, str. 60.

¹⁶¹ Distributeri samo prodaju robu koja je (najčešće) markirana proizvođačevim brendom, koja ima njegove žigove i njegov logo no njemu nisu ustupljena ova prava niti on njima raspolaze kao što mu nije ustupljen ni *know-how*. Distributer samo štiti robu koju distribuira zajedno sa njenim oznakama.

4. Normativno uređenje distributivnih sporazuma

Distributivni sporazumi su nastali u poslovnoj praksi,¹⁶² stoga su još uvek delimično u fazi pravnog uobličavanja, što utiče i na način njihovog pravnog regulisanja. U većini zemalja distributivni sporazumi dobro funkcionišu sledeći uobičajenu poslovnu praksu i pravila autonomnog poslovnog prava,¹⁶³ ipak pretežni deo tih istih zemalja nema specijalne i konzistentne pravne propise koji detaljnije regulišu ugovore o distribuciji. Na ove ugovore se, pored autonomnog prava, primenjuju i opšte odredbe građanskog (odnosno obligacionog) prava¹⁶⁴ kao i odredbe prava konkurencije. Belgija je jedina evropska zemlja koja je, 1961. god, donela poseban propis¹⁶⁵ koji se izričito odnosi na poslove ekskluzivne distribucije, pri čemu ovaj propis uređuje veoma uzak krug pitanja. Eksplicitno su, naime, uređena samo pitanja otkaza ugovora (otkaznog roka)¹⁶⁶ kao i pitanje (mogućnosti) distributerove naknade za klijentelu po prestanku ugovora.¹⁶⁷

Većina razvijenih evropskih zemalja (Francuska, Nemačka, Italija, Austrija), kao što je već rečeno, nema posebnih pravnih propisa koji bi regulisali distributivne ugovore, već na njih primenjuje opšte odredbe obligacionog prava. Sem obligacionog i naravno pravila autonomnog prava, svakako najveći pravni značaj imaju i odredbe prava konkurencije.

Na međunarodnom planu nema međunarodnog unifikacijskog akta koji bi uredio oblast distribucije, ipak autonomni izvori prava su, u ovoj oblasti, izuzetno dragoceni budući da ujednačavaju poslovnu praksu. Opšti uslovi poslovanja, standardni, tipski i adhezioni kao i model ugovori doprinose tipizaciji i ujednačavanju rešenja u oblasti distribucije. Međunarodna trgovinska

¹⁶² Prvenstveno u praksi Sjedinjenih Američkih Država koje su razvile poslove distribucije naftnih derivata, automobila i nekih drugih proizvoda zaštićenih žigom, opširnije v. R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 247.

¹⁶³ Izvori autonomnog poslovnog prava čine model ugovori, opšti uslovi poslovanja, tipski i adhezioni ugovori, tipizirane klauzule i slični izvori, masovno i uspešno, korišćeni u poslovnoj praksi.

¹⁶⁴ Skoro sve evropske države tretiraju ugovore o distribuciji kao neimenovane ugovore.

¹⁶⁵ Zakon o jednostranom prestanku ugovora o ekskluzivnoj distribuciji zaključenih na neodređeno vreme, objavljen u službenom glasilu Belgije, oktobra 1961; propis je izmenjen aprila 1971. god.

¹⁶⁶ Pitanje sporazumnog prestanka ugovora, razume se, nije sporno; ovde se radi o (jednostranom) otkazu ugovora. Ukoliko jedna od strana ne raskida ugovor usled ozbiljnih uzroka postavlja se pitanje naknade distributeru. Pitanje mogućnosti plaćanja i iznosa "pravične" naknade utvrđivaće se u svakom konkretnom slučaju.

¹⁶⁷ Distributer, bez obzira što istupa kao samostalan privrednik, doprinosi prodaji proizvoda snabdevača i širenju uticaja njegovog brenda na tržištu.

komora (MTK) je sačinila "Model ugovora o isključivoj distribuciji"¹⁶⁸ i tako dala značajan doprinos ujednačavanju poslovne prakse i pojašnjavanju pojedinih pitanja koja su bila sporna među strankama. (ICC) Model ugovor se preporučuje strankama najpre radi postizanja pravne sigurnosti budući da, sledeći ovaj model, stranke zaključuju ugovor koji sadržinski i formalno najbolje odgovara prirodi posla a i rizik posla je u tom slučaju sveden na minimum.

Budući da je pravo konkurencije EU najdalje otišlo u načinu i uspešnosti regulisanja većine pitanja antikonkurencijskog delovanja kao i da je pravo EU primarno primenljivo i u zemljama članicama a usklađivanju sa njim teže i mnoge zemlje nečlanice koje nastoje da se pridruže Uniji, najznačajnije je razmotriti položaj i dopuštenost distributivnih sporazuma upravo u komunitarnom pravu konkurencije.

5. Uređenje distributivnih sporazuma u pravu (konkurencije) EU

U pravu EU oblast distributivnih sporazuma uređena je prvenstveno odredbama koje se odnose na pravo konkurencije. Distributivni sporazumi mogu ugroziti konkurenciju najpre i najčešće prisustvom klauzula o isključivosti ali i time što ovakvi sporazumi mogu imati odlike restriktivnih (ograničavajućih) sporazuma (koji narušavaju konkurenciju u okvirima evropskog tržišta), ili pak potpadati pod odredbe prava konkurencije koje se tiču zabrane zloupotreba dominantne pozicije na tržištu. Odredbe prava konkurencije koje se odnose na restriktivne sporazume sadržane su u članu 101 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije (UFEU).¹⁶⁹ Ovaj član utvrđuje načelnu ništavost ovakvih sporazuma (generalna klauzula) ali i mogućnost (pojedinačnih i grupnih) izuzeća ovakvih sporazuma od strogih načelnih odredaba, u određenim slučajevima. Odredbe o zabrani dominantnog položaja sadržane su u čl. 102 Ugovora o funkcionisanju EU.

Značajan pravni izvor za uređenje distributivnih sporazuma, pored pomenutih odredaba Ugovora, predstavljaju i brojne uredbe Komisije i Saveta kojima se konkretizuje primena (kao i izuzeci od primene) načelnih pravila konkurencije. Ugovori o distribuciji su inače bili prva oblast u kojoj je Komisija počela koncipirati (pravne) propise na bazi svoje prakse.¹⁷⁰

¹⁶⁸ ICC Model Distributorship Contract (Sole Importer Distributor); ICC Publication n. 518, Paris, 1993.

¹⁶⁹ Od donošenja Sporazuma iz Lisabona a na osnovu odredaba Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (UFEU) došlo je do prenumeracije članova ranijeg Ugovora o osnivanju. Raniji članovi 81 i 82, značajni za pitanja konkurencije, dobili su nove brojeve 101 i 102.

¹⁷⁰ M.Parivodić, *op. cit.*, str. 59.

Komisija i Sud pravde su, u svojoj praksi, od početka pravili načelnu razliku između "otvorenog" i "zatvorenog" distributerstva;¹⁷¹ zatvorenim distributerstvima su smatrani oni sporazumi koji su onemogućavali paralelne uvoze i na taj način obezbeđivali apsolutnu teritorijalnu zaštitu (apsolutni ekskluzivitet). "Otvorenim" distributerstvima smatrani su oni sporazumi kod kojih je ekskluzivnost teritorije bila ograničena na odnos snabdevač-distributer, (ne i na ostale potencijalne učesnike u distributivnom poslu) čime su omogućeni različiti modaliteti prisustva i drugih subjekata u procesu distribucije određene robe. Komisija i Sud (pravde) EU su, od samog početka, imali negativan stav prema zatvorenim distributerstvima.¹⁷² Sam koncept ekskluzivnosti koji je prihvatilo komunitarno pravo podrazumevalo je pod ekskluzivnošću prodaje ustupanje takvog prava i nekolicini distributera (istovremeno) na određenoj teritoriji kao i zadržavanje prava distribuiranja ove robe i za samog snabdevača.¹⁷³ Za razliku od stanovišta prihvaćenog u komunitarnom pravu u većini nacionalnih zakonodavstava ovakvo stanovište ne bi odgovaralo pojmu ekskluzivne distribucije i ekskluziviteta generalno govoreći (izuzetak od ovakvog stanovišta predstavlja pravni sistem Belgije, jedine zemlje koja ima nacionalni zakon koji uređuje (pojedina) pitanja distribucije).

U postupku izuzeća sporazuma od načelno strogih pravila konkurencije Komisija je donosila najpre pojedinačna (postupak notifikacije) a kasnije i grupna "blok izuzeća".¹⁷⁴ Da bi se mogla donositi grupna izuzeća usvojeno je niz opštih¹⁷⁵ i pojedinačnih pravila za određene kategorije sporazuma, kako horizontalnih tako i vertikalnih.¹⁷⁶

Kada se radi o distributivnim sporazumima, kao vrstama vertikalnih sporazuma, komunitarno pravo je donelo nekoliko uređaba o primeni izuzetaka sadržanih u čl. 101(3) UFEU na ove kategorije sporazuma. Najpre je doneta Uredba br. 67/67, kojom su odredbe tadašnjeg čl. 85 (kasnijom prenumeracijom 81, sada 101) proglašene neprimenljivim na ugovore o ekskluzivnoj distribuciji pod uslovom

¹⁷¹ *Ibid.*, str. 60. i dalje.

¹⁷² Slučaj *Grundig Consten v. EEC Commision*, 56, 58/64 [1966] ECR 299.

¹⁷³ Ovakvo stanovište bilo je u skladu sa tumačenjem odredaba Uredbe br. 83/83 (1983); OJ L 173/1.

¹⁷⁴ Iz praktičnih razloga Komisija nije bila u mogućnosti da razmotri svaki pojedinačan sporazum (niti je to bilo potrebno). Uvođenjem grupnih izuzeća za pojedine kategorije sporazuma sporazum se smatrao izuzetnim od strogih pravila kada je sadržao predviđene elemente (klauzule sa "dozvoljene liste").

¹⁷⁵ Opšte pravilo koje je omogućilo primenu grupnih blok izuzeća je Uredba Saveta br. 19/65.

¹⁷⁶ V. I. Spasić, "Distributivni sporazumi u pravu konkurencije EU", *Strani pravni život*, 2007, br. 3, str. 12-14.

da su ti ugovori sastavljeni u skladu sa odredbama ove Uredbe. Uredba 67/67 podrazumevala je zapravo dva oblika ekskluzivne distribucije: ekskluzivno snabdevanje (*exclusive supply*) i ekskluzivnu kupovinu (*exclusive purchase*). Prvi oblik je podrazumevao sporazum kojim se jedna strana obavezuje da snabdeva drugu određenom robom radi njene preprodaje u okviru određene teritorije. Drugi oblik je podrazumevao sporazum kojim se jedna strana obavezuje da kupuje robu radi njene preprodaje samo i isključivo od svog saugovarača. Ova Uredba je predviđala i oblik tzv. bilateralnog ugovora o ekskluzivnoj distribuciji kojim su se obe strane obavezivale da preuzmu uzajamne obaveze ekskluzivnog snabdevanja i kupovine. Svi ovi ugovorni oblici koji su potpadali pod isto "blok izuzeće" nazivani su ugovorima o ekskluzivnom dilovanju (*exclusive dealing agreement*).

Uredba br. 67/67 je važila preko 15 godina i derogirana je odredbama uredaba 83 i 84 iz 1983. god. Terminološki pojam ekskluzivnog dilovanja je izbačen i zamenjen adekvatnijim. Uredba br. 1983/83, se odnosila na sporazume o ekskluzivnoj distribuciji,¹⁷⁷ a Uredba br. 1984/83 se odnosila na sporazume o ekskluzivnoj kupovini;¹⁷⁸ pored ove dve doneta je i Uredba br. 4087/88, koja se odnosila na poslove franšizinga.¹⁷⁹ Osim franšizinga, koji je zasebna kategorija, Uredbe br. 83 i 84 iz 1983. god. su pokrivala sve oblike distributivnih sporazuma. Obe uredbe za distributivne sporazume vode poreklo iz Uredbe br. 67/67 i nastale su kao rezultat potonjeg razvoja distributivnih poslova. Obe uredbe utvrđuju pojam ekskluziviteta dopuštajući ekskluzivne klauzule i pravdajući to različitim razlozima, pre svega, lakšim prevazilaženjem teškoća u trgovini, unapređenjem prodaje proizvoda, trajnijom i boljom snabdevenošću tržišta, potsticanjem konkurencije, pogodnostima za potrošače itd.¹⁸⁰

Pravila o izuzećima određenih kategorija (konkretno distributivnih) sporazuma sadržana u pomenutim uredbama predviđala su mogućnost njihovog izuzeća (od primene strogih pravila konkurencije sadržanih u čl.101 (1)) ali je izuzimanje bilo vremenski ograničeno i predviđeno u samom sporazumu; produžavanje

¹⁷⁷ Commission Regulation 83/83; OJ 1983, L 173/1.

¹⁷⁸ Commission Regulation 84/83; OJ 1983, L 173/5 sa izmenama u OJ 1983, L 281/24; Uredba o ekskluzivnoj kupovini sadrži četiri dela, prvi se odnosi na sve ugovore o ekskluzivnoj kupovini, drugi i treći deo uređuju posebnosti ugovora o ekskluzivnoj kupovini piva i naftnih derivata, a četvrti deo se odnosi na preciziranje pitanja relevantnih za sve vidove ekskluzivne kupovine. O posebnostima rešenja Uredbe 84/83 koje se odnose na distribuciju naftnih derivata i piva videti opširnije kod M. Parivodić, *op. cit.*, str. 87-89.

¹⁷⁹ Commission Regulation 4087/88, OJ 1988 L359/46.

¹⁸⁰ Opširnije M. Parivodić, *op. cit.*, str. 62.

ovakvog statusa izuzetom sporazumu je takođe bilo moguće, ali ne i neograničeno, budući da se odnosi i okolnosti na tržištu neprestano menjaju.

Svim pomenutim uredbama poslovi distribucije (koji ispunjavaju uslove predviđene uredbom) utvrđeni su kao dozvoljeni, sa stanovišta komunitarnog prava konkurencije.¹⁸¹ Ukoliko neki konkretan sporazum ne bi mogao biti izuzet od strogih pravila konkurencije po osnovu grupnog "blok" izuzeća strankama je preostajala mogućnost da traže individualno izuzeće tog konkretnog sporazuma.

Budući da se oblast prava konkurencije veoma brzo menjala, 2003. god. je doneta Uredba Saveta br. 1/2003, kojom je uveden sistem direktne primene odredaba komunitarnog prava od strane nacionalnih sudova, nadležnih za poslove konkurencije. Ova izmena sistemske primene odredaba komunitarnog prava dovela je do izmena i u oblasti uređenja vertikalnih sporazuma (u koje spadaju i sporazumi o distribuciji). Došlo je do izmena u pogledu uređivanja grupnih izuzeća u tom smislu što su pojedinačna pravila za određene (gore navedene) kategorije vertikalnih sporazuma zamenjena jednim jedinstvenim izuzećem za sve vertikalne sporazume.¹⁸² Ovo izuzeće, koje se odnosi na sve sporazume za koje se, sa dovoljnim stepenom sigurnosti, može zaključiti da ispunjavaju uslove sadržane u čl. 101(3) UFEU (ranije čl. 81(3)), sadržano je u Uredbi br. 2790/99.¹⁸³

Uredba br. 2790/99 je definisala vertikalne sporazume kao sporazume ili dogovornu praksu dva ili više preduzeća od kojih svako posluje na različitom nivou proizvodnog ili distributivnog lanca, pri čemu, sporazum uređuje uslove pod kojima strane mogu kupovati, prodavati ili preprodavati robu i usluge; ako takvi sporazumi sadrže klauzule kojima se (u smislu čl. 101(1) UFEU) ograničava konkurencija, takva ograničenja se označavaju kao vertikalna ograničenja. Vertikalni sporazumi i dogovorna praksa će, u smislu Uredbe br. 2790/99, biti tretirani kao dozvoljeni izuzeci, ako su zaključeni između nekonkurentskih preduzeća.

Kod usvajanja pojma dozvoljenih vertikalnih sporazuma uzeti su u obzir određeni činioci; pre svih, struktura tržišta (kod isporuke i kupovine) i tržišna snaga konkretnih preduzeća, koja se meri njihovim udelom (učešćem) na relevantnom tržištu ili prema bruto ostvarenom prometu. Kao demarkaciona

¹⁸¹ O specifičnostima rešenja ovih uredbi detaljnije videti u citiranom radu M. Parivodića, poglavlje o blok izuzećima, str. 59. i dalje.

¹⁸² Tu spadaju ugovori o ekskluzivnoj distribuciji, ekskluzivnoj kupovini, ugovori o distribuciji motornih vozila kao i ugovori o franšizingu.

¹⁸³ Commission Regulation (EC) n. 2790/1999 doneta 22. decembra 1999; OJ n. L 336, 29 12 1999, str. 21-25. stupila na snagu 1. januara 2000.

linija prihvaćeno je učešće od 30%¹⁸⁴ na relevantnom tržištu i godišnji promet od 50 miliona EUR-a. Kao dozvoljeni izuzeci se tretiraju i vertikalni sporazumi koji sadrže odredbe koje se odnose na ustupanje kupcu ili korišćenje od strane kupca prava intelektualne svojine, kad ove odredbe ne predstavljaju glavni i osnovni cilj takvog sporazuma, već su neposredno povezane i nužne za korišćenje, prodaju i preprodaju roba i usluga od strane kupca i njegovih klijenata.

Uredba br. 2790/99 se primenjuje na svu robu u svim fazama distribucije kao i na usluge (što ranije nije bio slučaj). Uredba br. 2790/99 koristi metod neposrednog izuzeća odnosno neposredne primene odredaba stava 3 člana 101 UFEU, za sve vertikalne sporazume; ovakav direktan pristup, za razliku od dotadašnje primene deklaracije o neprimenljivosti čl. 101(1) doprinosi znatno većoj jasnoći postojećih pravila kao i pravnoj sigurnosti.

Još jednu značajnu novinu, koju je unela Uredba br. 2790, predstavlja ukidanje tzv. "bele liste" odnosno liste dozvoljenih klauzula; u opticaju je ostala samo "crna" odnosno zabranjena lista. Prisustvo klauzula sa "crne" liste čini sporazum nedozvoljenim. Ukidanjem "bele liste", ugovornim stranama je data odnosno "vraćena" puna sloboda ugovaranja. Usvajanjem Uredbe br. 2790/99 ukinuta je (ranije postojeća) potreba za notifikacijom (pojedinačnim izuzećem) sporazuma. Inače sporazumi koji nisu obuhvaćeni "blok izuzećima" ne smatraju se (više) a *priori* nezakonitima.

6. Case law kao izvor prava u oblasti distributivnih sporazuma

Osim odredaba prava konkurencije EU, o kojima je napred bilo reči, nezaobilazan i vrlo bitan izvor prava u oblasti uređenja distributivnih sporazuma, predstavljaju presude Suda EU (pravde) donesene u konkretnim (spornim) slučajevima.

Činjenica da presude suda čine svojevršne precedente (izvore prava) približava komunitarno pravo konkurencije *common law*-u. Krucijalne sudske presude (precedenti) se koriste kod utvrđivanja značenje određenih pojmova koji nisu konkretizovani odredbama materijalnog prava konkurencije. Na osnovu stanovišta zauzetog u konkretnim (krucijalnim) presudama Sud je došao do načelnih stavova odnosno rešenja u vezi sa dređenim sistemskim pitanjima koja nisu bila dovoljno razjašnjena.

¹⁸⁴ Postoji razlika između tržišne moći i tržišnog udela (učesća); zauzet je stav da (mogućnost primene) blok izuzeća treba vezati za tržišno učesće (a ne za tržišnu moć) budući da i preduzeće sa velikom tržišnom moći može imati mali tržišni udeo u uslovima kada prepreke ulasku (na tržište) nisu velike; opširnije V. Korah, *op. cit.*, str. 245.

Kada se radi o oblasti distributivnih sporazuma, analogno značaju koji sudske presude imaju kao pravni izvor u pravu konkurencije Unije, *case law* je imao značajan uticaj za rešavanje nekih pitanja koja su se pojavljivala kao sporna.¹⁸⁵ Pomenućemo samo neke od brojnih sudskih slučajeva koji su po svojim efektima najznačajniji.

6.1. Slučaj *Pronuptia de Paris*

Jedan od najilustrativnijih slučajeva vezanih za pitanja isključive teritorije delovanja ugovora spada u kategoriju franšizinga a ne klasičnih distributivnih ugovora. To je čuveni slučaj "*Pronuptia de Paris S.A.*".¹⁸⁶ Budući da se odnosi na franšizing koji nije obrađivan u tekstu samo glavne napomene o slučaju zbog njegove važnosti. *Pronuptia* je francusko preduzeće koje se bavilo prodajom garderobe i asesoara za venčanja preko maloprodajne mreže. Gđa *Schillgalis* iz Hamburga zaključila je *franchising* ugovor sa pomenutom firmom na osnovu koga je mogla da prodaje opremu za venčanja pod originalnim trgovačkim imenom. U ugovoru je precizirana isključiva teritorija za koju se ustupa franšizing; osim toga ugovor je sadržao i određene restrikcije za obe ugovorne strane. Firma *Pronuptia* se ugovorom obavezala se da će ustupiti gđi *Schillgalis* ekskluzivno pravo na korišćenje trgovačkog imena na određenoj teritoriji kao i da franšizu neće ustupati drugim korisnicima na istoj teritoriji (klauzule ekskluziviteta). Sa svoje strane i gđa. *Schillgalis* je prihvatila uobičajene klauzule koje sadrže franšizing ugovori i prihvatila da nabavlja 80% opreme koju će prodavati od firme *Pronuptia* ili njenih snabdevača. U ugovoru je postojala naravno i klauzula o zabrani konkurencije (davaočevoj firmi) za vreme trajanja ugovora i po okončanju ugovora (u trajanju od godinu dana). Budući da nije uredno plaćala franšizing naknadu gđa. *Schillgalis* je tužena Sudu gde je istakla prigovor o ništavosti odredaba o isključivoj teritoriji budući da ove klauzule, po njenim tvrdnjama nisu bile u skladu sa odredbama čl. 101(1) UFEU. Da je sud u konkretnom slučaju prihvatio ovakav prigovor ceo ugovor bi bio ništav, a potvrdilo bi se i stanovište da *franchising* ugovori kao i drugi ugovori koji sadrže klauzule o isključivosti (svi distributivni sporazumi) uopšte ne bi mogli biti realizovani.

Nemački prvostepeni i apelacioni sud su se složili da u spornom ugovoru postoji povreda čl. 101(1) UFEU; Vrhovni sud Nemačke, međutim, nije bio ovakvog stanovišta pa je, u nedostatku jasno profilisanog kriterijuma, predao sporni slučaj

¹⁸⁵ Čuveni *Pronuptia* presedan, u domenu franšizinga, na primer.

¹⁸⁶ *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis* (161/84) 29. januar 1986. (1986) E.C.R. 353.

Sudu pravde postavljajući istovremeno određena načelna pitanja. Presuda Suda pravde¹⁸⁷ je razrešila mnoge dileme oko primene čl. 101(1) Ugovora, zatim oko pitanja isključivosti i mogućnosti primene izuzetaka. Zbog načelnih stanovišta u vezi sa klauzulama isključivosti i njihovim delovanjem slučaj je ovde pomenut. Specifični zaključci koji se tiču franšizinga hotimično su izostavljeni.¹⁸⁸

Obrazloženje presude u slučaju *Pronuptia de Paris* dobilo je naziv "*Doktrina Pronuptia*" i predstavlja osnov za mogućnost primene izuzeća (od strogih pravila sadržanih u čl. 101(1) UFEU). Pored analize načelnih stavova ustanovljavanju važnih kriterijuma doprineo je i stav Generalnog pravnog zastupnika *Ver Loren Van Themaat*-a¹⁸⁹ koji je istakao da su ekskluzivna prava, u ovom slučaju preneti korisniku *franchisinga*, teritorijalno ograničena i vezana za određene proizvode. Zastupnik *Van Themaat* je zaključio da se *inter-brand* (među-sistemska) konkurencija može smatrati važnijom od *intra-brand* (unutar sistemske) konkurencije.¹⁹⁰ Stoga, osim u (ređim) slučajevima velike tržišne moći ili ograničenja preko-granične trgovine *franchising* ugovori (a to može važiti i za druge distributivne ugovore u sličnim situacijama) se neće podvoditi pod dejstvo čl. 101(1); pojedine elemente tipskih ugovora treba analizirati i uzimati u obzir okolnosti relevantnog tržišta.

Presuda u slučaju *Pronuptia de Paris* odnosno na njoj nastala "*Doktrina Pronuptia*" imala je izuzetan značaj za rešavanje problema delovanja odredaba prava konkurencije i mogućnosti primene izuzeća, ne samo kada se radi o *franchisingu* već je ona postala relevantan presedan za sve sporazume sa vertikalnim ograničenjima.

¹⁸⁷ Detaljno o presudi u slučaju *Pronuptia* u knjizi V. Korah, *Cases and Materials on EU Competition Law*, Oxford-Portland-Oregon, 2001, str. 334.

¹⁸⁸ O specifičnostima ovog slučaja u svetlu franšizing posla videti kod I. Spasić, *op. cit.*

¹⁸⁹ V. u knjizi V. Korah, *op. cit.*, str. 332.

¹⁹⁰ Inter-brend konkurencija postoji između (konkurentskih) roba različitih proizvođača, recimo konkurencija između proizvođača automobila iste klase (*Mercedes, BMW, Opel* itd.). Jedan distributer može distribuirati i robe većeg broja proizvođača a može distribuirati i robu samo jednog. U svakom slučaju radi se o konkurenciji roba. Intra brend konkurencija postoji između različitih distributera koji distribuiraju robu istog proizvođača, recimo svi distribuiraju elektronsku opremu *Toshiba*, ili *HP*. U ovom slučaju radi se o konkurenciji distributera (koji svi distribuiraju istu robu).

6.2. Slučajevi *Technique Miniere v. Maschinenbau Ulm i Consten and Grundig*

U slučajevima *Technique Miniere* i *Consten and Grundig* radi se o ustupanju prava isključive distribucije (prodaje) proizvoda na određenom tržištu (između ostalih pitanja koja su od značaja i koja ove sudske presude tretiraju).

Isključiva distribucija postoji kada snabdevač ustupa distributeru isključivo pravo da prodaje proizvod na određenoj teritoriji i ujedno se obavezuje da ovo pravo ne ustupa i drugim distributerima (ali da ga ni sam ne koristi). Pored ovog "najstrožeg" oblika postoje i druge mogućnosti zavisno od shvatanja pojma ekskluzivnosti kao i dogovora stranaka u konkretnom slučaju (o čemu je napred u tekstu bilo reči).

Sud (pravde) je stao na stanovište da ugovorne odredbe kojima preduzeća obezbeđuju zaštitu protiv konkurencije, u konkretnom individualnom ugovoru, nisu obuhvaćene zabranama iz čl. 101(1) UFEU u slučaju da su "zaista neophodne" partneru za obavljanje (konkretnog) posla. U slučaju *Technique Miniere* radilo se o ugovoru o ekskluzivnoj prodaji kojim se dobavljač obavezao da neće postavljati drugog distributera na koncesioniranoj teritoriji, niti će sam prodavati robu, pri čemu nije bila obezbeđena zaštita od paralelnog uvoza.¹⁹¹ Sud je izneo sumnju u pogledu štetnog uticaja takvog sporazuma na konkurenciju ukoliko je "sporazum zaista neophodan za ulazak preduzeća u novu (poslovnu) zonu". I u (već pominjanom) slučaju *Consten and Grundig*¹⁹² radilo se o ustupanju prava isključive prodaje; Sud nije takav sporazum (o isključivoj prodaji) smatrao "realno neophodnim" pozivajući se na ukupnost ekonomskih i pravnih okolnosti slučaja i uzimajući u obzir izraženu potrebu firme *Grundig* da uđe na (francusko) tržište.

6.3. Slučajevi *Metro/Saba; AEG Telefunken; IBM Personal Computers*

U praksi su dosta česti oblici distributivnih sporazuma kod kojih vlasnik zaštićene robne marke hoće da kontroliše jedinice i prodajna mesta koja vrše prodaju njegovih proizvoda, snabdevajući, u skladu sa tim, samo određene dilere (uglavnom trgovce na veliko) i obavezujući ih da (njegovim) proizvodima (dalje) mogu snabdevati samo ovlašćene prodavce (selektivna distribucija). Neovlašćeni dileri nemaju mesta u ovakvom sistemu (selektivne) distribucije i ne mogu biti snabdevani niti prodavati određeni proizvod o kome se radi.

¹⁹¹ V. R. Vukadinović, *op. cit.*, str. 386.

¹⁹² Case 64/566/EEC, JO 2545/64 [1964] CMLR.

U presudi Suda pravde u slučaju *Metro/Saba*,¹⁹³ nemačka firma *Saba* je bila specijalizovana za prodaju sofisticirane elektronske opreme i televizora. Firma *Saba* je uspostavila distributivnu mrežu u Nemačkoj; u distributivnu mrežu bili su uključeni trgovci na veliko koji su kupovali *Saba* proizvode i preprodavali ih ovlašćenim specijalnim dilerima. Ostale prodavnice robe i *diskaunt* radnje (radnje koje prodaju robu uz popust) nisu mogle da se snabdevaju od firme *Saba*. Ugovori sa ovlašćenim krugom (pre)prodavaca sadržali su brojna restrikcije. Ta ograničenja su se odnosila, između ostalog, na zabranu izvoza u druge zemlje EC, zatim na zabranu "cross-slabdevanja",¹⁹⁴ zabranu "povratnog snabdevanja"¹⁹⁵ kao i zabranu direktnog snabdevanja.¹⁹⁶

Komisija je odbacila sve pomenute restrikcije osim poslednje (direktno snabdevanje) sa obrazloženjem da odvajanje funkcije trgovca na veliko i trgovca na malo ispunjava uslove za višeslojni distributivni sistem. Na odluku Komisije negativno je reagovala firma *Metro*, supermarket "na veliko", koja je vodila *cash and carry business* i koja nije mogla da se uključi u distributivnu mrežu firme *Saba*. Firma *Metro* pozivala se na povredu odredaba čl. 101 UFEU, kao i na tržišni obrt firme *Saba*.

Sud pravde je doneo presudu oktobra 1977, stvarajući time i načelnu pretpostavku i osnovu za primenu prava konkurencije na distributivne sisteme. Sud je uzeo u obzir i ukupni poslovni obrt firme *Saba* (na koji se u svom zahtevu, između ostalog, pozivala firma *Metro*). Ukupni obrt firme *Saba*, utvrdio je Sud nije prelazio 10% na relevantnom tržištu, a nekad je bio i manji (pri čemu su priroda i intenzitet konkurencije zavisili i od samog proizvoda i od strukture tržišta).

Što se tiče restrikcija sadržanih u ugovorima i njihove eventualne neusklađenosti sa odredbama čl. 101 UFEU Sud je zauzeo stav da neke od pominjanih restrikcija i nisu u kontradikciji sa odredbama čl. 101(1) Ugovora već, naprotiv, predstavljaju normalan odnos u sistemu (vertikalne) distribucije.

Presuda u slučaju *Metro/Saba* predstavljala je (u određenom smislu) "zeleno svetlo" za dopuštenost zaključivanja i realizacije distributivnih sporazuma. Logično je, naravno, da mogućnost ograničavanja prodaje (isporuke i snabdevanja) samo na određeni krug dilera, ne sme da se pretvori u zloupotrebu

¹⁹³ Case 26/76 [1977] ECR 1875: [1978] 2 CMLR 1.

¹⁹⁴ *Cross* snabdevanje podrazumeva unakrsni odnos trgovca na veliko i trgovca na malo.

¹⁹⁵ Odnos trgovac na malo- trgovac na veliko.

¹⁹⁶ Odnos trgovac na veliko/trgovac na malo – kupci.

moći na relevantnom tržištu. U konkretnom slučaju (*Metro/Saba*) (dozvoljeno) ograničenje se odnosilo na pojedinačni sporazum nije bilo reči o načelnoj dozvoljenosti određenog ponašanja.

U presudi *AEG Telefunken* donetoj 1983. godine¹⁹⁷ Sud je zaključio da sporazumi koji uspostavljaju selektivni (distributivni) sistem neosporno utiču na (slobodnu) konkurenciju na Zajedničkom tržištu. Ograničenja koja nameće (selektivni) distributivni sistem prihvatljiva su samo pod uslovom da njihov (strateški) cilj zapravo teži poboljšanju kompetitivnosti. U drugoj presudi *IBM Personal Computers*¹⁹⁸ IBM je zasnovao distributivni sistem i pozvao nezavisne dilere da apliciraju; svi koji bi zadovoljili uslove koje je koncipirao IBM bili bi primljeni u sistem i mogli bi da prodaju robu jedni drugima ili kupcima ali ne i onim dilerima koji nisu zadovoljili kriterijume i nisu prihvaćeni u distributivnu mrežu. Bez obzira što postoje ograničenja u pogledu prodaje neovlašćenim prodavcima (dilerima) mogućnost ulaza u sistem je bila otvorena i slobodna.

Ovde pomenuti slučajevi se ne odnose samo na pitanja o kojima je reč u tekstu (distribuciju i njene oblike i specifičnosti) već i na znatno širi kontekst pitanja povrede pravila konkurencije (presuda u slučaju *Consten and Grundig* recimo).

Uporednom analizom rešenja koje je koncipiralo pravo konkurencije EU, a koja se odnose na distributivne sporazume, uočava se svojevrsna "evolucija" i "liberalizacija" u razrešavanju ovih dosta složenih i spornih odnosa.

Ivanka Spasić, Ph D*

Concept and Normative Regime of Distribution Agreements in EU Law

Summary

Distribution of goods and services is very important in the developed trading system of modern world. Direct connection between the producers and the consumers is very rare in business practice, especially when international relations are concerned. It is usual in contemporary practice that, between the

¹⁹⁷ Case 107/82 [1983] ECR 3151; [1984] 3 CMLR 325.

¹⁹⁸ [1984] 2 CMLR 342.

* Full-time Professor at the Faculty of Law, University "Business Academy", Novi Sad.

salers and the buyers, appear more business subjects; these business subjects made a special distributive canal (connecting producers with consumers).

Distribution of goods can be done in many different manners, no matter of the fact which of these forms is concerned, legal instrument for realisation of distribution are contracts. These contracts, used to provide distribution of goods and supply of consumers, have very important role in modern trade law. According to the type of agreement concerned many different distribution contracts exist in practice (exclusive distribution, exclusive purchasing, selective distribution, agency, and franchising).

Distribution agreements (and their legal forms – contracts), generally contain same clauses which are not compatible with competition rules; the exclusivity clauses are the best example for these non-compatibility. It is very important to harmonise these contract stipulations with the competition law provision.

This article analyses the specialities of distribution contracts, their types, essence, contents, their legal nature and, especially, the position and place of these agreements in European Union (competition) law. The place, importance and the permissibility of these agreements are regulated by the provisions of competition law; first of all by the rules of articles 101, (and 102) of TFEU, and the rules made by the Commission and Council of EU. The very significant role in legal regime of the distribution arrangements belongs to the Court of Justice too. The decisions made by Court of Justice, in certain determined cases (precedents), were created special law standards which become the patterns for resolving certain important dilemmas.

Keywords: vertical agreements; exclusive distribution; selective distribution; distribution contracts; EU (competition) law.

Borko Mihajlović*

UDK 341.231.14-057.187

342.726-057.187

str. 91-108.

PRAVNA PRIRODA PRAVA POTROŠAČA NA ODUSTANAK OD UGOVORA

Apstrakt

Pravo potrošača na odustanak od ugovora smatra se jednom od najvećih specifičnosti potrošačkog prava. Zato je potrebno pronaći mesto ovog prava potrošača u pravnom sistemu. Cilj ovog rada je pokušaj određivanja pravne prirode prava potrošača na odustanak. Zato je, nakon kratkog ukazivanja na postojeće terminološke dileme, analizirano pitanje da li je potrošački ugovor u kome potrošač ima pravo na odustanak nastao ili ne dok ne istekne period u kome potrošač može da promeni svoju odluku i odustane od ugovora. Potom je ukazano na moguće režime pravnog regulisanja prava na odustanak, posebno u kontekstu mogućnosti potrošača da se odrekne ovog prava. Opređeljivanje za određeni pravni režim regulisanja utiče i na određivanje pravne prirode ovog prava. Pravo na odustanak ima sličnosti sa brojnim institutima obligacionog prava. Zato je izvršeno poređenje ovog prava sa onim pravnim institutima koji su mu najbliži: raskidom ugovora, opozivom i povlačenjem ponude, kupovinom na probu i uslovom u pravno – tehničkom smislu reči. Na kraju rada, učinjen je pokušaj određivanja pravne prirode prava na odustanak.

Ključne reči: potrošački ugovor, pravo potrošača na odustanak, pravna priroda, pravni uslov, potestativni uslov.

* Asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

1. Uvod

Pravo potrošača na odustanak od ugovora uvedeno je u potrošačko pravo Evropske unije, kao izuzetak od opšteg pravnog principa ugovornog prava da ugovor koji je zaključen obavezuje ugovorne strane (*pacta sunt servanda*). Primena ovog opšteg pravnog principa je poslednjih decenija u potrošačkom pravu EU bivala sve više i više ograničavana izuzecima, čemu je doprinelo proširivanje prava potrošača na odustanak od ugovora, tj. situacija u kojima se potrošači mogu koristiti ovim pravom. Ovo pravo, ipak, nije nastalo u potrošačkom pravu EU. Njegov nastanak vezuje se za nemačko pravo, u kome je još 1969. godine uvedeno pravo na odustanak od ugovora bez navođenja razloga, kada su nemački potrošači kupili strane investicione akcije van poslovnih prostorija trgovca.¹ Ali, nesporno je da je potrošačko pravo doprinelo širenju i razvoju ovog prava, kao i da ono sada predstavlja jednu od najvećih specifičnosti potrošačkog prava.²

U tzv. potrošačkim uputstvima EU pravo potrošača na odustanak od ugovora određeno je kao jednostrano pravo potrošača, koje oni mogu koristiti bez navođenja bilo kakvog razloga, bez ikakvih troškova, osim onih koji su predviđeni uputstvima, u okviru određenog vremenskog perioda (najčešće 14 dana). Sadržinu odustanka potrošača od ugovora čini zaustavljanje daljeg pravnog dejstva zaključenog ugovora i vraćanje onoga što je u cilju njenog ispunjenja već učinjeno.³ U pravnoj literaturi se ističe da je, zbog propisivanja ovakvog prava, potrošačko pravo EU "preterano darežljivo" prema potrošačima.⁴ Ovako široko postavljeno pravo priznato je potrošačima, ipak, ne u svim, već samo u pojedinim situacijama, koje su izričito određene uputstvima EU, odnosno nacionalnim zakonodavstvima država članica EU (i država koje pretenduju to da postanu), koje su implementirale odgovarajuće propise EU. Pravo da na ovaj način odustanu od ugovora potrošači imaju nakon zaključivanja ugovora na daljinu, ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija, ugovora o tajmšeringu i ugovora o potrošačkom kreditu. Navedene situacije su izdvojene zbog postojanja specifičnosti u pogledu načina zaključivanja ugovora i vrste ugovora. Smatra se

¹ B. Markesinis, H. Unberath, A. Johnston, *The German Law of Contract - A Comparative Treatise*, Oxford University Press, 2006, str. 265.

² E. Hondius, "The Innovative Nature of Consumer Law", *Journal of Consumer Policy*, vol. 35, issue 2, 2012, str. 169.

³ R. Vukadinović, "Pacta non sunt servanda i pravo na povlačenje potrošačkog ugovora", *Pravo i privreda*, br. 1-4/2009, str. 260.

⁴ O. Ben-Shahar, E. Posner, "The Right to Withdraw in Contract Law", *The Journal of Legal Studies*, vol. 40, No. 1, 2011, str. 116.

da postoje dva glavna razloga koja opravdavaju uvođenje prava na odustanak kod ovakvih ugovora. Prvi razlog predstavlja zaključivanje ugovora pod uticajem agresivnih tehnika pregovaranja, koje primenjuju za to posebno obučeni prodavci. Drugi razlog je posebna priroda predmeta ugovora, koja znatno otežava potrošaču da proceni prirodu i kvalitet robe ili usluge koju kupuje u trenutku zaključenja ugovora.⁵

Pravo potrošača na odustanak od ugovora na nivou EU regulisano je nizom tzv. potrošačkih uputstava, koja su donošena u periodu od 1985. do 2011. godine. Pravo na odustanak od ugovora priznato je potrošačima sledećim uputstvima: Uputstvom EU br. 85/577 o zaštiti potrošača u slučaju ugovora zaključenih van poslovnih prostorija,⁶ Uputstvom EU br. 97/7 o zaštiti potrošača kod zaključivanja ugovora o prodaji na daljinu,⁷ Uputstvom EU br. 2002/65 o prodaji na daljinu finansijskih usluga namenjenih potrošačima,⁸ Uputstvom EU br. 2008/48 o potrošačkim kreditima,⁹ Uputstvom EU br. 2008/122 o zaštiti potrošača u pogledu pojedinih aspekata vremenski podeljenog korišćenja nepokretnosti, dugoročnih proizvoda za odmor, preprodaje i razmene¹⁰ i Uputstvom EU br. 2011/83 o pravima potrošača (u daljem tekstu: Uputstvo).¹¹ Najnovijim Uputstvom prestalo je da važi Uputstvo o prodaji izvan poslovnih prostorija i Uputstvo o prodaji na daljinu, tako da su sada u njemu objedinjene odredbe o pravu potrošača na odustanak od ugovora u slučaju ugovora zaključenih na daljinu (pri čemu je prodaja finansijskih usluga na daljinu i dalje regulisana posebnim uputstvom, čija važnost nije prestala donošenjem novog uputstva) i ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija. Pravo potrošača na

⁵ B. Marquesinis, H. Unberath, A. Johnston, *nav. delo*, str. 266.

⁶ Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises.

⁷ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

⁸ Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC.

⁹ Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC.

¹⁰ Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts.

¹¹ Directive 2011/83/EU of The European Parliament and of The Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council.

odustanak od ugovora predviđeno je i Nacrtom zajedničkih pravila za upućivanje (*Draft Common Frame of Reference*).

U pravu Republike Srbije pravo potrošača na odustanak od ugovora regulisano je Zakonom o zaštiti potrošača iz 2010. godine (u daljem tekstu: ZZP),¹² pod nazivom "pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora", i Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga iz 2011. godine.¹³ U navedene zakone u velikoj meri su implementirane relevantne odredbe potrošačkih uputstava o pravu na odustanak, osim odredaba najnovijeg Uputstva, koje je doneto nakon donošenja ZZP. Kako su za 2013. godinu najavljene izmene ZZP, očekuje se da njima bude izvršeno i usklađivanje sa najnovijim tendencijama u potrošačkom pravu EU.

Cilj ovog rada je pokušaj određivanja pravne prirode prava potrošača na odustanak. Zato je, nakon kratkog ukazivanja na postojeće terminološke dileme, analizirano pitanje da li je potrošački ugovor u kome potrošač ima pravo na odustanak nastao ili ne dok ne istekne period u kome potrošač može da promeni svoju odluku i odustane od ugovora. Potom je ukazano na moguće režime pravnog regulisanja prava na odustanak, posebno u kontekstu mogućnosti potrošača da se odrekne ovog prava. Opredeljivanje za određeni pravni režim regulisanja utiče i na određivanje pravne prirode ovog prava. Pravo na odustanak ima sličnosti sa brojnim institutima obligacionog prava. Zato je izvršeno poređenje ovog prava sa onim pravnim institutima koji su mu najbliži: raskidom ugovora, opozivom i povlačenjem ponude, kupovinom na probu i uslovom u pravno – tehničkom smislu reči. Na kraju rada, učinjen je pokušaj određivanja pravne prirode prava na odustanak.

2. Terminološke dileme

Za označavanje prava potrošača da jednostranom odlukom ukine pravno dejstvo ugovora koji je zaključio u pravnoj literaturi i nacionalnim zakonodavstvima koriste se različiti termini. Bez ulaženja u dublja teorijska razmatranja, ovde će samo biti navedeni neki od tih termina. Tako se ovo pravo označava kao "pravo na opoziv ugovora",¹⁴ pravo na povlačenje ugovora,¹⁵ "pravo na odustajanje" ili "odustanak", "pravo na jednostrani raskid ugovora", "pravo na pokajanje" ili "pravo na promenu mišljenja" itd. Najnovije Uputstvo koristi termin "*right of withdrawal*". U ovom radu biće korišćen termin "pravo potrošača na odustanak od

¹² Službeni glasnik RS, br. 73/2010.

¹³ Službeni glasnik RS, br. 36/2011.

¹⁴ Ovaj termin postojao je u Zakonu o zaštiti potrošača Republike Srbije iz 2002. godine.

¹⁵ R. Vukadinović, *nav. članak*, str. 260.

ugovora". Ovo iz razloga što se čini da je upravo ovaj termin najbliži prevodu engleske reči "*withdrawal*". Uz to, i praktični razlozi upućuju na upotrebu ovog termina. Taj termin se koristi i u pozitivnom pravu Republike Srbije, za sad doduše samo u Zakonu o zaštiti korisnika finansijskih usluga, ali trebalo bi očekivati da taj termin uskoro bude usvojen i u ZZP, nakon najavljenih izmena ovog zakona.

3. Punovažnost potrošačkog ugovora pre isteka roka za odustanak od ugovora

Jedno od pitanja koje se postavlja povodom prava potrošača na odustanak od ugovora jeste pitanje na koji način ovo pravo utiče na sam ugovor, tj. na njegovu punovažnost. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li je potrošački ugovor, čija se sudbina nalazi u rukama potrošača koji ima pravo na odustanak, nastao ili ne pre isteka roka za odustanak. O tome postoje oprečna shvatanja.

Kada je pravo na odustanak prvi put uvedeno u nemačko pravo, u vezi sa prodajom "od vrata do vrata", nemački Federalni Sud pravde je zauzeo stav da ugovori zaključeni "na kućnim vratima" nisu pravno valjani sve dok rok za vršenje prava na odustanak ne istekne. Do tog trenutka ugovor "lebdi", tj. potrošački ugovori sa pravom potrošača na odustanak su upodobljeni ugovorima koje zaključuju maloletnici ili zastupnici bez ovlašćenja.¹⁶ Ovakvo shvatanje se može braniti i činjenicom da u trenutku zaključenja ugovora nije postojala stvarna volja potrošača, pa zbog toga ugovor nije ni nastao. Naime, postojanje prava potrošača na odustanak opravdava se činjenicom da volja koju je potrošač izrazio prilikom zaključivanja ugovora možda ne predstavlja njegovu stvarnu volju, npr. zato što je trgovac izvršio psihološki pritisak na potrošača prilikom zaključenja ugovora izvan poslovnih prostorija. U takvoj situaciji potrošač brzopletu donosi odluku o zaključivanju ugovora, bez trezvenog razmišljanja.¹⁷ Ovakvi razlozi upućuju na to da se smatra da u trenutku zaključivanja ugovora nije postojala stvarna volja potrošača. Kako je svaki ugovor nastao u trenutku kad su ugovorne strane postigle saglasnost volja, smatra se da, prema ovom shvatanju, ugovori, u kojima je zbog posebnih okolnosti u pogledu njihovog zaključivanja ili vrste, potrošaču priznato pravo na odustanak, nisu nastali, zato što se na osnovu zakona smatra da volja potrošača nije bila u potpunosti slobodna i da je potrošaču potrebno dati još jedno kratko vreme u kome će on moći da donese potpuno slobodnu odluku o zaključenju ugovora. Međutim, u slučaju usvajanja ovakvog koncepta ni potrošač ni trgovac ne bi mogli da izvrše

¹⁶ P. Rott, "Harmonizing Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", *German Law Journal*, 7(2006)12, str. 1114.

¹⁷ D. Vujisić, "Pravo potrošača na jednostrani raskid ugovora", *Pravni život*, br. 10/2011, str. 814.

svoje ugovorne obaveze pre isteka roka za odustanak od ugovora. Jer, teorijski se ne može objasniti mogućnost izvršenja ugovora koji još uvek nije ni nastao. Kako ovakva posledica ne bi bila u skladu sa propisima EU, ovakvo shvatanje je moralo da bude napušteno, uz postojanje jednog izuzetka, o kome će biti reči u daljem tekstu. U ovu grupu shvatanja bi se mogla uvrstiti i ona koja (ne)ostvarivanje prava na odustanak smatraju odložnim uslovom, s obzirom da je odložni uslov buduća neizvesna činjenica od čijeg (ne)nastupanja zavisi nastanak ugovora.

Prema drugom shvatanju, i ugovori koji sadrže pravo potrošača na odustanak su pravno valjani od momenta njihovog zaključivanja. Uputstvom je izričito predviđeno da ugovornim stranama nije zabranjeno izvršavanje ugovornih obaveza tokom roka za odustanak.¹⁸ Zato dominira shvatanje da je potrošački ugovor sa pravom potrošača na odustanak *nastao*, a da postojanje ovog specifičnog prava potrošača utiče na dalju sudbinu ugovora.¹⁹ Na opravdanost ovog shvatanja ne utiče ni mogućnost ostavljena državama članicama EU da zadrže postojeća nacionalna pravila kojima se trgovcima zabranjuje da tokom roka za odustanak naplaćuju cenu od potrošača.²⁰ Obrnuto nije moguće, tj. nije dozvoljeno nacionalnim propisima zabraniti izvršenje obaveze trgovaca tokom roka za odustanak.

Kako je ključni argument za usvajanje drugog shvatanja činjenica da ugovor može biti u potpunosti izvršen i pre isteka roka za odustanak, nepostojanje ovog argumenta u slučaju ugovora o pružanju usluga upućuje na drugačije zaključke u pogledu njegovog nastanka. Zbog specifičnosti usluga i nemogućnosti da nakon njihovog pružanja takva prestacija bude vraćena u pređašnje stanje, u slučaju korišćenja prava potrošača na odustanak od ugovora o pružanju usluga, ustanovljena su i posebna pravila. Ugovor o pružanju usluga ne može biti izvršen sve dok se potrošač izričitom izjavom ne saglasi sa izvršenjem, a u tom slučaju se smatra da se, kada ugovor bude *u potpunosti* izvršen, potrošač odrekao od prava na odustanak. Dakle, kod ugovora o pružanju usluga, volja potrošača se formira u dve faze i ona mora biti izražena dva puta. Prvi put potrošač izražava volju prilikom zaključivanja ugovora. Za ovu prvu fazu važi već rečeno u vezi sa pretpostavkom zakonodavca da postoje izvesni nedostaci u volji potrošača. Zato potrošač svoju volju za zaključenjem ugovora mora da izrazi još jednom u okviru roka od 14 dana. Sve dok ne izrazi svoju volju i drugi put, izvršenje ugovora ne može biti započeto. U drugoj fazi volju za zaključenjem ugovora potrošač može

¹⁸ Uputstvo, čl. 9 st. 3.

¹⁹ R. Vukadinović, *nav. članak*, str. 265.

²⁰ Uputstvo, čl. 9 st. 3.

da izrazi na tri načina: zahtevanjem od trgovca da izvrši ugovor, saglašavanjem sa zahtevom trgovca da ugovor bude izvršen (u ova dva slučaja smatra se da se potrošač odrekao prava na odustanak, ako ugovor bude u potpunosti izvršen)²¹ i ćutanjem, tj. nevršenjem prava u roku od 14 dana od dana zaključenja ugovora. Zbog svega navedenog, može se smatrati da kod ugovora o pružanju usluga ugovor *nije nastao* sve dok potrošač ne izrazi svoju volju u drugoj fazi.

Međutim, iz odredbe čl. 14 st. 3. Uputstva proizilazi da se potrošač pravom na odustanak od ugovora o pružanju usluga može koristiti i nakon što je *započeto* izvršenje ugovora, i to sve dok ugovor ne bude u potpunosti izvršen. Pravne posledice odustanka potrošača od ugovora o pružanju usluga nakon što je izvršenje ugovora, uz njegovu saglasnost, započeto (ali ne i završeno u potpunosti) su drugačije u odnosu na uobičajene. U ovoj situaciji odustanak nema retroaktivno dejstvo, već deluje *ex nunc*. Tada potrošač plaća trgovcu iznos koji je srazmeran onome što je izvršeno do trenutka kada je potrošač obavestio trgovca o ostvarenju prava na odustanak, u odnosu na punu cenu ugovora.²²

Naravno, u praksi je moguća situacija i da trgovac izvrši ugovor o pružanju usluga bez dobijanja izričite saglasnosti potrošača za to. Moguće je i da trgovac izvrši ugovor i kad uopšte nije obavestio potrošača o postojanju prava na odustanak. U ovim situacijama postoji povreda obaveze obaveštavanja, a trgovac je sankcionisan tako što neće imati pravo da naplati usluge koje je izvršio. Ipak, u praksi Evropskog Suda pravde u slučaju *Hamilton v Volksbank Filder* Sud je procenjivao usklađenost odredbe nacionalnog prava sa potrošačkim pravom EU, kojom je predviđeno da se, čak i kada potrošač uopšte nije bio obavešten o postojanju prava na odustanak ili to obaveštenje nije učinjeno na valjan način, to pravo "gasi", istekom roka od 30 dana od dana potpunog izvršenja ugovora o dugoročnom potrošačkom kreditu.²³ Sud je tako zauzeo stav da ovakva odredba koja postoji u nemačkom pravu nije protivna odredbi čl. 4 st. 2. Uputstva EU o prodaji izvan poslovnih prostorija (koje je tada bilo na snazi), kojom je predviđeno da će se države članice postarati da njihovi nacionalni propisi sadrže odgovarajuće mere zaštite potrošača u slučajevima kada informacije o pravu na odustanak nisu predočene potrošaču.

²¹ Uputstvo, čl. 16 (a).

²² Uputstvo, čl. 14 st. 3.

²³ ECJ Case C-412/06, 10 April 2008, *Hamilton v Volksbank Filder*.

4. Režimi pravnog regulisanja prava potrošača na odustanak

Pitanje obaveznosti pravne regulative prava potrošača na odustanak od ugovora u dobroj meri utiče na određivanje pravne prirode ovog prava. Nesumnjivo je da je prema važećim propisima u pravu EU i pravu Srbije pravo potrošača na odustanak regulisano imperativnim pravnim normama, od kojih ne može odstupiti ne samo trgovac, već ni potrošač. Pri tome se misli na nemogućnost potrošača da se odrekne od ovog prava pre nego što je ono nastalo, tj. pre zaključenja ugovora. Ovu situaciju treba razlikovati od odricanja od prava na odustanak u trenutku kada je ono već nastalo, u okviru roka za odustanak od 14 dana. Ova druga mogućnost, pod određenim uslovima, izričito je predviđena i Uputstvom, o čemu je bilo reči kod ostvarivanja prava na odustanak u vezi sa ugovorima o pružanju usluga.

U pravnoj literaturi i praksi sve češće se postavlja pitanje opravdanosti ovakvog imperativnog pravnog režima, pa se kao alternative nude i neka drugačija rešenja, čijim bi eventualnim usvajanjem pravo na odustanak dobilo drugačiju pravnu prirodu.²⁴ U opštem smislu, postoje tri moguća pravna režima regulisanja prava na odustanak: imperativno pravo na odustanak (važeći režim), dispozitivno pravo na odustanak i pravo na odustanak kao pravo opcije za potrošača.²⁵

Prema postojećem pravnom režimu, potrošači uvek imaju pravo na odustanak od ugovora u situacijama koje su zakonom predviđene. Potrošač se ne može odreći ovog prava, pa čak ni kada bi mu, na primer, trgovac zauzvrat ponudio nešto nižu cenu. Ugovorne strane su u potpunosti vezane imperativnim pravnim normama u pogledu *nastanka* ovog prava. Kada je zakonom predviđeno postojanje prava potrošača na odustanak od potrošačkog ugovora, ono će nastati nezavisno od volje ugovornih strana. Ovakav pravni režim u velikoj meri narušava načelo *pacta sunt servanda* i zato bi on morao biti opravdan uverljivim razlozima. U teoriji ima shvatanja da tako snažni razlozi za postojeću imperativnost ovog prava ne postoje. Obaveza trgovca na predugovorno obaveštavanje je veoma široko postavljena i takva obaveza u kombinaciji sa imperativnim pravnim režimom prava na odustanak bi predstavljala "preteranu

²⁴ J. Luzak, "To Withdraw or not to Withdraw? Evaluation of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account its Behavioural Effects on Consumers", *Amsterdam Law School Research Paper*, No. 2013/21, str. 3.

²⁵ H. Eidenmuller, "Why Withdrawal Rights", *European Review for Contract Law*, vol. 7, issue 1, 2011, str. 8.

zaštitu potrošača".²⁶ Zato se postojeći pravni režim smatra nezadovoljavajućim i predlaže se njegova promena.²⁷

Prema drugom mogućem pravnom režimu, pravo potrošača na odustanak bi bilo regulisano zakonom, ali bi o njegovom postojanju u konkretnom ugovoru odlučivale svojom voljom obe ugovorne strane, i trgovac i potrošač. Praktično, prema ovom režimu, pravo na odustanak bi bilo predmet pregovora trgovca i potrošača. Zato je ovaj režim veoma nepovoljan za potrošače, s obzirom da odluku o postojanju prava na odustanak ne bi mogli da donesu samostalno. Očekivano bi bilo da u tom slučaju trgovci u svojim opštim uslovima poslovanja isključe postojanje ovog prava. Zbog svega navedenog, jasno je da postojeći pravni režim neće i ne bi ni trebalo da bude zamenjen režimom tzv. dispozitivnog prava na odustanak.

Prema trećem pravnom režimu, pravo na odustanak bi predstavljalo pravo opcije za potrošača. Potrošaču bi tako bilo omogućeno da bira između ugovora sa pravom na odustanak i ugovora bez tog prava. Kako bi onda trgovci verovatno davali nešto nižu cenu za ugovore u kojima pravo na odustanak ne bi postojalo, procena potrošača bi se praktično svodila na utvrđivanje da li je pravo na odustanak vredno više cene koju će platiti. Tako bi pravo na odustanak imalo svrhu svojesvrnog *osiguranja* za potrošača od rizika da posle zaključenja ugovora roba ili usluga koju je kupio ne zadovoljava njegove potrebe, a nešto viša cena koju bi platio bi imala funkciju svojevrsne *premije osiguranja*.²⁸ Očigledna prednost ovakvog režima je da će se samo oni potrošači koji imaju koristi od prava na odustanak koristiti ovim pravom. Ističe se da ne postoji valjani argument, niti takva mana u procesu formiranja volje potrošača koja bi mogla da opravda nemogućnost potrošača da se odrekne od prava na odustanak u zamenu za nižu cenu.²⁹

Za postojanje prava na odustanak kao prava opcije za potrošača ključno je da zakonom bude predviđeno da se potrošaču mora omogućiti navedeni izbor. U pravnoj literaturi se navode brojne prednosti ovakvog režima. Ističe se, pre svega, da se ovim režimom vodi računa o opravdanim interesima i trgovaca i potrošača, za razliku od važećeg režima koji interese trgovaca u potpunosti

²⁶ J. Smits, "The Right to Change your mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law", *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, No. 2011/ 1, str. 8.

²⁷ H. Eidenmuller, *nav. članak*, str. 9.

²⁸ *Isto*, str. 10.

²⁹ G. Wagner, "Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights", *Erasmus Law Review*, 3/2010, str. 47.

zanemaruje. Potrošači mogu imati pravo na odustanak, ako to žele, a trgovci će zauzvrat u tom slučaju naplatiti nešto višu cenu.³⁰

Cilj analize različitih pravnih režima obaveznosti prava potrošača na odustanak je ukazivanje na činjenicu da opredeljivanje za neki od ovih režima može uticati i na samu pravnu prirodu ovog prava. Drugim rečima, eventualnim promenama po ovom pitanju, tj. usvajanjem nekog fleksibilnijeg režima pravnog regulisanja prava na odustanak promenila bi se njegova pravna priroda.

5. Poređenje prava potrošača na odustanak sa sličnim institutima obligacionog prava

5.1. Pravo potrošača na odustanak od ugovora i raskid ugovora

Pravo potrošača na odustanak od ugovora ima nekih sličnosti sa raskidom ugovora, kao načinom prestanka ugovora. Tako i važeći ZZP za pravo potrošača na odustanak od ugovora koristi, čini se nepravilan, termin "jednostrani raskid ugovora". Raskid ugovora je način prestanka punovažnog ugovora usled volje oba ili samo jednog ugovornika iz uzroka zakonom predviđenih.³¹ Prema tome, obligaciono pravo poznaje dva oblika raskida ugovora: sporazumni raskid i jednostrani raskid ugovora.

Razlika između sporazumnog raskida ugovora i odustanka potrošača od ugovora je očigledna. Sporazumni raskid ugovora je zasnovan na saglasnosti volja obe ugovorne strane o prestanku pravnog dejstva ugovora koje su zaključile. Za ovu vrstu raskida se ne zahteva postojanje bilo kakvih opravdanih razloga, dovoljna je samo volja ugovornih strana. Sporazumni raskid, po pravilu deluje *ex nunc*, tako da razlika između sporazumnog raskida ugovora i odustanka potrošača od ugovora postoji i u pogledu pravnih posledica.

Suštinska razlika između jednostranog raskida ugovora i odustanka potrošača od ugovora postoji u pogledu razloga zbog kojih se ova prava mogu koristiti. Jednostrani raskid ugovora moguć je samo iz razloga koji su zakonom ili voljom stranaka predviđeni. Najvažniji slučajevi jednostranog raskida su raskid zbog neispunjenja i raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti. Nasuprot ovim razlozima, kada je potrošaču zakonom priznato pravo na odustanak, on se ovim pravom može koristiti bez ikakvih ograničenja u pogledu razloga koji se zahtevaju za ostvarivanje tog prava. Dovoljno je da se predomisli i ugovor će ostati bez pravnog dejstva. Uz to, jednostrani raskid ugovora nije moguć, ako su

³⁰ H. Eidenmuller, *nav. članak*, str. 12.

³¹ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1981, str. 486.

ugovor u potpunosti izvršile obe ugovorne strane, dok potrošač od ugovora, po pravilu, može odustati i kad je on u potpunosti izvršen. Sa druge strane, pravne posledice jednostranog raskida ugovora i odustanka potrošača od ugovora su potpuno iste. Raskid, u principu, deluje retroaktivno.³² To znači da ako je jedna strana potpuno ili delimično izvršila ugovor, ima pravo na povraćaj onoga što je dala. Iste pravne posledice "pogađaju" i potrošački ugovor od koga je potrošač odustao. Ostvarenjem prava na odustanak prestaju obaveze ugovornih strana da izvrše ugovor na daljinu ili ugovor zaključen izvan poslovnih prostorija.³³ Nakon odustanka od ugovora smatra se da ugovor nije ni postojao. Unošenje ovakve izričite odredbe o nepostojanju ugovora od kojeg je potrošač odustao se predlaže kao jedan od amandmana na postojeći ZZP, čije usvajanje se očekuje do kraja 2013. godine.³⁴

Ako bi se formulacija "da je raskid ugovora dozvoljen iz razloga zakonom predviđenih" razumela u najširem mogućem smislu, onda bi se i odustanak potrošača od ugovora mogao podvesti pod pojam raskida ugovora. Jer, pravo potrošača da odustane od ugovora je zasnovano upravo na zakonu. Ipak, kako bi ovakvo tumačenje bilo preširoko, može se zaključiti da se, i pored sličnosti u pogledu pravnih posledica, pravo potrošača na odustanak od ugovora ne može smatrati vrstom raskida ugovora.

5.2. Pravo potrošača na odustanak od ugovora i opoziv i povlačenje ponude

Pravo potrošača na odustanak od ugovora u pravnoj teoriji se poredi i sa opozivom ponude i povlačenjem ponude. U ZOO nije napravljena jasna razlika između opoziva i povlačenja ponude, s obzirom da je propisano da se ponuda može opozvati samo ako je ponuđeni primio opoziv pre prijema ponude ili istovremeno sa njom.³⁵ U teoriji se smatra da je ovakvom formulacijom definisano povlačenje ponude, a ne njen opoziv. O opozivu se može govoriti samo ako je ponuda stigla ponuđenome.³⁶

Između povlačenja ponude, shvaćenog na gore navedeni način, i prava potrošača na odustanak od ugovora postoje sličnosti i razlike. Sličnosti se ogledaju u tome što se i u jednom i u drugom slučaju radi o jednostranim izjavama volje

³² *Isto*, str. 517.

³³ Uputstvo, čl. 12 (a).

³⁴ T. Bourgoignie, T. Jovanić, Lista predloženih amandmana na Zakon o zaštiti potrošača od 2010. godine, Beograd, 2012, dostupno na adresi: <http://www.zapotrosace.rs/CMS/download/lista-amandmana-na-zakon-o-zastiti-potrosaca.pdf>, 01.04.2013, str. 92.

³⁵ ZOO, čl. 36. st. 2.

³⁶ I. Jankovec, *Privredno pravo*, Beograd, 1999, str. 254.

ponudioca, odnosno potrošača. Pri tome, u oba slučaja ne zahteva se postojanje bilo kakvih razloga i obrazloženja za takvo postupanje. Međutim, razlike postoje u pogledu svrhe i dejstva ova dva pravna instituta. Svrha povlačenja ponude je sprečavanje nastanka pravnog posla, dok je svrha odustanka potrošača od ugovora prestanak pravnog dejstva već nastalog pravnog posla (osim kod ugovora o pružanju usluga), koji je u nekim situacijama čak i u potpunosti ili delimično izvršen.³⁷

Između opoziva ponude i prava potrošača na odustanak od ugovora postoji nešto veća sličnost. Ovo iz razloga što je slanjem ponude ponudilac već izrazio početnu volju za zaključenjem ugovora, a sa tom voljom je upoznata i druga ugovorna strana. Druga strana opravdano veruje da će ugovor nastati, ako i ona izrazi svoju saglasnost. Pravo na opoziv ponude podrazumeva pravo ponudioca da promeni mišljenje i da bez postojanja bilo kakvog razloga odustane od zaključenja ugovora, čiji nastanak je on sam inicirao. Iz tog razloga opoziv ponude u ovom smislu reči nije dozvoljen u većini prava. Ipak, i u onim pravima u kojima je dozvoljen (npr. englesko pravo) opoziv se ne može izjednačiti sa odustankom potrošača od ugovora, jer se opozivom sprečava nastanak ugovora, a odustankom, po pravilu, prestaje da važi ugovor koji je već nastao.

Veza između prava potrošača na odustanak od ugovora i povlačenja i opoziva ponude postaje bliža kada se uzme u obzir već pomenuti čl. 12. Uputstva, kojim su regulisane pravne posledice odustanka. Naime, ovim članom predviđeno je da u slučaju kad je potrošač dao ponudu za zaključenje ugovora na daljinu ili je to učinio izvan poslovnih prostorija trgovca, ostvarenjem prava na odustanak prestaje njegova obaveza da zaključi pomenute ugovore.³⁸ U ovim slučajevima odustanak potrošača od ugovora ima u pravom smislu te reči karakter opoziva, odnosno povlačenja ponude, u zavisnosti od toga da li je svoje pravo na odustanak iskoristio pre nego što je ponuda stigla trgovcu ili je to učinio nakon tog trenutka.

I prema srpskom pravu, u kome opoziv ponude načelno nije dozvoljen, ovakav akt potrošača bi se mogao smatrati opozivom ponude. Ovo iz razloga što je u ZOO propisano da ponudilac nije vezan ponudom, ako to isključenje proizilazi iz okolnosti posla.³⁹ U ovom slučaju bi se moglo smatrati da upravo okolnosti posla (zaključivanje ugovora sredstvima komunikacije na daljinu ili izvan poslovnih prostorija trgovca) ukazuju na pravo ponudioca da opozove ponudu bez ikakvih

³⁷ R. Vukadinović, *nav. članak*, str. 261.

³⁸ Uputstvo, čl. 12 (b).

³⁹ ZOO, čl. 36 st. 1.

razloga. Međutim, o ovakvom tumačenju bi se moglo govoriti tek kada čl. 12. Uputstva bude implementiran u srpski ZZP. Takvo usklađivanje pravnih posledica odustanka od ugovora sa posledicama predviđenim u pravu EU najavljeno je predloženim amandmanima na važeći ZZP.⁴⁰

5.3. Pravo potrošača na odustanak od ugovora i kupovina na probu

Kupovina na probu predstavlja jednu od posebnih vrsta ugovora o prodaji. To je takav ugovor o prodaji u kome kupac uzima stvar pod uslovom da je isproba da bi utvrdio da li odgovara njegovim željama i potrebama i da u određenom roku obavesti prodavca da li ostaje pri ugovoru.⁴¹ U tom slučaju kupac je dužan da prodavca obavesti o tome da li ostaje pri ugovoru u roku određenom ugovorom ili običajem, a ako takvog nema, onda u primerenom roku koji mu bude odredio prodavac, inače se smatra da je odustao od ugovora. Ako je stvar predata kupcu da bi je isprobao do određenog roka, a on je ne vrati bez odlaganja po isteku roka ili ne izjavi prodavcu da odustaje od ugovora, smatra se da je ostao pri ugovoru.⁴²

Između ovako definisane kupovine na probu i prava potrošača na odustanak od ugovora postoje značajne sličnosti. I u jednom i u drugom slučaju "pravni opstanak" ugovora zavisi od volje kupca, odnosno potrošača, koju on mora da izrazi u zakonom ili ugovorom određenom roku. Elementi kupovine na probu postoje i kod ugovora zaključenih na daljinu i kod ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija. Kod ugovora na daljinu, potrošač nije u mogućnosti da vidi robu koja je predmet ugovora, pa je Preambulom Uputstva predviđeno da mu zato treba dozvoliti da *isproba* i pregleda robu, u meri koja je potrebna da se utvrde priroda, karakteristike i funkcionalnost robe.⁴³ Kod ugovora zaključenih izvan poslovnih prostorija potrošač najčešće ima priliku da vidi robu koju kupuje, ali na njega deluje "faktor iznenađenja", pa se pretpostavlja da je on zaključio ugovor "na brzinu" i da nije u dovoljnoj meri upoznao karakteristike robe koja je predmet ugovora. Kako se ovi ugovori često izvršavaju odmah prilikom njihovog zaključivanja (posebno ugovori zaključeni "na kućnim vratima" potrošača) i potrošač odmah preuzima stvar koju kupuje, tu nailazimo na još jednu sličnost između kupovine na probu i prava potrošača na odustanak.

⁴⁰ T. Bourgoignie, T. Jovanić, Lista predloženih amandmana na Zakon o zaštiti potrošača od 2010. godine, Beograd, 2012, dostupno na adresi: <http://www.zapotrosace.rs/CMS/download/lista-amandmana-na-zakon-o-zastiti-potrosaca.pdf>, 01.04.2013, str. 92.

⁴¹ S. Perović, *nav. delo*, str. 578.

⁴² ZOO, čl. 534.

⁴³ Preambula Uputstva, tačka 37.

U obe situacije se smatra da kupac, odnosno potrošač koji je preuzeo stvar koja je predmet ugovora, nevršenjem svog prava u određenom roku, prećutno pristaje da ugovor i dalje važi.

Međutim, između kupovine na probu i prava na odustanak postoje razlike, tj. ova dva pravna instituta se ne mogu uvek i u svim slučajevima poistovetiti. Najpre, pravo na odustanak postoji ne samo povodom ugovora čiji je predmet isporuka robe, već i kod ugovora o pružanju usluga, ugovora o tajmšeringu i ugovora o potrošačkom kreditu. Sama priroda predmeta ovih ugovora ukazuje na nemogućnost njihovog poistovećivanja sa kupovinom na probu. Takođe, i kada potrošački ugovor, čiji je predmet kupovina robe, nije izvršen u roku za odustanak, a potrošač ne iskoristi svoje pravo na odustanak, pretpostavka je da je potrošač nevršenjem prava osnažio zaključeni ugovor. Nasuprot tome, kod kupovine na probu, ako se stvar koja je predmet ugovora ne nalazi kod kupca, pa on o svojoj odluci ne obavesti prodavca u predviđenom roku, pretpostavka je da je kupac odustao od ugovora. Uz to, kupac pravo na probu zasniva na ugovoru, a potrošač pravo na odustanak zasniva na zakonu.

5.4. Pravo potrošača na odustanak od ugovora i uslov u pravno-tehničkom smislu reči

Pojedini autori pravo potrošača na odustanak od ugovora posmatraju kao uslov u pravno-tehničkom smislu. Pri tom, u zavisnosti od činjenice da li prihvataju stanovište da je potrošački ugovor u kome je sadržano pravo potrošača na odustanak nastao ili ne, ovo pravo smatraju raskidnim, odnosno odložnim uslovom. Uslov u pravno-tehničkom smislu postoji onda ako su stranke u jednom pravnom poslu nastanak ili dalje postojanje pravnih dejstava učinile zavisnim od budućeg, objektivno neizvesnog događaja.⁴⁴

S jedne strane, u pravnoj literaturi izraženo je shvatanje da ugovor u kojem potrošač ima pravo na odustanak mora biti tretiran kao da je zaključen pod raskidnim uslovom. Zato postoji "stanje očekivanja" u kojem se nalazi ugovor, a po završetku tog stanja on ostaje "efektivan" (proizvodi pravno dejstvo) ili ostaje bez pravne važnosti.⁴⁵

S druge strane, postoji stav prema kome na osnovu prava na odustanak potrošač stiče pravo opcije. Potrošač može, vršeći svoje pravo, da jednostranom izjavom volje, u okviru roka za razmišljanje, odustane od ugovora ili da ćutanjem,

⁴⁴ D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2000, str. 291.

⁴⁵ R. Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2005, str. 214

odnosno nevršenjem prava, osnaži zaključeni ugovor. U tom slučaju smatra se da je ispunjen *odložni uslov* pod kojim je ugovor zaključen.⁴⁶ U vezi sa ovim shvatanjem interesantan je i stav prema kome se ugovor u kome je sadržano pravo na odustanak formira etapno – u prvoj etapi se utvrđuje sadržaj ugovora, a u drugoj njegova važnost.⁴⁷

Već sama definicija uslova u pravno-tehničkom smislu ukazuje na neodrživost ovakvih shvatanja. Da bi se neka činjenica smatrala uslovom u pravno-tehničkom smislu reči, potrebno je da ugovorne strane *svojom voljom* uslove nastanak ili prestanak ugovora tom činjenicom. Pravo potrošača na odustanak od ugovora je ustanovljeno zakonom i njegovo postojanje, prema važećim propisima u domaćem pravu i pravu EU, ne zavisi od volje ugovornih strana. Uz to, pored ove razlike, razlika postoji i u pogledu pravnih posledica koje nastaju nastupanjem raskidnog uslova i ostvarivanjem prava potrošača na odustanak. Raskidni uslov deluje za ubuduće, tj. ugovorne strane neće biti dužne da jedna drugoj vrate ono što su dale po osnovu ugovora,⁴⁸ dok ostvarivanje prava potrošača na odustanak, po pravilu, ima retroaktivno dejstvo.

6. Moguće određenje pravne prirode prava potrošača na odustanak

Uočena distinkcija između odustanka potrošača od ugovora i uslova u pravno-tehničkom smislu vodi nas do pojma tzv. pravnog uslova (*conditio juris*), kojem je pravo na odustanak veoma blisko. Pravni uslov se definiše kao okolnost od koje zavisi punovažnost pravnog posla koju nisu odredile svojom voljom ugovorne strane, već koju za punovažnost pravnog posla zahteva zakon.⁴⁹ Pravni uslov se zato ne smatra uslovom u pravno-tehničkom smislu. Do nastupanja pravnog uslova, pravni posao "lebdi", "visi", a njegovim nastupanjem pravni posao se smatra punovažnim od momenta njegovog zaključenja, kao da uslov nije ni postojao. Pravo potrošača na odustanak, kao što je već rečeno, zasnovano je na imperativnoj zakonskoj normi, a od njegovog korišćenja, odnosno nekorišćenja zavisi punovažnost potrošačkog ugovora. Zbog te činjenice, ono se može smatrati pravnim uslovom. Korišćenjem njegovog prava smatraće se da ugovor uopšte nije ni nastao, a ugovorne strane će, po pravilu, biti dužne da jedna drugoj vrate sve ono što su primile po osnovu ugovora. Nekorišćenjem prava na odustanak

⁴⁶ M. Mićović, "O temeljnim pravilima potrošačkog prava", Zbornik: *Od caveat emptor do caveat venditor*, Kragujevac, 2009, str. 49.

⁴⁷ D. Stojanović, *nav. delo*, str. 293.

⁴⁸ *Isto*, str. 296.

⁴⁹ S. Perović, D. Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Gornji Milanovac - Kragujevac, 1980, str. 296.

nestaje neizvesnost u pogledu pravne sudbine potrošačkog ugovora i on nastavlja da proizvodi pravno dejstvo. Međutim, specifičnost prava na odustanak je ta što je ostvarenje ovog prava u potpunosti prepušteno *volji potrošača*.

Ovakav zaključak nas upućuje na poređenje prava na odustanak sa jednom posebnom vrstom uslova u pravno-tehničkom smislu – potestativnim (voljnim) uslovom. U pitanju je uslov čije ostvarenje u potpunosti zavisi od volje jedne ugovorne strane. U pravnoj teoriji XIX veka smatralo se da ugovaranje potestativnog uslova nije dozvoljeno (npr. u francuskom pravu ugovaranje odložnog potestativnog uslova je bilo čak izričito zabranjeno). Međutim, u savremenoj teoriji je opšte prihvaćen stav da se dvostrano obavezujući ugovori mogu zaključivati pod voljnim uslovom.⁵⁰ Takvim ugovorima za jednu ugovornu stranu ustanovljava se *pravo opcije*. Način ostvarivanja prava potrošača na odustanak ukazuje na veliku sličnost između tog prava i potestativnog uslova. Ipak, sličnost postoji samo u pogledu načina ostvarivanja prava, dok suštinska razlika postoji u pogledu osnova ovog prava. Kao i svaki uslov u pravno tehničkom smislu, i postojanje potestativnog uslova u ugovoru stranke ugovaraju svojom voljom.

U postojećem režimu pravnog regulisanja prava potrošača na odustanak od ugovora, ovo pravo potrošača ima sličnosti sa brojnim drugim pravnim institutima. Ipak, čini se da najveće sličnosti postoje sa gore navedenim tzv. pravnim uslovom i potestativnim uslovom. Međutim, ni sa jednim od ove dve vrste uslova pravo na odustanak se ne može poistovetiti. Ono u postojećem režimu pravnog regulisanja ima karakter prava sa elementima pravnog uslova, u pogledu suštine tog prava, ali i potestativnog uslova, u pogledu načina ostvarivanja tog prava. Zato se pravo na odustanak može odrediti kao *sui generis* pravo potrošača, koje predstavlja svojevrsnu *kombinaciju* tzv. pravnog uslova i potestativnog uslova.

Međutim, ovakva pravna priroda prava potrošača na odustanak od ugovora postoji u važećem, tzv. imperativnom pravnom režimu prava na odustanak. Ako bi bio prihvaćen tzv. dispozitivni pravni režim ovog prava, to bi dovelo do njegove potpuno drugačije pravne prirode. Tada bi pravo na odustanak prestalo da bude tzv. pravni uslov, već bi se moglo tretirati kao uslov u pravno – tehničkom smislu reči, s obzirom da bi postojanje prava na odustanak u potrošačkom ugovoru u potpunosti zavisilo od volje ugovornih strana. To bi,

⁵⁰ *Isto*, str. 299.

takođe, bio i potestativni uslov, jer bi (ne)nastupanje uslova zavisilo isključivo od volje jedne ugovorne strane – potrošača.

Kada bi pravo potrošača na odustanak postalo pravo opcije za potrošača, njegova pravna priroda bi bila još specifičnija. To bi dovelo do toga da volja potrošača dva puta dolazi do izražaja. Najpre, od njegove volje zavisi da li će pravo na odustanak uopšte postojati u ugovoru, a ako se odluči za postojanje prava, od potrošača kasnije zavisi i da li će se koristiti tim pravom u roku za odustanak. Ako se potrošač odluči da zaključi ugovor bez prava na odustanak, na taj način bi već u trenutku zaključenja ugovora potvrdio njegovu važnost i otklonio svaku neizvesnost u pogledu pravne sudbine ugovora. Tako bi potrošaču izričito bila priznata mogućnost odricanja od prava na odustanak i pre zaključenja ugovora. Ako bi, pak, izabrao ugovor sa pravom na odustanak, to pravo bi i u ovom slučaju, u pogledu načina ostvarivanja, imalo karakter potestativnog uslova.

7. Zaključak

Potrošački ugovor u kome potrošač može da se koristi pravom na odustanak smatra se punovažnim pravnim poslom, ali pravna sudbina tog posla zavisi od volje potrošača, tj. od toga da li će se on koristiti pravom na odustanak koje mu je priznato zakonom. Izuzetak predstavljaju ugovori o pružanju usluga koji ne mogu biti valjano izvršeni u okviru roka za odustanak sve dok se potrošač ne saglasi sa time da izvršenje ugovora bude započeto. Zato se može smatrati da ugovori o pružanju usluga nastaju tek kada potrošač izrazi volju da izvršenje ugovora bude započeto i pre isteka roka za razmišljanje, ili istekom roka od 14 dana od dana zaključenja ugovora, ako potrošač u tom roku ne iskoristi pravo na odustanak.

Pravo potrošača na odustanak od ugovora je kompleksno pravo koje ima *višestruku* pravnu prirodu. Njegova pravna priroda zavisi od toga u kom trenutku se ovo pravo koristi, kao i od toga koji pravni režim regulisanja prava na odustanak je usvojen. Ako se ovo pravo koristi pre zaključenja ugovora, u slučajevima kada je potrošač dao ponudu za zaključenje ugovora na daljinu ili je to učinio izvan poslovnih prostorija trgovca, korišćenjem prava na odustanak prestaje obaveza potrošača da zaključi neki od navedenih ugovora. Zato u ovom slučaju pravo na odustanak ima pravnu prirodu povlačenja, odnosno opoziva ponude, u zavisnosti od toga da li je ponuda stigla ponuđenom (trgovcu) ili nije. Ako se, pak, pravo na odustanak koristi nakon zaključenja ugovora, ono ima sličnosti sa raskidom ugovora, opozivom i povlačenjem ponude, kupovinom na probu i uslovom u pravno – tehničkom smislu, ali se ne može poistovetiti ni sa jednim od ovih pravnih instituta. U tom slučaju, ono je najbliže tzv. pravnom uslovu, kao okolnosti od koje zavisi punovažnost pravnog posla, a koju zahteva zakon. S obzirom da je realizacija prava na odustanak u potpunosti prepuštena

volji potrošača, ono se u tom smislu može smatrati i potestativnim (voljnim) uslovom. Ovakvi zaključci o pravnoj prirodi prava potrošača na odustanak od ugovora važe za postojeći, tzv. imperativni pravni režim regulisanja ovog prava. Međutim, usvajanjem nekog od alternativnih pravnih režima, o kojima je bilo govora u radu, a koji imaju sve više pristalica u pravnoj teoriji, došlo bi do promene pravne prirode prava potrošača na odustanak od ugovora.

Borko Mihajlović*

Legal Nature of Consumer's Right on Withdrawal

Summary

The consumer's right on withdrawal is a complex law that has multiple legal nature. Its legal nature depends on the moment at which this right is used, and the fact what legal regime of regulating the right on withdrawal is approved. If this right is used prior to the conclusion of the contract when the consumer made an offer for the conclusion of a distance selling contract or off business premises the right on withdrawal has the legal nature of the cancellation or revocation of offer, depending on whether the offer came to selected (trader) or not. If, however, the right on withdrawal is used after concluding a contract, then it is the closest to legal condition, as the circumstance upon which the validity of a legal transaction depends, required by law. Because of the fact that realization of the consumer's right on withdrawal completely depends from consumer's will, this right may be considered as volitional condition, too. However, these conclusions on the legal nature of the rights of consumers on withdrawal are valid for the current, so-called compelling legal regime of regulating this right. The adoption of a more flexible legal regime of regulating the right of consumers on withdrawal would change its legal nature.

Keywords: consumers contract, consumer's right on withdrawal, legal nature, legal condition, volitional condition

* Assistant at the Faculty of Law in Kragujevac.

PRILOZI - CONTRIBUTIONS

Danijela Kukuruzović*

UDK 347.717(4-672EU)

str. 109-124.

INSTITUT ZASTUPNIŠTVA U TEORIJI I PRAVU EVROPSKE UNIJE

Apstrakt

Institut zastupništva se zbog svoje apstraktnosti u svom današnjem obliku prilično kasno pojavio u zakonodavstvu i pravnoj teoriji. Postoje bitne razlike u načinu regulisanja ovog instituta u evropsko-kontinentalnom i anglosaksonskom pravu, s obzirom da se na ovim područjima on razvijao iz različitih teorijskih postavki. Na uobličavanje ovog pojma u evropsko-kontinentalnom pravu je presudno uticala teorija čiji je tvorac nemački teoretičar Paul Laband, dok se u anglosaksonskom pravu ovaj pojam razvijao pod uticajem teorije identiteta. Pravila koja se odnose na ovo pitanje su prilično ujednačena u kontinentalnoj Evropi, ali i dalje postoje znatne razlike u odnosu na rešenja u anglosaksonskom pravu. Kada je reč o pravu Evropske unije, pravila koja su stvorena na tom nivou su rezultat harmonizacije različitih nacionalnih pravila. Zastupništvo je regulisano u Načelima evropskog

* Student doktorskih akademskih studija na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, stipendista Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije, e-mail: danijelakukuruzovic@yahoo.com

ugovornog prava¹ (u daljem tekstu: Načela) na način koji predstavlja kompromis između rešenja između ova dva tipa pravnih sistema. Ovaj rad obuhvata različita teorijska objašnjenja ovog instituta, sa posebnim osvrtom na dve pomenute vodeće teorije, kao i o rešenja koja su u pogledu ovog pitanja predviđena u pravu Evropske unije.

Ključne reči: zastupništvo, teorijska objašnjenja zastupništva, zastupništvo u pravu Evropske unije, zastupništvo u evropsko - kontinentalnom pravu, zastupništvo u anglosaksonskom pravu.

1. Uvod

Značaj zastupništva je u savremenom pravu veliki, bilo da su u pitanju odnosi fizičkih ili pravnih lica. Danas je nezamislivo odvijanje pravnog prometa bez mogućnosti delanja za drugog. Ovaj princip omogućava ljudima da prevaziđu vremenske i prostorne granice, da istovremeno zaključuju više pravnih poslova, pa i na različitim kontinentima, što je pre njegovog prihvatanja bilo nezamislivo. Zastupništvo je proširilo granice ljudskih mogućnosti i u njemu se najbolje ogleda koliko moć može da ima jedan pravni institut i koliko može da izmeni ljudski život.

Pored prostornih i vremenskih ograničenja, ono omogućava ljudima da prevaziđu i svoje granice u pogledu znanja i iskustva, angažujući drugo lice koje je vičnije zaključenju pravnih poslova. Najbolji primer za to je advokatura, gde se čitava jedna profesija zasniva na ovom principu.

U slučajevima voljnog zastupanja zastupani uvećava, umnožava svoje mogućnosti,² preduzimajući preko drugoga pravne radnje koje bi mogao i sam preduzeti. Međutim, zastupništvo omogućava i licima koja zbog nekih svojih nedostataka (kao što su nesposobnost rasuđivanja, nedovoljan uzrast i sl.) nisu u stanju da se sama brinu o svojim interesima i da zaključuju pravne poslove, da zbog toga njihovi interesi ne trpe i da na neki način ipak budu uključena u pravni promet. U ovim slučajevima zastupnik svojim mogućnostima nadomešćuje nemogućnosti zastupanog,³ što je prvenstveno u interesu zastupanog, ali i celokupnog pravnog poretka.

¹Principles of European Contract Law (Parts I and II revised 1998, Part III 2002), <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>, posećena 25.06.2013. godine. Prevod Načela Evropskog ugovornog prava na srpski jezik je sačinila Maja Stanivuković.

² Vid. V. Vodinelić, *Građansko pravo*, Beograd, 2012, str. 472.

³ Isto.

Ideja o preduzimanju poslova za drugoga je veoma stara. Ona datira još iz perioda rimskog prava, ali je bilo potrebno mnogo vremena da ona bude prihvaćena kao pravilo, a ne kao izuzetak. Istorijski posmatrano, javljali su se razni oblici delanja za drugog, kako u rimskom pravu, tako i tokom srednjeg veka, ali zastupništvo u današnjem smislu te reči se sreće tek u kodifikacijama građanskog prava u evropskim državama. I sam pojam zastupništva je relativno kasno oformljen, tačnije, prvi zakonik u kome se on pominje je bio Nemački građanski zakonik iz 1896. godine.¹ Zastupništvo se može odrediti kao takav pravni odnos na osnovu kojeg jedno lice (zastupnik), u granicama ovlašćenja, preuzima pravne poslove u korist drugog lica (zastupani), tako da sva pravna dejstva iz takvog pravnog posla prelaze na zastupano lice kao da ga je ono lično zaključilo.²

Postoje određene razlike u shvatanju i načinu regulisanja ovog instituta u evropsko – kontinentalnom i anglosaksonskom pravu. Kada je reč o regulisanju ovog instituta u pravu Evropske unije, u njemu su prihvaćena kompromisna rešenja koja donekle odgovaraju pravnoj tradiciji na oba ova područja. Ovakva pravila su rezultat harmonizacije prava na nivou Evropske unije i ona treba da doprinesu ostvarivanju načela slobode prometa robe. Kreatori evropskog pravnog poretka imaju zadatak da stvore takva pravila koja će biti prihvatljiva u svim državama Evropske unije, a da bi se to postiglo, potrebno je kreirati takva pravila koja će podjednako uvažavati specifičnosti različitih nacionalnih prava i koja neće favorizovati pravni sistem jedne države članice na račun pravnih sistema drugih država članica. Načela evropskog ugovornog prava koja sadrže pravila o zastupanju, iako nisu obavezujuća, imaju veliki uticaj na pravni život i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta u Evropskoj uniji. Pored toga, istovremeno se radi i na kodifikaciji građanskog prava na evropskom nivou.

2. Teorijska objašnjenja zastupništva u evropsko-kontinentalnom i anglosaksonskom pravu

Istorijski posmatrano, uobličavanje instituta zastupništva se odvijalo različitim putevima na evropsko – kontinentalnom i anglosaksonskom pravnom području. Kada je reč o kontinentalnim pravnim sistemima, ova ustanova vodi poreklo iz rimskog prava, iz ugovora o mandatu koji je predstavljao jedan vid indirektnog zastupanja, odnosno delovanja u svoje ime, a za račun nalogodavca. Trebalo je da protekne dosta vremena da u teoriji i zakonodavstvu bude prihvaćena i mogućnost direktnog zastupanja, tj. da zastupnik izjavljuje volju u ime i za račun

¹ M. Radovanović Vučković, *Zastupništvo u građanskom i privrednom pravu*, Beograd, 1969, str. 3.

² D. Popov, *Građansko pravo (opšti deo)*, Novi Sad, 2012, str. 223.

zastupanog i njega direktno obavezuje zaključenim ugovorom. U teoriji se direktno zastupanje prvi put pominje kod Huga Grociosa na primeru *procurator*-a koji je pribavljao prava direktno za svog nalogodavca na temelju mandata.¹ Što se tiče zakonodavstva, Pruski građanski zakonik je prvi među evropskim kodifikacijama sadržao odredbe o direktnom zastupanju.² Potrebe prakse su dovele do udaljavanja od shvatanja rimskog prava i do nastanka direktnog zastupništva, a pre svega potrebe razvijene trgovine. Slične društvene i tržišne prilike su postojale i na evropsko – kontinentalnom i anglosaksonskom pravnom području, tako da sa te strane posmatrano ne iznenađuje činjenica da je mogućnost neposrednog (direktnog) zastupanja prihvaćena u oba tipa pravnih sistema.

Međutim, postoje različita teorijska objašnjenja ovog instituta na ovim pravnim područjima. Institut zastupništva, odnosno ideja direktnog zastupanja se u evropsko-kontinentalnim pravnim sistemima objašnjava teorijom čiji je tvorac nemački teoretičar Paul Laband, dok se u anglosaksonskom sistemu objašnjava teorijom identiteta. Suštinska razlika između ovih teorija se sastoji u zaštiti interesa druge ugovorne strane jer se rešenjem koje je prihvaćeno u kontinentalnim pravnim sistemima više vodi računa o tome. Pre pojave Labandove teorije, u pravnim sistemima evropsko-kontinentalnog tipa je bilo prihvaćeno takvo shvatanje zastupništva koje je bilo slično teoriji identiteta u tom pogledu što je vodilo računa samo o interesima zastupanog lica. U pravnoj doktrini ima mišljenja da shvatanje zastupništva u prelabandovskom periodu u kontinentalnom delu Evrope i teorija identiteta imaju zajednički prapocetak u kanonskom pravu.³ Ovo shvatanje je bilo prihvaćeno u građanskim zakonicima koji su se pojavili na tlu Evrope početkom XIX veka, kao što su Francuski i Austrijski građanski zakonik. Prema rešenjima prihvaćenim u ovim zakonicima, zastupani nije mogao biti obavezan na ispunjenje obaveza iz ugovora ukoliko je zastupnik prekoračio granice ovlašćenja. Ovo je bila posledica toga što punomoć zastupnika nije odvajana od pravnog posla iz koga je nastala. Ovakvim pravilima bili su u potpunosti zaštićeni interesi zastupanog, ali ne i trećih lica, zbog čega je, sveukupno gledano, pravna sigurnost bila narušena.

Problem u pogledu zaštite trećih lica je rešio nemački teoretičar Paul Laband time što je celokupan odnos zastupanja razdvojio na dva posebna odnosa: unutrašnji, apstraktni odnos – punomoć i spoljni odnos – odnos ovlašćenja, čime je

¹ S. Plavšić, "Teorijska polazišta prava o zastupanju u kontinentalnom i anglosaksonskom pravu", *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, (ur. O. Antić), Sarajevo, 1989, str. 260.

² *Isto*, str. 262.

³ *Isto*, str. 263.

ovlašćenje zastupnika u odnosu sa trećim licima učinio nezavisnim od osnovnog posla na kome se temelji to ovlašćenje.¹ Time je jasno razgraničen odnos između zastupnika i zastupanog od odnosa između zastupanog i trećeg lica, odnosno druge ugovorne strane, a pod određenim uslovima, dozvoljeno je da zastupanog obavezuje pravni posao zaključen u njegovo ime i u slučaju prekoračenja ovlašćenja od strane zastupnika. Labandova teorija je zbog rešenja koje predviđa poznata i pod nazivom teorija o apstraktnoj prirodi ovlašćenja za zastupanje (punomoći).

Shvatanje o postojanju unutrašnjeg i spoljnog odnosa kod zastupništva je prihvaćeno i u našoj teoriji. Andrija Gams razlikuje ovlašćenje u širem i u užem smislu. Prema njegovom shvatanju, ovlašćenje u širem smislu obuhvata: 1) pravnu moć zastupanog da na zastupnika prenese mogućnost da u njegovo ime i za njegov račun zaključuje pravne poslove; 2) krug poslova koje zastupnik može da obavi u ime i za račun zastupanog i 3) jednostranu izjavu – pravnu moć zastupanog kojom se obraća trećim licima i obaveštava ih o krugu poslova koje zastupnik za njega može obavljati.² Ono što je navedeno pod tačkama 1 i 2 čini unutrašnji odnos između zastupanog i zastupnika koji se naziva punomoć ili opunomoćenje, a izjava navedena pod tačkom 3 čini spoljni odnos, tj. ovlašćenje u užem smislu.³ Značaj razlikovanja ovih pojmova objašnjava se time da u situaciji ako je punomoć povučena, a ovlašćenje u užem smislu nije, treće lice koje se pouzdalo u ovlašćenje i nije znalo niti je po okolnostima moralo znati da je punomoć povučena (tj. bilo je savesno), ne može zbog toga biti oštećeno.⁴ Ovim je rizik za neovlašćeno delovanje zastupnika prebačen sa trećeg lica na zastupanog, što je i logično jer se zastupanje obavlja u njegovom interesu, pa bi trebalo da on i snosi rizik takvog delovanja.⁵

Koliki je značaj i uticaj ove teorije u kontinentalnim pravnim sistemima dovoljno pokazuje činjenica da su je prihvatili svi građanski zakonici koji su doneti nakon njenog pojavljivanja. To se, pre svega, odnosi na Nemački građanski zakonik, s obzirom da je ona u Nemačkoj i nastala, ali i na Švajcarski i na sve druge zakonike koji su stvarani pod njihovim uticajem. Štaviše, ova teorija je prihvaćena i u francuskoj doktrini čiji zakonik je sadržao suprotno rešenje.⁶

¹ Isto, str. 261.

² A. Gams, Lj. Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1988, str. 192.

³ Isto.

⁴ Isto.

⁵ Vid. S. Plavšić, *n. delo*, str. 264.

⁶ Isto, str. 266.

Ovakvo stanovište je prihvaćeno i u Zakonu o obligacionim odnosima¹ gde se u čl. 93 st. 1 kaže da opozivanje punomoćja, kao i njegovo sužavanje, nema dejstvo prema trećem licu koje je zaključilo ugovor sa punomoćnikom ili obavilo drugi pravni posao, a nije znalo niti je moralo znati da je punomoćje opozvano, odnosno suženo.

Nasuprot Labandovoj teoriji o zastupanju, značajna je i teorija identiteta, na kojoj se zasnivaju rešenja prihvaćena u anglosaksonskom pravu. Na ovom pravnom području postoji ustanova *agency* koja ima određene sličnosti, ali i razlike u odnosu na pojam zastupništva u kontinentalnim pravima. Zagovornici teorije identiteta polaze od toga da zastupnik (*agent*) mora postupati strogo u granicama ovlašćenja koje mu je dato i ne dozvoljavaju odstupanja od tog principa u cilju zaštite trećeg lica, čak ni ako bi to zahtevali razlozi pravičnosti. Na ovaj način se stvara određena fikcija identiteta principala i agenta, a zbog stroge vezanosti principalovim nalogom neki teoretičari u agentu vide samo glasnika.² Međutim, ako se uzme u obzir da zastupnik, tj. agent izjavljuje svoju volju, a ne zastupanog lica, postaje jasno da on nije glasnik. Ne treba zaboraviti da je i zastupnik u kontinentalnom pravu takođe vezan nalogom zastupanog, ali za razliku od teorije identiteta, Labandova teorija dozvoljava mogućnost da, u nekim slučajevima, pravni posao obavezuje zastupanog i kada je zastupnik prekoračio granice ovlašćenja.

Ovako strogo shvaćen pojam zastupništva je stvarao probleme u praksi, pogotovo u tržišnim uslovima. Javila se potreba za usvajanjem malo liberalnijeg pristupa ovom pitanju, tako da je stvoren pojam stvarnog ovlašćenja (*actual authority*), kojim su proširena ovlašćenja zastupnika. Pojam stvarnog ovlašćenja obuhvata: 1) izričito ovlašćenje (*express authority*); 2) prećutno ovlašćenje (*implied authority*); 3) uobičajeno ovlašćenje (*usual authority*) i 4) ovlašćenje koje proizilazi iz trgovačkih običaja (*customary authority*).³ Dok izričito ovlašćenje čine reči i izrazi kojim se agent ovlašćenje se odnosi na sve nedvosmisleno ovlašćuje na vršenje određene pravne radnje, prećutno ono na šta agent nije izričito ovlašćen, ali su mu ta ovlašćenja nužna da bi mogao izvršiti nalog. Izričita ovlašćenja su činjenice, odnosno može se reći da sigurno postoje, dok se za prećutno data ovlašćenja samo pretpostavlja da postoje. Pored izričitog i prećutnog ovlašćenja, agent je ovlašćen da čini i ono što je uobičajeno u poslu koji obavlja, što

¹ Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja.

² S. Plavšić, *n. delo*, str. 268.

³ *Isto*, str. 269.

predstavlja sadržinu uobičajenog ovlašćenja, ali i ono što mu nalažu trgovački običaji.

Može se izvesti zaključak da se suštinska razlika između teorije identiteta i Labandove teorije sastoji u tome da je teorija identiteta okrenuta zaštiti interesa zastupanog, dok Labandova teorija vodi računa i o interesima trećeg lica koje zaključuje pravni posao sa zastupnikom. Rešenje koje daje teorija o apstraktnoj prirodi punomoći svakako da više odgovara potrebama pravnog prometa, ali nedostatak teorije identiteta se u praksi donekle otklanja napred navedenim proširenjem ovlašćenja agenta kroz pojam stvarnog ovlašćenja.

Pored ova dva vodeća teorijska objašnjenja suštine zastupništva, koja su izvršila i najveći uticaj na zakonodavstvo, postoje i brojna druga, kako na evropsko-kontinentalnom, tako i na anglosaksonskom pravnom području. Većina njih prihvata mogućnost zastupanja, dok jedno od njih odriče svaki značaj tom institutu. Naime, negatorno stanovište o zastupništvu je izneo francuski teoretičar Leon Digi. On smatra da ovaj pojam treba u potpunosti odbaciti i da je cela koncepcija zastupništva pogrešan zaključak izveden iz pogrešnih elemenata zaključivanja, odnosno iz uloge koja je pridavana volji u pravu.¹ Ovaj autor negira značaj volje stranaka pri nastanku subjektivnih prava i obaveza i ističe važnost interesa u pravu. Glavni nedostatak njegovog shvatanja je u tome što je interes subjektivna kategorija, koji postoji u svesti subjekata prava i čije je postojanje zato teško utvrditi. Za razliku od njega, sadržaj izjave volje stranaka se može pouzdano utvrditi.

Izuzev navedenog shvatanja, ostala stanovišta koja se javljaju u teoriji imaju pozitivan stav prema postojanju zastupništva. Najstarije među njima je teorija fikcije. Ona se pojavila u doba kada je zastupništvo bilo relativno nov institut i stoga ne čudi da ona objašnjava ovu ustanovu kao fikciju, da se uzima da nešto postoji što u stvarnosti ne postoji, odnosno uzima se da je volju izjavio zastupani iako je jasno da ju je izjavio zastupnik.

Slična napred navedenoj teoriji je teorija koju je razvio Savinji. Primećeno je da i njegova teorija, kao i teorija fikcije, iako polaze od postojanja zastupništva, svojim objašnjenjem ga negiraju. Prema Savinjiju, zastupnik samo prenosi volju zastupanog i tretira se kao glasonoša.² Samim tim, stranom ugovornicom sa trećim licem smatra se zastupani. Međutim, ovo shvatanje zastupnika kao glasonoše se može prihvatiti samo ako se radi o ugovornom zastupanju, ali ne i

¹ M. Radovanović Vučković, *n. delo*, str. 98.

² D. Popov, *n. delo*, str. 227.

ako je reč o zakonskom jer u tom slučaju ne postoji volja zastupanog lica koju bi zastupnik preneo.

Prema teoriji reprezentacije, ugovorna strana sa trećim licem je zastupnik jer on izjavljuje svoju volju, ali dejstva pravnog posla nastupaju za zastupano lice.¹ Najznačajnije pristalice ovog shvatanja su Vindšajd i Jering. Jering kod zastupništva razlikuje osnov, odnosno uzrok nastanka pravnog posla i njegovo dejstvo.² U redovnoj situaciji, kada neko lice zaključuje pravni posao za sebe, ova dva pojma se stiču u jednom licu, a u slučaju zastupanja dolazi do njihovog razdvajanja, tj. zastupnik izjavom svoje volje dovodi do nastanka posla, a dejstva posla pogađaju zastupanog. Ovo shvatanje je najpribližnije današnjem shvatanju ovoga pojma.

Postoji i tzv. mešovita teorija koja ima neke elemente teorije reprezentacije i teorije fikcije, a čiji je predstavnik Mateus. Ovo stanovište dozvoljava da ugovorna strana sa trećim licem bude i zastupnik i zastupani, sve u zavisnosti od sadržine dobijenog ovlašćenja. Naime, ako zastupnik ima generalnu punomoć, on će biti ugovorna strana, a u slučaju specijalne punomoći ugovorna strana je zastupani.³

Interesantno je i stanovište francuskog teoretičara Piona koji pojam zastupništva objašnjava pomoću svog shvatanja obligacije. On smatra da u rimskom pravu nije moglo da postoji zastupništvo jer je obligacioni odnos shvatan kao veza između dve određene ličnosti, dok on polazi od toga da je obligacioni odnos veza između dve imovine. Ovaj teoretičar objašnjava da imovine mogu biti angažovane jedna prema drugoj kako preko svog redovnog titulara, tako i preko drugog lica ako dođe do supstitucije volje zastupanog voljom zastupnika.⁴

Značajno je spomenuti i objašnjenje zastupništva prema kome se ono posmatra kao jedan vid modifikacije pravnog posla. Kod zastupništva se, prema ovom shvatanju, modifikuju uobičajene posledice ugovora i to se čini voljom stranaka. Ugovor se modifikuje u tom smislu da se ugovorne strane sporazumevaju da će dejstva posla nastati prema trećem licu. Ovakvo obrazloženje se daje za ugovorno zastupništvo, a kada je reč o zakonskom zastupništvu, s obzirom da se ono ne zasniva na volji zastupanog lica, polazi se od njegove pretpostavljene volje. Ovo stanovište se sa razlogom kritikuje jer ako bi zastupništvo predstavljalo modifikaciju pravnog posla, tada bi ugovorne strane bile zastupnik

¹ Isto.

² M. Radovanović Vučković, *n. delo*, str. 103.

³ D. Popov, *n. delo*, str. 227.

⁴ Vid. M. Radovanović Vučković, *n. delo*, str. 103.

i treće lice, koje i vrše modifikaciju, što se ne slaže sa dodeljivanjem zastupanom svojstva ugovorne strane u pravnom poslu od strane pozitivnog prava. Ističe se da ovaj način zaključivanja pravnog posla ne može biti samo modifikacija (slučajni element) bez koga se može već da je to njegova suština bez koje nema zastupništva.¹ Shvatanje o zastupništvu kao o modifikaciji pravnog posla je u doktrini poznato kao teorija *Popesco – Ramniceanoa*.

Francuski teoretičar *Madray* je dao objašnjenje pojma zastupništva koje se od svih ranijih teorija razlikovalo po tome što je obuhvatalo kako ugovorno, tako i zakonsko zastupništvo, a ranije teorije su bile uglavnom usmerene na ugovorno tj. voljno zastupanje. Prema ovom autoru, zastupništvo je pravno – tehničko sredstvo, jedan od načina preduzimanja poslova za drugog.² On osnov zastupništva nalazi u zakonu i ističe da je volja stranaka sama po sebi nedovoljna za nastanak zastupništva ako nema potporu u zakonu.

U engleskoj teoriji se nailazi i na shvatanje zastupništva kao oblika zaposlenja.³ Jedno lice može predstavljati drugo, kao neko ko je zaposlen kod njega, u svrhu dovođenja njega u pravne odnose sa trećim. Odgovornost prvog za radnje drugog izvire iz ugovora o radu. Ističe se da, dok je odgovornost principala za radnje agenta unapred planirana posledica tog ugovora, odgovornost principala za posledice koje agent prouzrokuje svojim nemarom je nenameravana, neželjena posledica. Pri tome se naglašava da principal neće biti odgovoran za radnje svog agenta učinjene van granica datog ovlašćenja.⁴

3. Institut zastupništva u pravu Evropske unije

Institut zastupništva je u pravu Evropske unije regulisan u trećem poglavlju Načela evropskog ugovornog prava. Ova načela je izradila Komisija za evropsko ugovorno pravo na čijem čelu je bio profesor Ole Lando pa se u teoriji nazivaju i Landovim principima. Sastoje se iz tri dela od kojih je prvi deo objavljen 1995. godine, potom su 1998. godine objavljeni prvi i drugi deo zajedno, da bi 2002.

¹ *Isto*, str. 105.

² *Isto*, str. 107.

³ W. R. Anson, "Principles of the English Law of Contract and of Agency in its Relation to Contract", (2d Amer from 11th English ed, Ernest W. Huffcut, ed.)(1907), str. 413, heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.beal/pentcon0001&div=27&collection=beal&set_as_cursor=24&men_tab=srchresults&terms=agency|in|english|law&type=matchall#461, posećena 26.06.2013. godine.

⁴ *Isto*.

godine bio prezentovan i treći deo Načela.¹ Na nivou Evropske unije je odavno uočena potreba za stvaranjem jedinstvenih pravila obligacionog prava. Međutim, imajući u vidu da komunitarni organi nisu bili nadležni za donošenje jedinstvenih pravila u toj oblasti, rešenje je pronađeno u stvaranju mekog prava (*soft law*),² što predstavljaju i navedena načela. Njihova primena nije obavezna, već će se ona primeniti u slučajevima kada su se ugovorne strane sporazumele da ih učine sastavnim delom ugovora ili kada su se sporazumele da će ta načela biti merodavna za ugovor.³ I pored toga, Načela imaju veliki značaj u svim evropskim državama. Evropski parlament je još u dvema rezolucijama iz 1989. i 1994. godine istakao da je postepena harmonizacija određenih sektora privatnog prava, kao što je ugovorno pravo, od suštinskog značaja za ostvarivanje evropskog zajedničkog tržišta.⁴ Posao sastavljanja pravila koja će jedinstveno na evropskom nivou uređivati ovu materiju nije bio lak. Ovo, pre svega, iz razloga što su pravila u pogledu zastupanja različita u evropsko-kontinentalnom i anglosaksonskom pravu. Bilo je potrebno pronaći rešenja koja će donekle pomiriti te razlike i biti prihvaćena na oba područja.

Principi usvajaju širi koncept zastupanja koji se redovno vezuje za anglosaksonsko pravo, mada je prihvaćen i u kontinentalnom pravu.⁵ U Načelima se razlikuju dve vrste zastupanja: neposredno (direktno) i posredno (indirektno). Podela na direktno i indirektno zastupanje je bila prisutna i u našoj ranijoj pravnoj teoriji, a donošenjem Zakona o obligacionim odnosima koji pojam zastupanja vezuje isključivo za vršenje pravnih poslova u ime drugog lica, ona se napušta.⁶ U članu 3:102 Načela se objašnjava da neposredno zastupanje postoji kada zastupnik istupa u ime zastupanog lica, pri čemu nije od značaja da li je identitet zastupanog poznat u momentu kada zastupnik istupa u njegovo ime ili će biti saopšten kasnije. Posredno zastupanje postoji kada posrednik postupa po uputstvima i za račun zastupanog lica, ali ne i u njegovo ime ili kada druga strana ne zna niti bi morala znati da posrednik istupa kao zastupnik. Ovakvo

¹ O tome vid. u D. Nikolić, *Harmonizacija i unifikacija građanskog prava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2004, str. 116.

² *Isto*, str. 115.

³ Čl. 1:101 st. 2 Načela evropskog ugovornog prava.

⁴ R. Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Udruženje za evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac, 2012, str. 6.

⁵ D. Marković Bajalović, "Ugovorno zastupanje u Landovim principima, uporednom i jugoslovenskom pravu", u: *Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo* (ur. Radovan Vukadinović), Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, 2001, str. 162.

⁶ *Isto*, str. 165.

rešenje nije u skladu sa rešenjem koje postoji kod nas kao i u drugim pravnim sistemima evropsko-kontinentalnog tipa gde je prihvaćeno uže shvatanje zastupništva, odnosno pod njim se podrazumeva samo situacija kada jedno lice istupa u ime i za račun drugog lica. U slučaju neposrednog zastupanja, ugovorom su vezani zastupani i treće lice, dok su u slučaju posrednog zastupanja ugovorom vezani zastupnik i treće lice.

Ovim pravilima nisu uređeni međusobni odnosi zastupnika i zastupanog lica, već samo pravno dejstvo zastupnikovih radnji prema trećim licima. Značajno je spomenuti još jedno ograničenje u pogledu obima regulisanja, odnosno činjenicu da se Načelima evropskog ugovornog prava reguliše samo ugovorno zastupanje, a ne i zastupanje koje se zasniva na zakonu ili aktu državnog organa. Međutim, kada je reč o pravnim licima, može se pojaviti problem prilikom određivanja da li će se na neki konkretan slučaj primeniti ova načela. Naime, kod pojedinih oblika ugovornog zastupanja pravnog lica, kao što je na primer prokura, obim ovlašćenja i pravna dejstva radnji zastupnika prema trećim licima u potpunosti su uređena zakonom, a eventualna ograničenja nemaju dejstva prema njima.¹ U ovakvom slučaju ima puno argumenata za stav da, uprkos ugovornom osnovu, preovlađuju elementi zakonskog zastupništva, koje ne spada u okvire predmeta regulisanja Landovih principa.² Sporno je da li ovakve situacije spadaju pod domašaj primene Načela i to pitanje se rešava u svakom konkretnom slučaju.

Ovlašćenje za zastupanje može biti dato izričito ili može proisticati iz okolnosti. U Načelima se naglašava da je zastupnik ovlašćen da preduzima sve potrebne radnje u datim okolnostima da bi se postigao cilj zbog kojeg je ovlašćenje dato. Predviđena je i treća mogućnost davanja ovlašćenja, odnosno smatraće se da je jedno lice dalo ovlašćenje za zastupanje tobožnjem (pretpostavljenom) zastupniku ako su izjave ili postupci tog lica naveli savesnu i razumnu drugu stranu da poveruje da je tobožnjem zastupniku dato ovlašćenje za radnju koju je izvršio.³ Ovde je reč o tzv. "očiglednom ovlašćenju" koje je preuzeto iz anglosaksonskog prava.⁴ Ovo ovlašćenje može postojati i paralelno sa izričitim ili prećutnim ovlašćenjem, ali će imati praktičnog značaja samo ukoliko ovlašćenje u stvarnosti nije dato. Ovaj oblik davanja ovlašćenja za zastupanje je predviđen u cilju zaštite trećih savesnih lica koja su se pouzdala u ponašanje zastupanog lica koje je ukazivalo na postojanje ovlašćenja za zastupanje. Najjasnija situacija za

¹ *Isto*, str. 164.

² *Isto*.

³ Vid. čl. 3:201 Načela evropskog ugovornog prava.

⁴ D. Marković Bajalović, *n. delo*, str. 166.

drugu ugovornu stranu postoji kada je ovlašćenje za zastupanje dato izričito. U slučaju sumnje da ovlašćenje postoji, Načela dozvoljavaju mogućnost drugoj ugovornoj strani da zahteva od zastupanog pismenu potvrdu ugovora ili ratifikaciju. Ukoliko zastupani bez odlaganja ne prigovori ili ne odgovori na zahtev, smatraće se da je zastupnik imao ovlašćenje za zastupanje.

U slučaju neposrednog zastupanja zastupnik može u vreme vršenja tih radnji drugoj strani saopštiti ime zastupanog, a može to učiniti i kasnije. Međutim, ukoliko zastupnik zaključi ugovor u ime zastupanog čiji identitet će kasnije otkriti, pa u razumnom roku nakon zahteva druge strane ne otkrije taj identitet, zastupnik će sam biti vezan ugovorom.¹ Ovo pravilo odgovara pravilu koje postoji u anglosaksonskom pravu gde postoje tri modaliteta zastupanja i to: 1) zastupanje imenovanog principala (*named principal*), koje postoji kada agent obelodani trećem licu postojanje i ime svog principala; 2) zastupanje neimenovanog principala (*unnamed principal*) koje postoji kada agent obelodani postojanje principala, ali ne i njegovo ime i 3) zastupanje neotkrivenog principala (*undisclosed principal*), o kome je reč ako agent ne obelodani postojanje principala.² Može se uočiti da, za razliku od anglosaksonskog prava i Načela evropskog ugovornog prava, Zakon o obligacionim odnosima u čl. 85 predviđa da je zastupnik dužan obavestiti drugu stranu da istupa u ime zastupanog lica, ali da će ugovor proizvoditi pravno dejstvo za zastupanog i drugu ugovornu stranu i kada on to ne uradi, ako je ta druga strana znala ili je iz okolnosti mogla zaključiti da on istupa kao zastupnik.

Kada je reč o posrednom zastupanju, pravni odnos nastaje između zastupnika i trećeg lica, ali se može neposredno uspostaviti pravni odnos između zastupanog i trećeg lica u slučaju stečaja zastupnika ili u slučaju da zastupnik ne izvršava svoje ugovorne obaveze. Indirektno (posredno) zastupanje po svom obliku odgovara komisionom poslu. U teoriji se ističe da se rešenje koje je predviđeno u Načelima nalazi na sredini između odbijanja kontinentalnih prava da dozvole uspostavljanje neposrednog odnosa između komitenta i trećeg lica i generalne slobode principala u anglosaksonskom pravu da uspostavi ovaj odnos.³ Ovo rešenje je još jedna potvrda namere sastavljača Načela da pronađu kompromis između različitih pravila koja postoje u ovim tipovima pravnih sistema.

U slučaju prekoračenja ovlašćenja za zastupanje ili delovanja bez ovlašćenja od strane zastupnika, prema Načelima, on će biti dužan da drugoj ugovornoj strani

¹ Čl. 3:203 Načela evropskog ugovornog prava.

² D. Marković Bajalović, *n. delo*, str. 177.

³ *Isto*, str. 180.

nadoknadi štetu na taj način što će je dovesti u onaj položaj u kom bi se ona nalazila da je on imao odgovarajuće ovlašćenje (tzv. pozitivni ugovorni interes),¹ osim ako je ta druga strana znala ili morala znati da zastupnik nema potrebno ovlašćenje. Za razliku od Landovih principa, većina kontinentalnih prava predviđa blaži režim odgovornosti zastupnika i obavezuje ga da nadoknadi samo negativni ugovorni interes, odnosno da savesnom trećem licu nadoknadi štetu koju je zbog toga pretrpeo i dovede ga u stanje u kome se prethodno nalazio. Prema Načelima, u slučaju prekoračenja granica ovlašćenja za nastalu štetu savesnoj drugoj ugovornoj strani odgovoran je samo zastupnik, dok Zakon o obligacionim odnosima u toj situaciji predviđa solidarnu odgovornost zastupnika i zastupanog.² Pravila o prekoračenju ovlašćenja zastupnika predviđena u Landovim principima su povoljnija za drugu ugovornu stranu u tom pogledu što predviđaju naknadu pozitivnog ugovornog interesa, a pravila iz Zakona o obligacionim odnosima bolje štite interese druge ugovorne strane u pogledu broja lica koja su odgovorna za naknadu štete. Razlika postoji i u pogledu postojanja sukoba interesa kod zastupnika³ jer u kontinentalnim pravnim sistemima zastupnik će tada moći da postupa samo izuzetno, ukoliko na taj način ne može naneti štetu interesima zastupanog, dok će prema evropskom ugovornom pravu ovakve radnje obvezivati zastupanog kada se nije njima usprotivio ako je za njih znao ili mogao znati.⁴ Očigledno je da su interesi zastupanog lica rešenjem koje postoji u kontinentalnim pravnim sistemima bolje zaštićeni jer se prema Načelima zahteva određena aktivnost zastupanog lica, tj. njegovo protivljenje radnjama zastupnika. Ukoliko im se ne usprotivi, a znao je za postojanje sukoba interesa, radnje zastupnika će ga obavezivati, čak i ako bi time bili povređeni njegovi interesi.

Na evropskom nivou posmatrano, veliki značaj imaju i trgovinski zastupnici čiji je položaj i odnos sa principalom regulisan Direktivom br. 86/653/EEZ⁵ od 18.12.1986. godine koju je usvojio Savet EZ u cilju ujednačenja različitih pravila na evropskom tlu. Direktive (uputstva) su pravni akti koji obavezuju države članice na koje su adresirani u pogledu cilja koji treba ostvariti, ali je adresatima

¹ Isto, str. 167.

² Vid. čl. 87 st. 5. Zakona o obligacionim odnosima.

³ U čl. 3:205 Načela se pretpostavlja postojanje sukoba interesa kod zastupnika ako on istupa i kao zastupnik druge strane, kao i ako zaključi ugovor sam sa sobom u ličnom svojstvu.

⁴ O tome vid. u D. Marković Bajalović, *n. delo*, str. 179.

⁵ Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriSrv.do?uri=CELEX:31986L0653:EN:NOT>, posećena 23. 06. 2013. godine.

ostavljena sloboda u pogledu izbora oblika i sredstava njihovog sprovođenja u život, odnosno izvršenja.¹ Uputstva zbog takve svoje prirode predstavljaju pogodne instrumente za regulisanje ove materije, imajući u vidu potrebu harmonizacije pravnih pravila, sa jedne strane, i razlike u važećim pravilima u različitim pravnim sistemima na tlu Evrope, sa druge strane. U navedenoj direktivi trgovinski zastupnik se definiše kao samostalno zaposleno lice koje ima stalno ovlašćenje da pregovara o kupovini ili prodaji robe u korist drugog lica (principala, nalogodavca) ili da pregovara i zaključuje takve poslove u ime i za račun principala.² Trgovinski zastupnik mora imati stalno ovlašćenje za zastupanje, tako da se nalazi u stalnom poslovnom odnosu sa zastupanim. Za svoj rad zastupnik prima naknadu u vidu provizije, koja je određena procentualno ili fiksno. Ukoliko nije plaćen, ne smatra se trgovinskim zastupnikom u smislu Direktive 86/653.³ Stoga, može se zaključiti da se uputstvo neće primenjivati u svim onim slučajevima kada je reč o izvršenju jednog posla za drugo lice ili nekih povremenih poslova, odnosno ukoliko ne postoji stalna poslovna veza između njih, kao i ako za svoj rad zastupnik ne dobija određenu naknadu. S obzirom da se principal i zastupnik moraju nalaziti u stalnim poslovnim odnosima, ta veza između njih se zasniva na savesnosti i poštenju, uzajamnom poverenju i vođenju računa o interesima druge ugovorne strane.

Specifičnost kod trgovinskog zastupnika u pravu Evropske unije koja je predviđena u cilju zaštite njegovih interesa predstavlja njegovo pravo da zahteva korekciju visine provizije, ukoliko postiže veću korist za zastupanog nego što je njena visina. Izuzimajući to pravilo, može se zaključiti da između rešenja u pogledu trgovinskog zastupnika u pravu EU i u našem pravu nema velikih razlika.⁴ Veće razlike postoje kada je reč o regulisanju zastupništva u građanskopravnom prometu, imajući u vidu da se rešenja iz Landovih principa jednim delom zasnivaju i na specifičnim pravilima anglosaksonskog prava.

4. Zaključak

Ako se posmatra razvoj zastupništva kroz istoriju, može se uočiti da je ideja zastupanja i ljudska potreba za njom bila prisutna na različitim stupnjevima civilizacije i u različitim društvenim prilikama. Bilo je samo pitanje spremnosti i smelosti da se prihvati kao princip jer je postojao strah od nepoznatog i

¹ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 114.

² M. Vesić, "Zastupanje u pravu Evropske unije", u: *Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije, knjiga 2*, (ur. Stevan Lilić), Beograd, 2007, str. 190.

³ *Isto*, str. 191.

⁴ *Isto*, str. 196.

negativnih posledica koje može proizvesti. Takođe, za njeno prihvatanje i razumevanje je bio potreban i jedan drugačiji način razmišljanja, apstraktniji, sagledavanje postojećih problema sa više tačke gledišta, a ne samo traženje rešenja za konkretan problem. To su ukratko razlozi zbog kojih je zastupništvo, kakvo danas postoji, moglo nastati tek u novom veku, kada su teoretičari napravili podlogu za njegovo prihvatanje u ljudskoj svesti i građanskim zakonima.

Da je reč o nečemu apstraktnom i neopipljivom, govori veliki broj teorija koje na različite načine objašnjavaju njegovu suštinu. Da je reč o nečemu korisnom i potrebnom, govori njegova česta upotreba u pravnom prometu.

Veliku ulogu u formiranju ovog instituta je odigrala nemačka teorija koja je stvorila tzv. modernu koncepciju zastupništva, a koja je prihvaćena i u našem Zakonu o obligacionim odnosima. Zahvaljujući uticaju Labandove teorije, shvatanje zastupništva je danas prilično ujednačeno u kontinentalnom delu Evrope, ali ostaju razmimoilaženja sa rešenjima koja postoje u anglosaksonskom pravu, koja počivaju na teoriji identiteta. Radi nesmetanog odvijanja pravnog prometa, potrebno je u što većoj meri usaglasiti ta rešenja i to se čini pravilima koja donose organi EU. U njima se pokušavaju pomiriti razlike i pronaći kompromis između ova dva tipa pravnih sistema, usvajajući rešenja koja bi bila prihvatljiva za oba područja. Primetni su i naponi da se u Evropskoj uniji izvrši svojevrsna kodifikacija privatnog prava donošenjem posebnog Evropskog zakonika o privatnom pravu ili Evropskog građanskog zakonika.¹ Ova aktivnost vodi jedinstvenom regulisanju instituta zastupništva na tlu Evrope u dogledno vreme, a uspeh u tome bi za pravni promet bio od neprocenjivog značaja.

Danijela Kukuruzović*

The Institute of the Representation in the Theory and in the Law of the European Union

Summary

Owing to its abstraction, the institute of representation appeared in the legislation and in the law theory in its present form rather late. There are

¹ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 6.

* PhD student, Novi Sad..

essential differences between the regulation of this institute in the European continental law and in the Anglo-Saxon law and they come from the fact that this term developed from different theories in these areas. The biggest impact on its form in European continental law had the theory of German theorist Paul Laband, whereas this term developed from the identity theory in the Anglo-Saxon law. There is a fairly uniform regulation of this institute in continental Europe, but it is still quite different from the rules in common law. As regards the law of the European Union, EU authorities harmonized regulation of this issue. The representation is regulated by the Principles of European Contract Law in which there was made a compromise between the rules in these two legal areas. This paper comprises some theoretical explanations of this institute, with special reference to the two leading theories, as well as the rules relating to this issue in the law of the European Union.

Keywords: the representation, the theoretical explanations of the representation, the representation in the law of the European Union, the representation in the European continental law, the agency in the Anglo-Saxon law.

