

**СТУДЕНТСКА РЕВИЈА ЗА
ПРИВРЕДНО ПРАВО**

**STUDENT ECONOMIC
LAW REVIEW**

СТУДЕНТСКА РЕВИЈА ЗА ПРИВРЕДНО ПРАВО

Стручно-научни часопис студената

Правног факултета Универзитета у Београду

Издавач

Правни факултет Универзитета у Београду

Главни и одговорни уредник

Доц. др Татјана Јованић

Уредник

Марко Миленковић MA, LL.M.

Студент уредник за 2012/2013

Иван Ивановић

Студентска редакција

Слободан Тривић, Миљана Димитријевић, Бошко Балчаковић, Рада Мирић, Маша Мишковић, Јован Карановић, Невена Вучковић, Дина Прокић, Вања Ђуричић, Растко Павловић, Маја Добрић, Јована Веселиновић, Дејан Цоља

Издавачки савет

Professor Elisabetta Bergamini (University of Udine, Italy), Professor Chris Willett (University of Essex, the UK), Professor Lucian Bercea (University of Timisoara, Romania), Проф. др Мирко Васиљевић, Проф. др Светислав Табороши, Проф. др Стеван Лилић, Проф. др Зоран Томић, Проф. др Емилија Вукадин, Проф. др Владимир Павић, Проф. др Милена Јовановић-Затилла, Проф. др Драган Вујисић (Универзитет у Крагујевцу), Проф. др Добросав Миловановић, Доц. др Вук Радовић, Доц. др Душан Поповић, Доц. др Бојан Милисављевић, Доц. др Марко Давинић, Доц. др Марија Караникић Мирић, Доц. др Татјана Јевремовић-Петровић, Доц. др Бранко Радуловић, Доц. др Наташа Петровић Томић, Доц. др Милена Ђорђевић, Доц. др Мирјана Радовић, Асис. мр Светислав Костић, Доц. др Мирјана Дреновак Ивановић, Асис. Вук Цуцић, Асис. Јелена Лепетић, Асис. мр Зоран Васиљевић (Универзитет у Бања Луци), Асис. др Сандра Фишер-Шобот (Универзитет у Новом Саду), Доц. др Јасмина Лабудовић Станковић (Универзитет у Крагујевцу), Асис. мр Александар Мојашевић (Универзитет у Нишу)

Лектор за српски језик

Ивана Смолковић

Прелом и обрада

Досије студио

Дизајн насловне стране

Драгана Младеновић

Часопис можете бесплатно преузети са адресе:
www.selr.bg.ac.rs

Адреса редакције

Правни факултет Универзитета у Београду, Кабинет 120
Булевар краља Александра 67
11000 Београд
тел. 3027-600
e-mail редакције: selreview@gmail.com

STUDENT ECONOMIC LAW REVIEW

University of Belgrade Faculty of Law

Issuer

University of Belgrade Faculty of Law

Editor-in-chief

Tatjana Jovanić, PhD

Editor

Marko Milenković MA, LL.M.

Student Editor for 2012/2013

Ivan Ivanović

Editorial Board

Slobodan Trivić, Miljana Dimitrijević, Boško Balčaković, Rada Mirić, Maša Mišković, Jovan Karanović, Nevena Vučković, Dina Prokić, Vanja Đuričić, Rastko Pavlović, Maja Dobrić, Jovana Veselinović, Dejan Colja

Advisory Board

Professor Elisabetta Bergamini (University of Udine, Italy), Professor Chris Willett (University of Essex, the UK), Professor Lucian Bercea (University of Timisoara, Romania), Prof. dr Mirko Vasiljević, Prof. Dr Svetislav Taboroši, Prof. dr Stevan Lilić, Prof. dr Zoran Tomić, Prof. dr Emilija Vukadin, Prof. dr Vladimir Pavić, Prof. dr Milena Jovanović-Zatilla, Prof. dr Dragan Vujisić (University of Kragujevac), Prof. dr Dobrosav Milovanović, Doc. dr Vuk Radović, Doc. dr Dušan Popović, Doc. dr Bojan Milisavljević, Doc. dr Marko Davinić, Doc. dr Marija Karanikić Mirić, Doc. dr Tatjana Jevremović Petrović, Doc. dr Branko Radulović, Doc. dr Nataša Petrović Tomić, Doc. dr Milena Đorđević, Doc. dr Mirjana Radović, Asis. mr Svetislav Kostić, Doc. dr Mirjana Drenovak Ivanović, Asis. Vuk Cucić, Asis. Jelena Lepetić, Asis. mr Zoran Vasiljević (University of Banja Luka), Asis. dr Sandra Fišer-Šobot (University of Novi Sad), Doc. dr Jasmina Labudović Stanković (University of Kragujevac), Asis. mr Aleksandar Mojašević (University of Niš)

Layout

Досије студио

Front cover design

Dragana Mladenović

The Journal may be downloaded from the Internet at
www.selr.bg.ac.rs

The address of the Editorial Board

University of Belgrade Faculty of Law, Office 120
Bulevar kralja Aleksandra 67
11000 Belgrade, Serbia
Tel. + 381 11 3027 612
e-mail selreview@gmail.com

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ

- Laura Ratniece*
9 Приказ економске анализе одређених питања у вези са правним односом између купца и продавца према CESL-у
- Nataša Kolavčič*
18 Европски механизам (не)стабилности
- Иван Ивановић*
24 Cloud Computing – спорна правна питања у светлу нове ЕУ стратегије
- Филип Благојевић*
30 Проширење арбитраже на непотписнике
- Растко Павловић*
33 Делотворност европског патентног система као механизма регулације софтверске индустрије
- Мирјана Михајловић*
40 Анализа споразума Европске уније и Сједињених Америчких Држава о обради података о финансијском промету
- Маја Добрић*
52 Компаративни поглед на одлуке највиших судова Србије, Велике Британије и Сједињених Америчких Држава о примени конформног метода обрачуна затезне камате
- Виолета Вековић Тулафић*
65 Заштита права мањинских акционара и принцип једнаког третмана
- Крстић Никола*
70 Злоупотреба инсајдерских информација на тржишту капитала
- Јована Брашић*
86 Имплементација Директиве о уговорима о потрошачком кредиту у нашем законодавству

ПРИКАЗИ

- Душан Радовановић*
96 Приказ одлуке Уставног суда Србије о конформном методу законске затезне камате
- Лидија Мандић*
100 Усвојен Закон о заштити пословне
- Илија Влашковић*
104 Директива ЕУ о неправичним одредбама у потрошачким уговорима и њена примена у Републици

STUDENT ARTICLES

- 9 *Laura Ratniece*
Who Does the CESL Protect in B2B Transactions? – An Insight In the Economic Analysis of Certain Issues, Related to the Legal Relationship Between a Buyer and a Seller Pursuant to the CESL
- 18 *Nataša Kolavčič*
The European (IN)stability Mechanism
- 24 *Ivan Ivanović*
Cloud Computing – Legal Issues in the Light of New EU Strategy
- 30 *Filip Blagojević*
The Extension of an Arbitration Agreement to Non-Signatories
- 33 *Rastko Pavlović*
Efficiency of the European Patent System as a Regulatory Mechanism For the Software Industry
- 40 *Mirjana Mihajlović*
Analysis of the Agreement Between the European Union and the United States of America on the Processing of Financial Messaging Data
- 52 *Maja Dobrić*
A comparative view on the decisions of the highest courts of Serbia, UK and the USA on the implementation of the compound method of calculating interest rates
- 65 *Violeta Veković Čulafić*
Protection of Minority Shareholders and Principle of Equal Treatment
- 70 *Krstić Nikola*
Misconduct of Insider Information in Capital Market
- 86 *Jovana Brašić*
The Implementation of the Directive 2008/48/EC on Credit Agreements for Consumers

LEGISLATIVE REVIEWS

- 96 *Dušan Radovanović*
Review of Decision of the Constitutional Court of the Republic of Serbia on the conformal method of penalty interest rate calculation
- 100 *Lidija Mandić*
The Law on the Protection of trade secrets was adopted
- 104 *Ilija Vlašković*
Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts and its implementation in Serbia

СТУДЕНТСКИ РАДОВИ
STUDENT ARTICLES

WHO DOES THE CESL PROTECT IN B2B TRANSACTIONS? AN INSIGHT IN THE ECONOMIC ANALYSIS OF CERTAIN ISSUES, RELATED TO THE LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN A BUYER AND A SELLER PURSUANT TO THE CESL

Laura Ratniece, LL.M.
Riga Graduate School of Law

The aim of this article is to find out, which of the parties – the seller or the buyer – the CESL protects more in the B2B transactions. In order to achieve the aim, the author has given an insight in the legal relationship between a buyer and a seller from the viewpoint of the economic analysis of law. The author has focused on the main aspects of the relevant regulation of the CESL, related to the 1) contract formation; 2) burden of proof; 3) duty to inspect the goods; 4) remedies, which help to characterize and analyse the legal relationship between the parties of a sales contract.

Key words: efficiency, transaction costs, legal certainty, risks, CESL, cross-border transactions

*„Law needs economics to understand its behavioural consequences, and economics needs law to understand the underpinnings of markets.“**

1. Introduction

On October 11th 2011, the European Commission proposed a new regulation – „Common European Sales Law“ (CESL), at the same time indicating that „[t]he optional Common European Sales Law will help to break down the trade barriers (...)“.¹ The European Commission has researched that nearly 99 percent of the companies, registered in the European Union (EU), cannot afford to trade across the EU borders because selling abroad means adapting sales contracts for up to 26 different legal systems.² Thus, it can be concluded that the CESL proposal was created, *inter alia*, to increase trade among merchants in the territory of the EU.

* R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics, sixth edition*, Boston, Pearson Education, Inc., 2011, p. 9.

1 See: „Common European Sales Law to boost trade and expand consumer choice“. Available on http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm, (15.12.2012).

2 European Commission 2011. *A Common Sales Law for Europe. General Fact sheet*. Available on http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm, (15.12.2012.).

CESL contains diverse legal rules: some can be related only to business to consumer (B2C) transactions, some regulate only business to business (B2B) transactions, and the rest can be applied to both B2C and B2B transactions. In this article the author will focus only to B2B transactions, as they are the main object of international commercial law.

As each sale transaction is carried out by two parties – a buyer and a seller, it is important to understand their legal relationship. If it is possible to determine, which of the parties is weaker and, thus, should be more protected, it is possible to evaluate the efficiency of the particular legal act, which regulates the particular legal relationship (transaction). The legal relationship between a buyer and a seller can be determined, by analyzing several legal issues, *inter alia*, from an economic perspective. As a result, it can be stated how the relevant regulation affects, for example, the allocation of risks among buyers and sellers, legal certainty and the transaction costs of parties, thus allowing to evaluate the overall efficiency of the transaction.

One of the most appropriate methods of research and analysis of this particular issue is the economic analysis of law. The economic analysis of law means „the use of economic principles and reasoning to understand legal materials“.³ Although the economic analysis of law provides several approaches and ways of research, in this article the main focus will be put to the efficiency and the increase of it as the main goal of commercial transactions and the proposal of the CESL as well. Additionally, it should be stated that the particular method of analyzing the legal rules from an economic perspective, is used from a lawyer’s, not economist’s view point. It means that the analysis should not be considered as the only right approach and outcome.

Before going to the analysis of the topic, few remarks should be devoted to the main concept of the article – the concept of efficiency.

3 G. P. Miller, „Law and Economics versus Economic Analysis of Law“, (2011) 19 *Am. Bankr. Inst. L. Rev. (American Bankruptcy Institute Law Review)* 459, at p. 459.

„For long time efficiency was defined simply as the ability to produce more at a lower cost.”⁴ However, nowadays the concept of efficiency has developed, and become more complex, and more widely applicable. Most commonly „efficiency” is associated to wealth maximization, stating that efficiency is then when „a judgment, an action, or a law enhances (...) wealth rather than utility.”⁵ That is the perspective of efficiency which will be used in this article. Regarding efficiency, last but not least it should be mentioned that: „It is widely taken for granted that an efficient approach is ipso facto superior to an inefficient one. The fastest way to eliminate a rival policy from the field is simply to brand it inefficient.”⁶ However, the author believes that it is possible to test efficiency of a legal act only then, when it has come into force and is practically applied. Therefore, as the CESL is just a proposal, there can only be academic attempts to analyze its efficiency, mainly by comparing the CESL with similar legal acts.

2. The CESL and B2B Transactions pursuant to the CESL

The CESL has been designed to be the applicable substantive law that can be chosen, when parties express their choice of law. It has been proposed by the EU Commission with a clear aim to „boost trade and expand consumer choice”⁷. The EU Commission has indicated that: „The optional Common European Sales Law will help kick-start the Single Market, Europe’s engine for economic growth. It will provide firms with an easy and cheap way to expand their business to new markets in Europe while giving consumers better deals and a high level of protection.”⁸ It allows concluding that the promotion of efficiency in cross-border commercial transactions is the central aim of the CESL.

4 „Symposium on Efficiency as a Legal Concern”, (1980) 8 Hofstra L. R. (*Hofstra Law Review*) 485 (1979–1980), at p. 486 [the author of the article has not been indicated].

5 A. Marciano, E.L. Khalil, „Optimization, Path Dependence and the Law: Can Judges promote Efficiency?” (2012) 32 Int’l Rev. L. & Econ. (*International Review of Law & Economics*) 72, at p. 72.

6 U. E. Reinhardt, „Reflections on the Meaning of Efficiency: Can Efficiency be Separated from Equity?”, (1992) 10 Yale L. & Pol’y Rev. (*Yale Law and Policy Review*) 302, at p. 302.

7 See: European Commission – Press release „European Commission proposes an optional Common European Sales Law to boost trade and expand consumer choice”. Available online: http://ec.europa.eu/justice/contract/files/common_sales_law/i11_1175_en.pdf (last visited 5 January, 2013.).

8 Ibid.

The CESL is an optional regime, into which parties have to expressly opt-in.⁹ Such approach is contrary to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (the CISG), which is directly applicable, if one of the parties has its habitual residence in a country which is a member state of the CISG or if conflict of law rules lead to the application of CISG member state’s law rules, unless the parties have expressly opted-out of it.¹⁰ One of the reasons of this difference is that from the very beginning the CESL has been designed as an optional legal instrument. Theoretically, it could have been proposed as the EU regulation with a direct effect¹¹. However, taking into consideration the content of the proposal, i.e., the fact that it contains substantive sales law, it can be admitted that most likely the EU member states would not have agreed to the complete unification of the sales law in such way. This sphere still is in a process of harmonization.

There are several arguments, why the CESL might seem to be a good choice of the applicable law in the B2B transactions. First of all, the CESL is equally accessible and understandable to both parties. It does not give any direct advantages to any of the parties. Also it contains legal rules that have been carefully selected and drafted, taking into consideration the latest researches and well established practices. However, that what is not so clear is the relationship between the CESL and CISG. Almost all EU member states (except Portugal, Ireland, the United Kingdom, and Malta) are member states of the CISG. Therefore, the CISG could also be equally well applicable to cross-border transactions in the EU. Moreover, as most of the legal rules of the CISG and the CESL, regulating the B2B transactions, are rather similar, it is not so clear, why two almost identical regulations are needed.

At the same time there are several arguments against the application of the CESL to B2B transactions. That what might prevent traders from choosing the CESL, is the non-existing practice. Indeed, it might take years until the first judgments related to the CESL will be available.

9 R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, p. 30.

10 See I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) third edition*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 29–47.

11 With few exceptions the EU regulations are mandatory and directly applicable in all EU member states. For more information regarding the forms of the EU law see: N. Foster, *EU Law, third edition*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 97–119.

And then another significant time period will be needed for establishing a permanent and unified interpretation of some of the issues, included in the CESL.

To sum up, it can be said that certainly the existence of the CESL and ability to choose it as the applicable law for B2B transactions might facilitate cross-border sales transactions. However, currently the CESL has been analyzed only in an academic level. Therefore, its practical use remains unclear and uncertain.

Before going into the analysis of the legal relationship between a buyer and a seller, it is necessary to determine the characteristics of a B2B transaction, *inter alia*, stating who can be the parties in such transaction. As it has been previously mentioned, B2B means „business to business“. So B2B transactions in other words can be called commercial transactions, in which the parties are commercial entities, and none of the parties is a consumer. However, it should be clarified that the term „commercial entity“ does not necessarily in all cases mean a legal entity. In certain situations also private individuals can be treated as commercial entities.

The article 7(1) of the Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law states that the CESL can be applied only if the seller is a trader. If both parties are traders, then the CESL may be used if „at least one of those parties is a small or medium-sized enterprise (SME)“. Pursuant to the article 7(2) of the CESL an SME is a trader which employs less than 250 employees, and has an annual turnover which does not exceed 50 million euros, or an annual balance sheet which does not exceed 43 million euros. The reason for such regulation is that „SME protection belongs to the widely recognized policies of the Union in the context of the international trade“.¹² This is a very important aspect that has to be taken into consideration, when analyzing the relevant legal norms of the CESL. Namely, the intention to protect SMEs can be indirectly noticed in several legal norms of the CESL.

All B2B transactions (and thus also the legal relationships) are based on a contract. Indeed, the CESL cannot be applied if there is no contractual relationship related to the sale of goods that should be regulated. Assuming that the CESL is the applicable law for the legal relationship

between a buyer and a seller, it is clear that the CESL has to contain rules that can be enforced. Moreover, the CESL has to contain rules, which does not directly benefit either of the parties. It has been stated that: „In the language of law, a contract is fair when the value of the promise is proportional to the value of the consideration.“¹³

There are four basic values of a legal order: 1) certainty, 2) consistency, 3) stability, and 4) predictability.¹⁴ When analyzing the relevant rules of the CESL and the legal relationship between buyers and sellers, these values should be taken into consideration and used as one of the criteria for assessing the efficiency of legal norms.

3. An Insight in the Legal Relationship between a Buyer and a Seller pursuant to the CESL

The term „legal relationship“ within the framework of this article means the mutual balance and interaction of the rights and duties of a buyer and a seller. As the market of international sale of goods is not perfect, for example, there exists informational asymmetry¹⁵, also buyers and sellers are not in an equal position in their sales transaction. Therefore, it is necessary to analyze how the particular legal rules affect the existing imbalance of the parties and whether they help to decrease this imbalance, or, the other way round, increase it even more.

The legal relationship of a buyer and a seller in a sales contract can be analyzed from many perspectives. In this article the author has chosen to look at few basic issues: 1) contract formation; 2) burden of proof; 3) duty to inspect the goods; 4) remedies. By analyzing the previously mentioned legal aspects, it is possible to get an overall insight in the legal relationship between a buyer and a seller pursuant to the CESL.

In order to have a more detailed analysis, additionally to the economic perspective (transaction costs, allocation of risks and legal certainty), the CESL regulation of the above mentioned legal tools, *inter alia*, will be compared also to the CISG and national laws of the EU member states.

13 R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics, sixth edition*, Boston, Pearson Education, Inc., 2011, p. 279.

14 M. Reimann, *Conflict of Laws in Western Europe, A Guide Through the Jungle*, New York, Transnational Publishers Inc., 1995, p. 12–17.

15 „When sellers know more about a product that do buyers, or vice versa, information is said to be distributed asymmetrically in the market.“ See: R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics, 3rd edition*, Addison-Wesley, 2000, p. 43.

12 R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, p. 53.

3.1. Contract formation

The basis of the legal relationship between a buyer and a seller is the sales contract, concluded between them. Therefore, the first logical step is the analysis of the relevant contract formation rules.

Pursuant to article 6 of the CESL a sales contract may be concluded by all means, and it does not require any particular form, unless stated differently in the CESL. It means that the contract does not have to be written; it can also be concluded orally (for example, via Skype) or even by direct actions of the parties (for example, the seller sends goods and invoice, and the buyer accepts the goods and pays the invoice).

In the legal theory it has been admitted that: „Freedom from formal requirements is also important in international sale of goods transactions.”¹⁶ There is no doubt that each additional action or duty that the parties have to carry out, increases the transaction costs and, thus, may also decrease the overall efficiency of the transaction. Drafting a contract is related to additional legal and administrative costs, which can be saved if the contract does not necessarily have to be in a written form. Moreover, the lack of mandatory requirement of a written contract also saves time. Nowadays, international sales transactions happen very fast. If the parties were obliged to conclude a written agreement for each of their transaction and for each needed amendment, the efficiency of their transaction would certainly decrease. Drafting an agreement, agreeing upon its terms and their formulations and at the end collecting the signatures take time.

If from the perspective of transaction costs it can be concluded that the article 6 of the CESL is efficient, then a slightly different conclusion might be, if the same legal norm is analyzed from the perspective of allocation of risks. There is no doubt that a written contract gives additional safety, because it is a direct and almost undisputable proof of the agreed terms of the particular legal relationship. Therefore, the situation that there is no written evidence of the contractual relationship might increase the risks; change the allocation of them, thus affecting the transaction as such.

Usually it is assumed that parties of a commercial transaction are risk-neutral, i.e., they do not see any risk affected difference between their choices and possible outcomes.¹⁷ The same can be said about the sales transaction pursuant to the CESL. Parties – traders – are neither risk seeking, nor risk-averse.

16 I. Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) third edition*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 205.

17 R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics, 3rd edition*, Addison-Wesley, 2000, p. 47.

If a sales contract is not in a written form, the main risk is that one of the parties might fail to fulfill any of its obligations or might even deny existence of such contract. However, at the moment of concluding the contract, such risk is equally allocated – there is a risk that both parties might fail to perform their duties.

Although the CESL contains a flexible regulation regarding the contract formation, it should be born in mind that several issues still require a written form. For example, if the parties wish to solve their disputes in a court of arbitration, then most of jurisdictions require that the arbitration clause has been written and signed.¹⁸

Article 6 of the CESL complies with the article 11 of the CISG. The latter is a predecessor of the relevant regulation of the CESL.¹⁹ This factor can be used as evidence that the article 6 of the CESL can be considered as efficient, because it contains already widely accepted and used regulation.

The relevant regulation regarding the contract formation can be admitted as efficient. It provides flexibility and ability to react fast if there is such need.

3.2. Burden of proof

In total the CESL contains four articles, where the burden of proof has been mentioned.²⁰ However, after having looked at their content, it can be concluded that they regulate the burden of proof issues only in B2C transactions. Thus, it is unclear who bears the burden of proof in B2B transactions.

As the same is with the CISG regulation, i.e., the CISG does not really regulate the burden of proof issues either, the conclusions of scholars related to the CISG can be transplanted to the analysis of the CESL. The opinions are not unambiguous: some authors think that, as CISG does not govern it, domestic law should be applied. Others at the same time indicate that the problem could be solved by applying *lex fori*, taking into consideration that the burden of proof is a question of procedural law.²¹

Indeed, as the burden of proof is a question of procedural law, then the particular laws of the jurisdiction, in which the CESL is applied,

18 See, e.g., article 492(1) of the Civil Procedure Code of the Republic of Latvia. Available online: <http://www.likumi.lv/doc.php?id=50500> (last visited 5 January 2013.).

19 R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, p. 103.

20 See articles 21, 26, 41(5), 85(a).

21 F. Ferrari, *Burden of Proof under the CISG*. Available on <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html>, 27.12.2012.

most likely will be used. Although at the first moment it might seem to be uncertain, because most likely parties are not aware of each other's national procedural law rules, they can agree upon the jurisdiction, when concluding the sales contract, thus indirectly choosing the applicable procedural law rules. Moreover, parties may also agree to solve disputes in a court of arbitration and let the burden of proof be regulated by the relevant arbitration rules.

As well as pursuant to the CISG, also in the CESL the principle of *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* can be found.²² It means that the party, which claims something, has to prove it. This approach to the allocation of the burden of proof allows concluding that the transaction at the moment of proving becomes less efficient to the party that has to prove something. However, if at the end the expected result is achieved, then again the balance between the parties changes.

Burden of proof is directly connected to transaction costs: the party, who has to prove something, has to provide the evidence, and ensuring evidence costs either time, or other resources. However, there is a possibility that pursuant to national laws the party who wins the case may ask for remuneration of the litigation costs, which, *inter alia*, may include certain costs, related to gathering the evidence.²³

At the same time there is also risk that it will turn out to be impossible to prove something. For example, if a contract is concluded orally without witnesses, then it might be rather impossible to prove certain contractual terms, e.g. agreed date of delivery. Therefore, when concluding the contract and when performing it, parties all the time have to make sure that they will be able to prove their actions later. On the one hand such situation may decrease the legal certainty of the transaction, but on the other hand it requires professional attitude towards the transaction. Moreover, additional and higher responsibility is to be required from the buyers and sellers in the B2B transactions, because they are commercial entities and can be considered as informed (or more informed) market players. It means that they have to pay attention to every detail that may affect the outcome of the transaction, including the possible risks regarding the burden of proof. Moreover, they can be required to predict the possible risks and, therefore, by mutually negotiating contractual terms, allocate them in the most efficient way.

22 For further information see: F. Ferrari, *Burden of Proof under the CISG*. Available on <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html>, 27.12.2012.

23 See: article 44(1)(3) of the Civil Procedure Code of the Republic of Latvia. Available online at: <http://www.likumi.lv/doc.php?id=50500>, (01.01.2013.).

After having looked at some duties of the parties, it can be concluded that the buyer bears higher burden of proof. Particularly such assumption is based on the analysis of the relevant rules, regulating the buyer's duty to inspect the goods which is the subject of the analysis in the next chapter.

3.3. Time period of the duty to inspect the goods

The author would like to argue that the duty to inspect the goods is the core issue of the legal relationship between a buyer and a seller, which directly indicates the CESL's intention to protect the seller more than the buyer. Duty to inspect the goods by itself is important issue, which very often is the reason for disputes and litigations. As more than 50 percent of all cases, where the CISG has been applied, have dealt with quality standards of goods and the duty to inspect them,²⁴ it can be assumed that, when the CESL comes into force and is practically applied, the situation might be similar as it is currently with the CISG.²⁵

The importance of the duty to inspect the goods is there that the CESL by coming into the force will introduce a completely new and so far unknown regulation regarding the time limit, within which the buyer will have to inspect the goods. Therefore, it is worth looking more in details at this part of the legal relationship of a buyer and a seller.

The buyer's duty to inspect the goods is regulated by articles 121 and 122 of the CESL. Especially important is the first paragraph of the article 121, which states that: „In a contract between traders the buyer is expected to examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is reasonable not exceeding 14 days from the delivery of the goods (...)” Such regulation is contrary to the article 38(1) of the CISG, which states that: „The buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is practicable in the circumstances.” As it can be seen, the difference of time limits is obvious: on the one hand there is exact, precise time limit, expressed in days; on the other hand there is a flexible legal term that has to be interpreted in each and every case individually. Taking into consideration this difference, I will

24 I. Schwenzler, „Buyer's Remedies in the Case of Non-conforming Goods: Some Problems in a Core Area of the CISG”, (2007) 101 *Am. Soc'y Int'l L. Proc. (American Society of International Law Proceedings)* 416, at p. 416.

25 For more information about the economic analysis of the duty to inspect the goods see: Ratniece L., „An Economic Analysis of the Duty to Inspect the Goods pursuant to the CISG and CESL”, Riga, Riga Graduate School of Law, 2012, available online: <http://www.rgs.edu.lv/en/research-at-rgsl/publications/rgsl-research-papers/>, 03.03.2013.

analyse the possible impact on efficiency that might be created by the article 121(1) CESL.

Inspection of goods is always directly related to transaction costs. As the buyer has to provide the inspection procedure, he bears higher transaction costs than the seller does. Moreover, as the inspection procedure is a practical process, the costs, related to the inspection procedure, directly depend on the needed and used resources.

There is no doubt that there are a lot of different goods, which are daily sold all over the world. Some goods (for example, simple furniture or gardening equipment) can be inspected very fast and the inspection procedure does not require a lot of resources. However, at the same time there are more complex goods (for example, chemical substances or advanced technologies), which require a proper inspection procedure, which is more costly and time consuming. Therefore, it can be assumed that not all goods can be inspected in an equal time period.

Article 121(1) of the CESL draws a strict borderline (deadline) – 14 days – that cannot be exceeded. If a buyer fails to inspect the goods within two weeks, he loses the rights to indicate to possible defects.²⁶ This regulation leads to situations that buyers will have to use additional resources in order to manage to properly inspect the goods. Thus, the transaction costs of buyers will increase. In the author's opinion due to such a strict regulation parties might want to draft their contracts more thoroughly, by clearly stating all possible issues and risks, related to the examination procedure and agreeing upon each party's responsibility and liability. Nevertheless, still it can be admitted that even the most precise contractual terms could hardly equalize the imbalance, created by the article 121(1) CESL.

Next issue, that has to be looked at, is risks. If a buyer has to inspect the goods within 14 days, he bears a risk that he might leave some defects unnoticed. Moreover, if such defective goods are later sold to consumers, even more negative consequences may appear.

The CESL does not provide buyers with a possibility to extend the term, given for the inspection procedure. Therefore, no matter what type the goods are or what the quantity of the is, the buyer has to carry out the inspection procedure „within as short a period as is reasonable not exceeding 14 days from the delivery of the goods“.

The basis of the article 121(1) of the CESL can be found at the beginning of the last decade, when the

„Communication from the European Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law“ was published.²⁷ However, only on January 7th, 2010, the European Commission published the Green Paper on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law for Consumers and Businesses²⁸.

The Green Paper indicates several aims of the CESL: first, the need for the legal certainty; second, elimination of the obstacles, which prevent an efficient use of the Single market; and last but not least, the unification of sales law in the European Union. Article 121(1) of the CESL resembles all of these aims.

Indeed, the article 121(1) gives legal certainty and, thus, facilitates the use of the Single market. Also it offers one unified regulation. Therefore, traders do not have to negotiate upon applicable substantive law. From the perspective of legal certainty it can be admitted that the article 121(1) of the CESL is more certain than the article 38(1) of the CISG. However, at the same time it is not completely certain. If the particular legal norm is carefully and literally analyzed, then it turns out that it is not clear if the 14 days long time period applies to all cases and buyers can always rely on those two weeks. In other words, is there still a requirement for inspection within as a short period as it is reasonable? The author believes that this question will be answered only when the first judgments, related to this issue, appear.

When talking about the time limit for the inspection procedure and how the courts deal with application of the article 38(1) CISG, the author would like to mention the Court of Salzburg decision in the *Hydraulic Crane Case*²⁹, where the court stated that: „The length of the short period for examination pursuant to the article 38(1) CISG is to be determined considering the size of the buyer's company, the type of goods, their complexity or deleteriousness or their character as seasonal goods, the amount of goods sold, the effort required for examination, and so forth.“ This clearly shows the main characteristic of the article 38(1) CISG, i.e. its flexibility. When applying the article 121(1) CESL courts will not be able to refer to factual circumstances; they will have to strictly follow the precise term, stated in the article 121(1) CESL.

27 L. Smith, „The European Commission's Draft Common European Sales Law“, (2012) 15 No. 8 J. Internet L. (*Journal of Internet Law*) 16, at p. 16.

28 The European Commission, *Green Paper on Policy Options for Progress Towards a European Contract Law for Consumers and Businesses*. Available on: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:en:PDF>.

29 See the judgment of the District Court of Salzburg (2 February, 2005, unreported). Available on: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050202a3.html>, 03.03.2013.

26 However, it has to be stated that this principle is not absolute. In certain cases the buyer still can use his rights, even if the 14 days time period has been exceeded. See the article 122(6) of the CESL.

Another issue, which can be related to the legal certainty, is that the CESL regulation, regarding the buyer's duty to inspect the goods, is contrary not only to the CISG, but also to the many national regulations of the EU member states. It can be seen in the following table.³⁰

Country	Time period for the inspection procedure
Austria ³¹	Reasonable time
Bulgaria ³²	In the course of time as necessary in view of the circumstances
Czech Republic ³³	As soon as possible
Denmark ³⁴	As required by proper trade usage
Estonia ³⁵	Promptly
Finland ³⁶	As soon as is practicable in the circumstances
Ireland ³⁷	Not clearly stated, but reflects the concept of reasonability
Latvia ³⁸	As short period as possible
Slovakia ³⁹	As soon as possible
United Kingdom ⁴⁰	Not clearly stated, but reflects the concept of reasonability

30 The countries have been chosen, depending on the availability of the relevant regulation in the English language and its accessibility.

31 Commercial Code of the Republic of Austria – Unternehmensgesetzbuch (UGB). Available at: <http://www.jusline.at/index.php?cpid=ba688068a8c8a95352ed951ddb88783e&lawid=10&paid=377&mvpa=257,17.12.2012>.

32 Commercial Code of Bulgaria. Available at: http://www.fifoost.org/bulgarien/recht/en/commerce_law/node72.php,17.12.2012.

33 Commercial Code of Czech Republic – „Obchodní zákoník“. Available at: www.justiniano.com/codigos_juridicos/cheka/codigo_comercial.pdf,17.12.2012.

34 Danish Sales Act. Available at: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxweden.htm,17.12.2012>.

35 Law on Obligations. Available at: <http://www.legaltext.ee/et/andmebaas/tekst.asp?loc=text&dok=X30085K4&keel=en&pg=1&ptyyp=RT&tyyp=X&query=v%F5la%F5igusseadus,17.12.2012>.

36 Sale of Goods Act of Finland. Available at: <http://www.lexadin.nl/wlg/legis/nofr/eur/lxwefin.htm,17.12.2012>.

37 Ireland's Sale of Goods and Supply of Services Act, 1980. Available at: <http://www.irishstatutebook.ie/1980/en/act/pub/0016/index.html,17.12.2012>.

38 Commercial Code of the Republic of Latvia. Available at: <http://www.likumi.lv/doc.php?id=5490,17.12.2012>.

39 Commercial Code of Slovakia. Available at: www.cibs.sk/data/uploaded.../commercial_code_no_513_1991.pdf,17.12.2012.

40 Sale of Goods Act 1979. Available at: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54,17.12.2012>.

As it can be clearly seen, none of the EU member states, which relevant regulation has been looked at, contains precise (expressed in days) time period for the inspection period. There author believes that there might be several reasons for that. One of them could be direct transplantation of the relevant regulation from the CISG. For example in the Commercial Code of Latvia the regulation of commercial purchase transactions was introduced only at the beginning of 2010. As in that time Latvia had already joined the CISG, it is understandable that the national regulation was made similar to the CISG, in order to follow the demands of legal certainty and aims to harmonize sales law.

The fixed time period puts the buyer under additional pressure, which negatively impacts the transaction as such, and decreases its overall efficiency. The previously mentioned proves that, at least regarding the buyer's duty to inspect the goods, the CESL protects the seller more than the buyer.

3.4. Remedies

The CESL grants the parties wide range of remedies for the possible breach of a contract by the either party. Pursuant to the article 106 the buyer in general has the following remedies: 1) require of performance; 2) withhold the buyer's own performance; 3) terminate the contract; 4) reduce the price; 5) claim damages. However, pursuant to the article 106(2)(a) if the buyer is a trader his rights to exercise any remedy, except withholding of performance, are subject to cure by the seller.

At the same time pursuant to the article 131 of the CESL the seller has the following remedies: 1) require performance; 2) withhold the seller's own performance; 3) terminate the contract; 4) claim interest on the price or damages. Pursuant to the articles 106(6) and 131(4) remedies which are not incompatible may be cumulated.

Although the remedies are quite similar to both parties, there are some differences that change the balance between the parties. Namely, the article 106(2), which sets specific rules if the buyer is a trader (as it is in the B2B transactions), can be the reason for additional transaction costs for the buyer and disputes between the parties. For example, if the buyer wants to terminate the contract, he must inform the seller about that. Then pursuant to the article 116 of the CESL: „A buyer may terminate the contract before performance is due if the seller has declared, or it is otherwise clear, that there will be a non-performance, and if the non-performance would

be such as to justify termination.” However, at the same time pursuant to the articles 134 and 135 the preconditions for a seller to terminate the contract are less strict.

The role and importance of remedies has been stated as follows: „The economic function of contract remedies, then, is to alter the incentives facing the party who regrets entering into the contract, which will directly affect the probability of performance and indirectly affect the number and type of contracts people make, the level of detail with which they identify their mutual obligations, the allocation of risks between the parties, the amount they invest in anticipation of performance once a contract is made, the precautions they take against the possibility of breach, and the precautions they take against the possibility of a regret contingency.”⁴¹

„The general aim of damages for breach of contract is to put the claimant into as good a position as if the contract had been performed.”⁴² Pursuant to the article 131(1)(d) the seller is entitled to claim interest on the price or damages. However, the amount of possible interest has not been stated or limited. Moreover, „the seller may claim interest for the full range of the prescription period even where the buyer’s non-performance is permanently excused.”⁴³ This legal norm leads to assumption that such remedy does not comply with the economic function of remedies. In the author’s opinion remedies certainly help to equalize the relationship between contractual parties in case of a possible breach of contract. However, they should not put one party into a better position than it would be, if the contract were properly performed.

It is clear that by introducing strict remedies the legislator has tried to motivate both parties to act with good faith and voluntarily fulfill their contractual obligations. Such approach by itself can be justified, because the less disputes there are, the more efficient is the overall turnover of the goods, and, thus, the whole market situation is improved as well.

As it turns out that the buyer has to fulfill additional requirements, in order to be able to

use the remedies, again it can be concluded that the transaction costs of the buyer will be higher. Thus, it is proved that the CESL, regarding available remedies and the use of them, is more favorable to the seller, than to the buyer.

By researching buyer’s remedies, scholars have admitted that: „Specifically as regards B2B sales contracts, the approach of foreseeing rules that apply without distinction to any type of trader is questionable, taking into account that the objective of foreseeing an additional protection specifically for SMEs and the effectiveness of these rules remain to be proven in practice to account their non-mandatory nature.”⁴⁴

4. Conclusion

The CESL will provide traders with an optional regulation for cross-border sales transactions. It is meant to be a substantive law, directly applicable to the sales contracts, if the parties have expressly chosen it. The EU Commission has anticipated that the new regulation will increase trade within the EU and, thus, will help to develop the economies of the member states.

A brief analysis from the economic perspective of the relevant CESL legal norms, regulating the contract formation, burden of proof, time period for the duty to inspect the goods and remedies, allows having an insight into the legal relationship between a buyer and a seller under the CESL. It shows that the legal relationship between a buyer and a seller is in imbalance, i.e., due to several reasons, including market failure, parties cannot be considered as equal.

The freedom of the contract form can be admitted as efficient and promoting cross-border trade. Indeed, the lack of a mandatory requirement of a written form allows parties to be more flexible and does not unnecessarily increase their transaction costs. Although it raises additional risks, these risks are equally allocated between parties, and parties by themselves can choose any appropriate means how to decrease those risks.

Issues, related to the burden of proof, are not directly regulated by the CESL. Therefore, in case on necessity, parties will be dependent on the relevant *lex fori* law rules, as the burden of proof is a question of procedural law. As there are more possible situations in which the buyer might have

41 P. G. Mahoney, „Contract remedies: general” in G. de Geest (ed.), *Contract Law and Economics*, volume 6, *Encyclopedia of Law and Economics*, second edition, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Inc., 2011, p. 155–156.

42 P. Van Wijck, „Foreseeability” in G. de Geest (ed.), *Contract Law and Economics*, volume 6, *Encyclopedia of Law and Economics*, second edition, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, Inc., 2011, p. 225.

43 R. Schulze (ed.), *Common European Sales Law (CESL) Commentary*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2012, p. 577.

44 Feltkamp R., Vanbossele F., „The Optional Common European Sales Law for European Contract Law: better Buyer’s Remedies for Seller’s Non-performance in Sales of Goods”, published in *European Review of Private Law*, Vol.19, No.6, 2011, p. 905.

to prove something, it can be admitted that the buyer bears higher burden of proof.

The buyer's duty to inspect the goods is one of the core elements, which help to describe and analyze the legal relationship between a buyer and a seller. The relevant legal norms of the CESL clearly show that the regulation of the duty to inspect the goods, regarding the time limit for the inspection procedure, is intended to protect the seller more than the buyer.

The precise time limit, expressed in days, may be considered as increasing legal certainty, but at the same time it increases the risks and transaction costs of the buyer. Moreover, such regulation is contrary not only to the relevant regulation of the CISG, but also to many national regulations of the EU member states. That might be another reason why the parties would not be willing to choose the CESL as the applicable law to their contractual relationship.

The analysis of the possible remedies of the parties show that, although the remedies are quite equal, the buyer has to deal with additional requirements, in order to be able to use the remedies. These additional requirements can also be admitted as ones who may increase the transaction costs of the buyer, thus increasing the already existing imbalance between a buyer and a seller.

The overall conclusion of this article is that the CESL in B2B transactions protects the sellers more. I believe that there might be at least three reasons for that: 1) as one of the parties of a B2B transaction must be a SME, then by creating a seller-favourable regulation the EU has tried

to facilitate commercial activities (wish to sell and, thus, also produce, and actively take part in the market) particularly of SMEs; 2) it has been assumed that by supporting the sellers the amount of transactions will increase; 3) as the CESL also regulates B2C transactions, in which undoubtedly the buyer is the one who is protected more, the EU has tried to equalize the balance of the regulation.

Laura Ratniece, LL.M;
Riga Graduate School of Law

ПРИКАЗ ЕКОНОМСКЕ АНАЛИЗЕ ОДРЕЂЕНИХ ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ПРАВНИМ ОДНОСОМ ИЗМЕЂУ КУПЦА И ПРОДАВЦА ПРЕМА CESL-у

Циљ овог чланка је да открије која од уговорних страна – купац или продавац – ужива већи степен заштите према CESL-у у трансакцијама између привредноправних субјеката. Да би тај циљ био постигнут, аутор је указао на правни однос између купца и продавца из перспективе економске анализе права. Аутор се фокусирао на главне аспекте релевантних одредаба CESL-а, које се односе на: 1) форму уговора, 2) терет доказивања, 3) обавезе провере у којем је стању роба, 4) правне лекове (приговоре), који помажу у карактеризацији и анализи правног односа између уговорних страна купопродајног уговора.

Кључне речи: ефикасност, трансакциони трошкови, правна сигурност, ризици, CESL, трансакције са елементом иностраности

THE EUROPEAN (IN)STABILITY MECHANISM

**Nataša Kolavčič, Senior undergraduate
European Faculty of Law in Nova Gorica,
Slovenia**

Nowadays fighting the global crisis has become the most popular global sport and it is also played by the European Union. In order to revitalize the European economy and prevent further extension of the debt crisis, the aim of the EU was to adopt different „austerity rules“ which would balance the member-state budgets and safeguard the eurozone’s financial stability. Closely linked with the Fiscal Compact, the European Stability Mechanism (ESM) is one of those main anti-crisis measures. It was inaugurated on October 8th2012, and its purpose was to provide stability support through a number of financial assistance instruments to euro area Member States which are experiencing, or are threatened by, severe problems in financing. Despite the fact that the ESM was planned as a permanent firewall mechanism to safeguard the eurozone’s financial stability, revitalize the European economy, reinforce the European Single Market and restore the confidence in the EMU, it was (and still is) subject to many negative remarks and criticisms. The following paper tries to make an overview of the ESM, point out its basic characteristics, evidence its legal nature, indicate the main reasons for its establishment and disclose some leading doubts and criticisms teeming among eurosceptics regarding the effectiveness and necessity of the ESM.

Keywords: European Stability Mechanism, debt crisis, European Union, austerity rules, eurozone financial stability, Fiscal Compact

Introduction

Since the collapse of the United States housing bubble we are facing the stretching consequences of the *financial crisis virus* which affected financial stability worldwide. As a result, fighting the global crisis has nowadays become the most popular *global sport* and it is played also by the European Union (hereinafter EU) and its Member States.

In order to overcome the European sovereign debt crisis and protect the Economic and Monetary Union (hereinafter EMU), the EU was forced to react quickly and adopt several rules to preserve its *sui generis* structure and the EMU as a whole. These rules concern the macroeconomic imbalances framework and economic governance.

The sovereign debt crisis of the euro can be described as a symptom of policy failures and a deficit of fiscal policy coordination among Member

States.¹ The crucial problems that the crisis has brought are *inter alia* the high levels of sovereign, household and corporate debt, the absence of a growth strategy, overlarge banks driven by dangerous trends in *capital markets banking* and the extreme differences in competitiveness within the eurozone. Moreover, the debt of several eurozone countries was downgraded by ratings agencies, which led to a crisis of confidence for European businesses and economies and shook the foundations of the EMU.²

Despite the fact that the debt crisis was most pronounced in only a few eurozone countries (e.g. Greece, Spain, Ireland, Portugal), the main aim of the EU was to adopt different *austerity rules* to prevent further extension of the debt crisis and save the EMU. Time showed that the idea of a solid European Banking Union with a Single Supervisory Mechanism³ and a permanent stability mechanism, such as the ESM, can significantly contribute to restoring the confidence to the EMU (as well as eurozone’s banks), ensuring the solidity and reliability of the banking sector and finally solving the euro debt crisis.⁴

Moving towards a Genuine EMU and the Role of the ESM

The unique structure of the EMU is based on two separate pillars: the monetary pillar, with the independent and price-stability oriented European Central Bank (hereinafter ECB) and the fiscal pillar, with no supervisory infrastructure and oriented towards fiscal discipline. Due to its specific nature, the regular functioning of the EMU requires that national governments ensure

- 1 L. Schuknecht et al., The stability and growth pact– Crisis and reform, European Central Bank, available at: <http://www.ecb.int/pub/pdf/scpops/ecbocp129.pdf>, (20.6.2013), p. 7
- 2 A. Blundell-Wignall, Solving the Financial and Sovereign Debt Crisis in Europe, OECD Journal:financial markets trends, Volume 2011/2 available at: <http://www1.oecd.org/finance/public-debt/49481502.pdf>, (20.6.2013), p. 1
- 3 For further readings on European banking Union and Single Supervisory Mechanism see S.Vermeille, European Banking Union, Norton Rose Fulbright, available at: <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/77882/european-banking-union>, (20.6.2013)
- 4 J. Pisani-Ferry et al., What kind of European Banking Union?, available at: <http://www.bruegel.org/publications/publication-detail/publication/731-what-kind-of-european-banking-union/>, (20.6.2013), p. 3

the sustainability of their own public finances, the competitiveness of their own national economies and the stability of their financial systems.⁵

Before the crisis, due to lack of economic policy coordination between the monetary and fiscal policies within the EMU, the EU designed some „fiscal rules“ in order to strengthen fiscal discipline among eurozone Member States and reinforce the EMU. These rules were set down in the Stability and Growth Pact (hereinafter SGP). However, the debt crisis showed that those rules were not enough to guarantee a solid and balanced EMU and therefore an effective solution was needed.

The ambition to move towards a stronger economic union, including more efficient fiscal rules and strengthened economic policy coordination within the euro area, gave birth to the TSCG⁶ and the ESM (TESM).⁷

To better understand the role of the ESM, we have to take a closer look at the TSCG, also known as *Fiscal Compact*. It is an intergovernmental treaty introduced as a new and stricter version of the previous SGP. Conceived in December 2011 and signed on 2 March 2012, the TSCG entered into force on 1 January 2013. The aim of the new TSCG is to strengthen fiscal discipline in the euro area through a *balanced budget rule* and an *automatic correction (stability) mechanism* set by the preventive arm of the SGP.⁸ In other

words, the fiscal provisions introduced by the Fiscal Compact are just an extension of the SGP regulation.⁹ As explained below, the TSCG and the TESM are complementary. It is acknowledged and agreed that granting financial assistance under the ESM will be conditional on the ratification of the TSCG.

On the other side, the ESM was meant to be a permanent firewall, providing protection to the eurozone's common currency and instant access to financial assistance programs to those eurozone Member States in financial difficulty. The creation of the ESM has been motivated by three main considerations:

1. external shocks in euro area countries might lead to a crisis of confidence and the destabilization of the eurozone and the EMU
2. possible market failures in the financial sector of one euro area country and the subsequent contagion of the entire eurozone
3. credible and predictable crisis responses in euro area countries are needed.¹⁰

Some other arguments explaining the origin of the ESM can be found in the time-bound road map for the achievement of a genuine EMU, which was developed in June 2012 by the President of the European Council in collaboration with the President of the Commission, the President of the Eurogroup and the President of the ECB. Three main stages have been determined:

1. Ensuring fiscal sustainability and breaking the link between banks and sovereigns (end 2012–2013)
2. Completing the integrated financial framework and promoting sound structural policies at national level (2013–2014)
3. Establishing an EMU country-specific shock absorption function (post 2014).¹¹

The completion of the first stage should ensure sound management of public finances and break the link between banks and sovereigns, which had been one of the root causes of the

available at: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/134543.pdf, (20.6.2013)

5 A pledge to limit deficit and debt levels of Member States was *inter alia* set by Maastricht criteria for EU Member States as a condition to enter EMU and adopt the euro as their currency.

6 Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary union between the Kingdom of Belgium, The Republic of Bulgaria, The Kingdom of Denmark, The Federal Republic of Germany, The Republic of Estonia, Ireland, The Hellenic Republic, The Kingdom of Spain, The French Republic, The Italian Republic, The Republic of Cyprus, The Republic of Latvia, The Republic of Lithuania, The Grand Duchy of Luxembourg, Hungary, Malta, The Kingdom of the Netherlands, The Republic of Austria, The Republic of Poland, The Portuguese Republic, Romania, The Republic of Slovenia, The Slovak Republic, The Republic of Finland and The Kingdom of Sweden, (TSCG), also known as „Fiscal Compact“, available at: http://www.eurozone.europa.eu/media/304649/st00tscg26_en12.pdf, (30.12.2012)

7 Treaty establishing the European Stability Mechanism between The Kingdom of Belgium, The Federal Republic of Germany, The Republic of Estonia, Ireland, The Hellenic Republic, The Kingdom of Spain, The French Republic, The Italian Republic, The Republic of Cyprus, The Grand Duchy of Luxembourg, Malta, The Kingdom of the Netherlands, The Republic of Austria, The Portuguese Republic, The Republic of Slovenia, The Slovak Republic and The Republic of Finland, (TESM), available at: http://www.esm.europa.eu/pdf/esm_treaty_en.pdf, (30.12.2012)

8 For further reading on TSCG see Council of the European Union, Fiscal compact enters into force, press release,

9 Council of the EU, available at: <http://www.consilium.europa.eu/homepage/highlights/fiscal-compact-enters-into-force-on-1-january-2013?lang=sl>, (20.6.2013)

10 The European stability mechanism, ECB Monthly Bulletin, available at: <http://www.ecb.int/pub/pdf/mobu/mb201107en.pdf>, (20.6.2013), p. 73–74

11 See H. Van Rompuy et al., Report „Towards a genuine economic and monetary union“, available at: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/134069.pdf, (20.6.2013), p. 4–18

sovereign debt crisis. This stage includes five essential elements,¹² one of which is „setting up of the operational framework for direct bank recapitalisation through the European”—so called—“Stability Mechanism” (ESM).

It can be concluded that the ESM was designed as an *ultima ratio* mechanism to safeguard the EMU against imbalances caused by the overcoming of financial adversities in individual Member States.¹³

Legal Framework for the ESM

First steps towards financial stability were made in December 2010 by reaching an agreement to amend Art. 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)¹⁴ in order to establish a permanent mechanism which will provide financial assistance to eurozone countries. In March 2011, the European Council adopted the Decision 2011/199/EU to amend Art. 136 of the TFEU¹⁵ using the simplified revision procedure in Art. 48(6) of the Treaty of the European Union. The following paragraph was added to Art. 136: „The Member States whose currency is the euro may establish a stability mechanism to be activated if indispensable to safeguard the stability of the euro area as a whole. The granting of any required financial assistance under the mechanism will be made subject to strict conditionality.” As indicated by Art. 2 of the Decision, the amendment will enter into force on 1 January 2013, but only if all 27 EU member states have completed their ratification before this date. This amendment not only authorizes the eurozone countries to establish a treaty-based stability mechanism but also incorporates the ESM into primary EU law.¹⁶ As a result, some doubts regarding the ESM arose which questioned the legality and necessity of establishing such a mechanism before the TFEU amendment enters into force.¹⁷ Hence, there was an Irish referendum

on the Fiscal Compact and ESM and a Judgment of the German Constitutional Court referring to the applications for the issue of temporary injunctions aiming at preventing German ratification of the TFSM and the Fiscal Compact.¹⁸ Some doubts were clarified in November 2012 by the European Court of Justice ruling that „the right of a Member State to conclude and ratify the ESM Treaty is not subject to the entry into force of the TFEU amendment.”¹⁹

Consequently, signed by euro area Member States on 2 February 2012, the TFSM entered into force on 27 September 2012. It gave birth to the ESM which was inaugurated on 8 October 2012. The first version of the treaty was signed in July 2011, but it was subsequently modified to incorporate some further decisions made by euro area heads of state and government on 21 July and 9 December 2011.²⁰ These modifications were made to improve the effectiveness of the mechanism and also as a link to the TSCG in the EMU.

The connection between the TSCG and ESM is made out in the TFSM preamble, „...this Treaty and the TSCG are complementary in fostering fiscal responsibility and solidarity within the economic and monetary union...the granting of financial assistance in the framework of new programmes under the ESM will be conditional... on the ratification of the TSCG by the ESM Member concerned...”²¹ In addition, Herman Van Rompuy stressed that those treaties „...are both elements in the strategy to overcome the public debt crisis...” adding that „...from March 2013 any granting of financial assistance under the ESM will be conditional on ratification of the TSCG...and from one year after its entry into force...also on the implementation of a balanced budget rule...”²²

As a result, the ESM is established as an intergovernmental organisation under Public

12 For further analysis and more details see the *supra* Report „Towards a genuine economic and monetary union”.

13 TFSM Preamble, p. 3

14 Treaty on the Functioning of the European Union (OJ C 115/47 from 9.5.2008, hereinafter TFEU), available at: <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?uri=OJ:C:2008:115:SO M:EN:HTML>, (30.12.2012)

15 European Council, Decision 2011/199/EU of 25 March 2011 amending Article 136 of the TFEU with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro, (OJ L 91 from 6.4.2011), available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:091:0001:0002:EN:PDF>, (30.12.2012), p. 1

16 ESM is actually agreed just as an intergovernmental treaty outside of the EU framework.

17 The Irish Supreme Court decided to refer to the European court of justice for preliminary ruling questions concerning

the establishment of a permanent Stability Mechanism and the validity of TFSM ratification. M. Vasconcelos, The ESM Treaty entered into force, Sovereignty Bill, 2012, available at: http://www.europeanfoundation.org/my_weblog/2012/09/margarida-vasconcelos-the-esm-treaty-entered-into-force.html, (30.12.2012)

18 M. Vasconcelos, The ESM Treaty entered into force, Op. cit., p. 1

19 Judgment of the Court, 27 November 2012, Thomas Pringle v. Government of Ireland, Case C-370/12, available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=130381&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11445>, (29.12.2012)

20 Factsheet – ESM, available at: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/132734.pdf, (30.12.2012), p. 1

21 TFSM, Op. cit., p. 4

22 European Council, available at: <http://www.european-council.europa.eu/home-page/highlights/european-stability-mechanism-treaty-signed?lang=en>, (29.12.2012)

International Law as permanent crisis resolution mechanism for the countries of the euro area.²³ Its membership is open to all eurozone Member States, and other non-eurozone countries can participate as observers. As arises from Art. 32 TESM, the ESM has a „full legal personality“ and „legal capacity to acquire and dispose of movable and immovable property, to contract or to be a party to legal proceedings“. The ESM, its property, funding and assets, shall enjoy immunity from every form of judicial process. Therefore it can „enter into a headquarter agreement...as necessary for ensuring that its legal status and its privileges and immunities are recognised and enforced“. Its purpose derives from Art. 3 TESM, which is „to mobilize funding and provide stability support under strict conditionality, appropriate to the financial assistance instrument chosen, to the benefit of ESM Members which are experiencing, or are threatened by, severe financing problems, if indispensable to safeguard the financial stability of the euro area as a whole and of its Member States“. In order to reach its purpose, the ESM will be „entitled to raise funds by issuing financial instruments or by entering into financial or other agreements or arrangements with ESM Members, financial institutions or other third parties.“

Rules of Operation of the ESM

The ESM will take over the tasks which are currently fulfilled by the European Financial Stability Facility (hereinafter EFSF²⁴) and the European Financial Stabilisation Mechanism (hereinafter EFSM²⁵). The ESM will operate alongside the EFSF for nine months and during the transitional period it will be the main instrument for the financing of new programmes, while the EFSF will remain active only in financing programmes started before the ESM entered into force.²⁶ The ESM will cooperate closely with the International Monetary Fund (hereinafter IMF) in providing stability support. Financing instruments defined by the TESM include „precautionary financial assistance“ (Art. 14), „loans to member states for recapitalisations of financial institutions“

(Art. 15), „loans“ (Art. 16) and „primary and secondary market support facilities (bond market purchases)“ (Arts. 17 and 18).

In March 2012 it was decided that the EFSF would continue to fund the existing Facility Agreements for Portugal, Ireland and Greece. Therefore the initial lending capacity of the ESM rose up from an initial maximum of €500 billion up to a combined EFSF/ESM lending capacity of €700 billion. Moreover, €80 billion is gradually provided by the euro area Member States in form of paid-in capital in five instalments of €16 billion (two instalments are paid within 15 days after the TESM comes into force, another two in 2013 and 2014) and the rest is callable at any time,²⁷ in accordance with the terms set in the TESM. If required, capital payments can be accelerated to maintain a 15% ratio between the paid-in capital and the outstanding amount of ESM issuances.²⁸ ESM Members undertook to provide their contribution in accordance with their contribution key in Annex I of TESM.²⁹

The ESM shall have a Board of Governors and a Board of Directors, as well as a Managing Director and other dedicated staff.³⁰ Article 4 of the TESM defines the structure and voting rules of the ESM. It provides that important decisions will be made by mutual agreement of the ESM's Board of Governors. There is also an „emergency procedure“ whereby a decision to grant financial assistance can be reached by a qualified majority of 85% of votes cast, only if both the Commission and the European Central Bank conclude that a failure to urgently adopt such a decision would threaten the economic and financial sustainability of the euro area.

What is more, ESM financial assistance will be provided under strict economic policy conditionality.³¹ The procedure for granting stability support is defined in Art. 13 TESM. Following a financial assistance request of a eurozone Member State, the European Commission, together with the IMF and in liaison with the ECB, will assess whether there is a risk to the eurozone's financial stability. This will be done by undertaking an analysis of the sustainability of the public debt of the requesting country. If concluded that an adjustment programme can realistically restore the public debt, the Commission, together with the IMF and in liaison with the ECB, will assess the actual

23 Frequently Asked Questions on the European Stability Mechanism, available at: <http://www.esm.europa.eu/pdf/FAQ%20ESM%2008102012.pdf>, (29.12.2012), p. 1

24 EFSF is a temporary rescue mechanism which issues bonds or other debt instruments on the capital markets, available at: <http://www.efsf.europa.eu/about/index.htm>, (29.12.2012)

25 EFSM provides financial assistance to EU Member States in financial difficulties, available at: http://ec.europa.eu/economy_finance/eu_borrower/efsm/index_en.htm, (29.12.2012)

26 Factsheet– ESM, Op. cit., p. 2

27 TESM, art. 9

28 TESM, art. 41

29 TESM, art. 11

30 TESM, art. 4 para.1

31 See TESM, art. 3

financing needs of the country concerned. Based on the assessment, the adjustment programme will be negotiated and its details included in a Memorandum of Understanding (MoU).

Benefits and Criticisms

provocative denominations for the EU have grown up since the introduction of a new permanent anti crisis platform, named ESM, into the European framework.³² *Europe in Hostage, The End of National Sovereignty in Europe, Europe as a totalitarian super state, Flight into Dictatorship, Catastrophe of unprecedented proportions, Democratic deficit, Draconian austerity regime* – these are just few of them teeming among eurosceptics and infecting the wider EU. So, why are there so many doubts and which are they?

The *battle* between supporters and opponents of the ESM began around the existence of a possible veto achieved by Governments refusing to ratify Art. 136 of the TFEU. There were many conflicting claims whether or not the Art. 136 veto can be used. Discussions continued referring to the purpose of the ESM and sceptics argued that the ESM will protect only the banks, institutionalised austerity and neo-liberal policies and it will delay recovery by not allowing investment and growth. Some opposed that it will improve market confidence, create better conditions for recovery and make financial funds conditional on adhering to fiscal discipline and fiscal rules. The very necessity of such a mechanism was put under question—opponents suggested taxes on wealth and property as alternatives.³³

Furthermore, the Irish people's movement³⁴ pointed out some other important contra arguments. They criticized disproportional voting weights within the Board of Governors and the Board of Directors of the ESM, based on the capital subscriptions of Member States. In accordance with the qualified majority and the contribution key, it follows that France and Germany combined will command more than 47% of votes. Unlike the IMF, whose decisions require a simple majority of the shares, the ESM decisions on approving a loan, determining the interest rates and the terms of conditionality require the unanimity of euro

zone finance ministers. They also called attention to a possible precipitation of insolvency crisis. On economic grounds, if a country has difficulties in raising funds in the financial markets, it must be because investors see it as insolvent, and logically, the Commission will carry out „adapted assessments of sustainability of public debt of the country” in order to satisfy for most aspirant borrowers. If so, the markets will require higher yields. Some critics consider the ESM's lending capacity „too little and too late”. For example, the debt in Greece, Ireland, Italy, and Portugal will soon raise up to €502 billion, and the financial requirements of Spain until 2013 are estimated at about €470 billion. How can the ESM therefore grant so much financial support? Is the lending capacity of €700 billion enough? Also the „callable shares mechanism” defined by Art. 8 TESM might be a cause for the „can't pay, won't pay” scenario. ESM Members irrevocably and unconditionally undertake to provide their contribution to the authorized capital stock, in accordance with their contribution key, but problems will arise if the government can't immediately fulfil its obligations. What is intended as a rescue mechanism could then become a crisis propagator.³⁵

There was also an influential campaign against the ESM diffused through all of Europe by the world-wide „LaRouche movement”. This movement also reached Germany, where the so called „„Bürgerrechtsbewegung Solidarität” („Civil Rights Movement Solidarity”) cooperated the campaign to stop the implementation of the ESM Treaty. Short informative video material³⁶ was put on the web to encourage people to react against the ESM. Sustainers of the anti-ESM propaganda argued that the fiscal regime would remove all control over financial sovereignty of the Member States and transform the EU into a „totalitarian superstate”.³⁷

In addition, the former director of the Irish Centre for European Law, J. Tomkin, clearly pointed out the main arguments in favour of the theory of democratic deficit within the EU. He argued that „the legal framework governing the European Stability Mechanism (ESM) is contradictory, conceptually incoherent and may be characterized as a circumvention of Union law” and added that, „such circumvention, and the resulting establishment of a significant

32 Seen on World Wide Web.

33 H. McGEE, 10 areas of dispute between Yes and No sides, *Irishtimes.com*, 29.5.2012, available at: <http://www.irishtimes.com/newspaper/opinion/2012/0529/1224316859032.html>, (29.12.2012)

34 People's Movement, *The European Stability Mechanism and the case for an Irish referendum*, Second edition, Dublin, 2011, available at: <http://www.people.ie/eu/esmref2.pdf>, (2.1.2012)

35 *Ibid.*, p. 19

36 See for instance ESM video, available at: http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=UccCylMhNww, (30.12.2012)

37 See video „The End of National Sovereignty in Europe”, available at: <http://gatesofvienna.blogspot.com/2012/07/the-end-of-national-sovereignty-in.html>, (30.12.2012)

permanent institution outside and beyond the scope of the Union legal order, represents a challenge to European democracy and to the principle of respect for the rule of law".³⁸

Conclusion

Despite the fact that economic recovery in Europe is now on track, debt risks still remain and Europe must continue to determine comprehensive solutions to prevent such situations.

In many aspects, the ESM represents an ambition to push Europe towards a stronger economic union. It includes the aim to delete the persistent sources of financial instability and consolidates the commitment to ensure a lasting, sound and robust management of public finances, including a new Fiscal Compact and strengthened economic policy coordination within the EMU. But not all efforts always turn into a great success. The European efforts to overcome the debt crisis and to save the EU and the EMU have soon turned against Europe itself and have been diffusing distrust and „doubt epidemic“ over the new ESM in the past few years.

The „doubt epidemic“, driven also by anti-ESM propaganda mechanisms (audio-video material, flyers, the web, etc.), quickly spread through all of Europe and turned many European citizens into severe eurosceptics.

Critics have noted that the ESM severely confines the economic sovereignty of its Member States, and they criticize the extensive powers and immunity to the board of ESM Governors without parliamentary influence or control. Many doubts and criticisms refer to the ESM *per se*, its voting procedures, financing tools and the questionable legal compatibility of the TESM with national and EU law. The „ESM referendums“³⁹ also brought to the surface many questions that should not be overlooked. Experts accentuated that all those arguments against the ESM might lead to a democratic deficit, as well as financial, cultural and political tensions within the EU.

As J. Hojnik stressed, the entry into force of the euro was an economic and political achievement,

38 J. Tomkin, „Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy“, *German law journal*, 14/2013, 169–190, p. 180, available at: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1500>

39 At this point we have to clarify that referendums did not directly refer to the ESM Treaty, but to the Fiscal Compact. The establishment of the ESM would be a consequence of the ratification of the TSCG, due to the fact (as mentioned up), that TESM and TSCG are complementary and financing from the ESM will be conditional on the ratification of the TSCG by the ESM Member concerned.

but today it seems to be the opposite. Saving the eurozone has become an economic, political and European democracy problem, whereby the „ESM rescuing operation“ also renewed decades-long tensions between the supporters and opponents of supra-nationalism and interregnum.⁴⁰ It seems that Europe is confidently marching onwards, taking no consideration of the many doubts and criticisms related to the austerity rules, the ESM and the Fiscal Compact.

To prevent further political and democratic tensions, weakness of the EU and growing distrust in the present European environment, it is our main task as European citizens to search for enough information and to create a critical opinion which will clarify all doubts and unanswered questions. Our critical overview and opinion on the European surroundings can be a cure for the weak representative democracy and increasing democratic deficit within the EU.

However, we can firmly conclude that although the ESM is called a „Stability Mechanism“, it has so many doubtful aspects that it can therefore also be referred to as the European (Un)stability Mechanism.

Наташа Колавчич

Европски механизам (не)стабилности

Борба против глобалне кризе данас је постала најпопуларнији глобални спорт, у коме учествује и Европска унија. Како би оживела европску економију и спречила даље ширење кризе дуга, циљ ЕУ био је усвајање одређених правила штедњеокоја би избалансирала буџете држава чланица и очувала финансијску стабилност еврозоне. Блиско скопчан са фискалним пактом, Европски механизам стабилности (ЕМС) једна је од тих главних антикризних мера. Представљен је 8. октобра 2012. године, а његова сврха је пружање подршке у стабилизацији преко инструмената финансијске помоћи оним земљама чланицама које се суочавају са озбиљним проблемима у финансирању или којима исти прете. Упркос чињеници да је ЕМС планиран као трајни механизам заштите који ће сачувати финансијску стабилност еврозоне, оживети европску економију, оснажити европско јединствено тржиште и вратити поверење у ЕМУ, он је био (и још увек је) мета многих примедба и критика. Рад који следи покушава да пружи преглед ЕМС-а, укаже на његове главне карактеристике, открије његову правну природу, назначи главне разлоге због којих је уведен и прикаже неке од главних сумњи и критика којих не мања међи евроскептицима у погледу ефикасности и неопходности ЕМС-а.

40 J. Hojnik, „Snovanje novih Le Corbusierjevih stolpov Evrope“, *Pravna praksa*, n. 33/2012, p. 3.

CLOUD COMPUTING – LEGAL ISSUES IN THE LIGHT OF NEW EU STRATEGY

Ivan Ivanović
4th year student
University of Belgrade, Faculty of Law

Cloud computing in simplified terms can be understood as the storing, processing and use of data on remotely located computers accessed over the Internet. The main feature of cloud-based services is the fact that data is stored on the service provider's servers and not on the user's computer hard disk or mobile device. This allows users to easily access their data in the cloud from any device that is connected to the Internet from any part of the world. The European Union has recognized the great potential of the cloud and the benefits of the future development of cloud based services. On September 27th, 2012 the European Commission presented a new strategy for „Unleashing the potential of cloud computing in Europe“.¹ Cloud computing, aside from great potential and benefits, also creates some legal issues that need to be tackled in order to boost future development and fulfill the potential of the cloud computing technology. Some of those issues will be presented in this article in the light of the new EU Cloud Strategy.

Key words: cloud computing, European Union, Digital Agenda, internet, data protection, copyright, standardization, contracts

1. Introduction

The term *cloud computing* is defined as a model for enabling convenient on-demand network access to a shared pool of configurable computing resources (e.g., networks, servers, storage, applications, and services), that can be rapidly provisioned and released with minimal management effort or service-provider interaction.² Cloud computing enables *cloud services* – a service that is delivered and consumed on demand at any time, through any access network, using any connected devices using cloud computing technologies. Cloud computing in simplified terms can be understood as the storing, processing and use of data on remotely located computers accessed over the internet. The main feature of cloud-based services is

the fact that their data is stored on the servers of the service provider and not on the user's computer hard disk or mobile device. Because of that feature, users can easily access data in *the cloud* from any device that is connected to the internet from any part of the world. Services based on the cloud technology are widespread and the number of their users is growing every day. A cloud provider is a company that offers some component of cloud computing to other businesses or individuals.³ The most common forms of cloud computing are: infrastructure (data centers), online platforms (operating systems), applications (web-based email, online office applications, file sharing). Regarding the type of service they provide, cloud computing services can be classified as: Infrastructure as a Service (IaaS), Platform as a Service (PaaS) and Software as a Service (SaaS).⁴ All major players in the IT sector are already offering some kind of cloud-based service or are either planning to develop services based on cloud computing technology.

2. Potential of Cloud Computing and Position of the EU

The European Union has recognized the great potential of the cloud and the benefits of the future development of cloud-based services. On 27 September 2012 the European Commission presented a new strategy for „Unleashing the potential of cloud computing in Europe“. The European Commission is aiming to create a cloud-friendly environment in order to boost the European digital economy and to benefit the Digital Single Market. Neelie Kroes, Vice-President of the European Commission responsible for the Digital Agenda, described the cloud as a „different model for ICT services with data or software stored remotely“, and underlined the great potential for the users, business and public sector. She stressed the importance of the new EU Strategy and concluded that the key lies in adopting the

1 European Commission, *Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe* (COM/2012/0529 final), in the text „EU Cloud Strategy“

2 US National Institute of Standards and Technology, Definition of cloud computing by NIST (2009), updated by NIST (2011) SP 800–145

3 More about cloud computing providers and cloud based services: <http://searchcloudprovider.techtarget.com/definition/cloud-provider>

4 More about the types of cloud services: European Commission – Expert Group Report, *The Future of Cloud Computing: Opportunities for European Cloud Computing beyond 2010*, Brussels, 26.1.2010.

right policies and removing the barriers to further development.⁵ As the benefit of cloud computing, the EU Strategy emphasizes the ability of users to command almost unlimited computing power on demand, without having to make major capital investments to fulfill their needs and that they can get to their data from anywhere with an internet connection. Cloud computing has the potential to slash users' IT expenditure and reach out to ever larger markets, while governments can make their services more attractive and efficient even while reining in spending. The Commission therefore aims at enabling and facilitating faster adoption of cloud computing throughout all sectors of the economy. This can cut ICT (Information and Communications Technology) costs and, when combined with new digital business practices, can boost productivity, growth and jobs.⁶ The economic potential of cloud computing and main barriers were the subjects of a study that was published prior to the release of the EU Cloud Strategy. The diffusion of cloud computing is expected to generate substantial direct and indirect impact on economic and employment growth in the EU, thanks to the migration to a new IT paradigm enabling greater innovation and productivity. According to the model developed by the IDC, the „No Intervention scenario“ of cloud adoption could generate up to €88 billion in contributions to the EU GDP in 2020. The „Policy-driven scenario“, instead, could generate up to €250 billion GDP in 2020, corresponding to an increase of €162 billion over the first scenario. According to the survey accompanying this study, some of the main barriers to a wider adoption or increased intensity of usage of cloud computing are: data jurisdiction and location, security and trust, portability and technology transparency/control.⁷

3. Data Protection Issues

Data protection can be referred to as one of the central issues of cloud computing. Because of the nature of cloud based services, the question of data security and data protection is

reasonably raised. If the consumers do not have enough confidence regarding the protection of their data in the cloud, they will avoid using that kind of service and that would prevent its further growth and development. According to the study „Quantitative Estimates of the Demand for Cloud Computing in Europe and the Likely Barriers to Up-take“, a total of 43.5% of respondents are most worried about security and data protection regarding cloud computing services.⁸ Data protection is one of the fundamental rights guaranteed by Article 8 of the EU Charter of Fundamental Rights⁹ and Article 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union.¹⁰ Data protection legislation applies where personal data (including sensitive personal data) relating to an identifiable individual (data subject) is subjected to certain forms of processing.¹¹ The desirability of data protection arose out of the growing use of computers in the 1970s and the threat to personal privacy that the rapid manipulation of data potentially posed. The existing Data Protection Directive¹² was adopted as a legislative provision in October 1995, and the Member states were obliged to pass national legislation that gives effect to the Directive by the implementation date prescribed (24 October 1998).¹³ The necessity for modernization of the data protection regulation arose from the dynamic development of technology and unequal application of the relevant rules of all the member countries of the EU. Since the year 1995 and the adoption of the current Data Protection Directive, the IT sector went through major changes in technology and, together with the widespread use of the internet, this resulted in new data protection risks. As stated in the Cloud Strategy Commission Staff Working Document, the main issue raised by cloud computing stakeholders is that under the current framework cloud providers might sometimes have to comply with several national laws. Also,

5 Speech by Neelie Kroes, Vice-President of the European Commission responsible for the Digital Agenda, *A European strategy for cloud computing*, Press Conference on Cloud Computing Strategy, Brussels, 27 September 2012. Available at: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-52_en.htm?locale=en#PR_metaPressRelease_bottom

6 EU Cloud Strategy, p. 1.

7 IDC, *Quantitative Estimates of the Demand for Cloud Computing in Europe and the Likely Barriers to Up-take*, SMART 2011/0045, Brussels, 13 July 2012, in text „Quantitative Estimates of the Demand for Cloud Computing in Europe and the Likely Barriers to Up-take“

8 Ibid, p. 43.

9 Charter of fundamental rights of the European Union (Official Journal C 364, 18/12/2000)

10 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (Official Journal 2012/C 326/01)

11 I. J. Lloyd, *Information Technology Law*, Oxford University Press, 6th edition, 2011, p. 39.

12 Directive 95/46/EC, *Official Journal L 28*, 23/11/1995, p. 31–50. on the protection of the individuals with regard to the processing of personal data and the free movement of such data

13 More about the history and the need for data protection: P. Carey, *Data Protection: A practical guide to UK and EU Law*, Second Edition, 2004, p. 1–13.

that on the one hand it can lead to excessive burden for providers or, on the other hand, to jurisdiction shopping if some jurisdictions require more stringent data protection safeguards than others.¹⁴ On 25 January 2012 the European Commission proposed a reform of the EU data protection rules. The proposed reform consists of two documents: the General Data Protection Regulation¹⁵ and a Directive¹⁶ for the police and justice sector. The proposed Regulation sets out the general EU data protection framework, and it will be directly applicable in all Member States. A uniform set of rules will allow for a higher level of legal safety of EU citizens, an equivalent level of data protection, and better control over their personal data. It will also facilitate the operation of companies by introducing a uniform set of rules, thus reducing unnecessary administrative costs.¹⁷ Cloud service providers will be obliged to comply with a unified set of rules, instead of the current fragmented legal environment. Viviane Redding, Vice-President of the European Commission, EU Commissioner responsible for Justice, Fundamental Rights and Citizenship, concluded that „the EU data protection reform aims to build a modern, strong, consistent, and comprehensive data protection framework for the EU, that will help to unleash the potential of the Digital Single Market and foster economic growth, innovation and job creation, in line with the objectives of the EU's growth Strategy Europe 2020 and the Digital Agenda for Europe.”¹⁸

3. Copyright Issues

No area of law has been more affected by digital media than intellectual property. The ease with which digital works can be reproduced, manipulated, and shared has transformed

copyright law, and the law is very much still in transition as lawmakers struggle to adapt copyright protection to a fluid medium while maintaining a balance between the rights of copyright holders and copyright users.¹⁹ Copyright is a term used to describe the area of Intellectual Property Law that regulates the creation and use of a range of cultural goods such as books, songs, films and computer programs.²⁰ By far the most significant of the EU initiatives dealing with copyright is the Information Society Directive,²¹ often referred to as the Copyright Directive.²² Reproducing, distributing, publicly displaying, publicly performing, or producing a derivative version of a copyrighted work without the copyright holder's permission constitutes copyright infringement.²³ One of the questions arising from the private copying regime in the cloud environment is the issue of exceptions to private copying. The Information Society Directive permits Member States to provide for an exception to the exclusive right of reproduction in respect to the acts of private copying, and in such a case, right-holders must receive „fair compensation”.²⁴ In many Member States which have introduced the private copying exception, private copying levies are imposed on certain categories of media (such as recordable CDs or DVDs) and devices (such as MP3 players) which are typically used for private copying. When introduced in the analogue age, the private copying levy system was seen as a sensible recognition that not all acts of reproduction can be licensed, and that right-holders should be compensated for the harm resulting from non-licensed copies of protected content made by natural persons for their private use.²⁵ Professor Christophe Geiger stated that Community harmonization in the field of limitations and exceptions has in fact been a

- 14 Cloud Strategy Commission Staff Working Document, p. 25.
- 15 European Commission, *Proposal for a Regulation on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation)* COM (2012) 11 final.
- 16 European Commission, *Proposal for a Directive on the protection of individuals with regard to processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data*, COM (2012) 10 final.
- 17 More about the proposal for the reform of the Data protection rules in the EU: Ivan Ivanović, „The proposal for the reform of the rules concerning the protection of personal data in the European Union”, *Student Economic Law Review*, 1/2013, p. 51–53, 2013.
- 18 Viviane Redding, „The European data protection framework for the twenty-first century”, *International Data Privacy Law*, vol. 2, 3/2012, p. 128.

- 19 A. Packard, *Digital Media Law*, Wiley-Blackwell, 2010, p. 125.
- 20 L. Bently, B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Third Edition, Oxford University Press, 2009, p. 31.
- 21 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Official Journal L 167, 22/06/2001 P. 0010 – 0019), in the text „Information Society Directive”
- 22 More about the EU copyright regulatory framework: L. Bently, B. Sherman, op. cit., pages 47–54.
- 23 A. Packard p. 137.
- 24 Article 5(2)(b) of the Information Society Directive.
- 25 European Commission, Commission staff working document accompanying the document „Unleashing the potential of Cloud Computing in Europe” (SWD/2012/0271/ final, Brussels 27.9. 2012), in the text „EU Cloud Strategy Commission Staff Working Document”.

failure, with the Information Society Directive merely providing an exhaustive and (with one exception) optional list, from which national legislators could pick the ones that suited them, with the additional possibility of adopting a more restrictive wording. The systems which were introduced to guarantee the effectiveness of copyright limits in the light of technical means have often been very complicated, poorly harmonized and difficult to implement.²⁶ Since the Information Society Directive does not state the means for calculating fair compensation in detail, the lack of harmonization of private copying levies between the Member States is resulting in legal uncertainty and negative effects on the EU Single Market. This could cause problems in the EU ICT sector and represent an obstacle to the establishment of the Digital Single Market.²⁷ There is also a significant gap between the traditional levy systems, which were introduced in the analogue age, and the development of new technologies in the digital environment, like cloud computing services. Since the accessibility is the major advantage of cloud computing services, the European Commission has recognized a need for new solutions that will make copyright licensing more efficient, especially on a multi-territorial level. For the cloud to work well as a platform for digital content service, including mobile services, there is a need for content distribution models that enhance access to and use of all sorts of content (music, audiovisual or books) across different devices and in different territories. Consumers should be able to lawfully consume content away from home, across the EU, without losing access to services they paid for in any Member State.²⁸ The Communication „A Single Market for Intellectual Property Rights“ underlines that Europe must develop copyright licensing services, combined with web applications and tools, to foster vibrant cultural and creative industries that allow millions of citizens to use and share published knowledge and entertainment easily and legally across the Union, irrespective of their Member State of residence.²⁹ Regarding above mentioned, copyright rules must be modernized and harmonized on the EU level, in order to be

able to deal with the challenges of information society and new technologies.

4. Standardization Issues

Standardization plays a major role in the IT sector, especially in terms of technical standards. The nature of the communications process requires that the various parties adhere to a certain agreed standard, whether in terms of language, protocol, numbers or physical connection. Standards are important in telecommunications because they allow for technical compatibility and interoperability across technical networks. Developing technical standards that promote compatibility and increased connectivity allows both for more users to be attached and such attachment to be undertaken easily.³⁰ If companies use different standards, that allows them to „lock-in“ their customers. A major lock-in concern is the risk of dependence (or over-dependence) on one provider's, often proprietary, service. If the service is terminated for whatever reason, users would want to recover all their data and metadata in formats that are easily accessible, readable, and importable into other applications, whether running internally or in another provider's cloud. This is commonly called *data portability*.³¹ According to the study „Quantitative Estimates of the Demand for Cloud Computing in Europe and the Likely Barriers to Up-take“, a total of 38.8% of respondents answered that data access and portability are the most relevant barriers regarding cloud computing. Authors of the study believe that portability issues will become even more relevant and difficult to solve, the more companies engage with the cloud.³² The EU Cloud Strategy recognizes standardization issues under „Key Action 1 – Cutting Through the Jungle of Standards“. As stated in the EU Cloud Strategy, individual vendors currently have an incentive to fight for dominance by locking their customers and inhibiting standardized, industry-wide approaches.³³ Currently, there is no common agreement about the use of certain standards that would prevent the risk of

26 C. Geiger, *The Future of Copyright in Europe: Striking a Fair Balance between Protection and Access to Information*, Report for the Committee on Culture, Science and Education – Parliamentary Assembly, Council of Europe, Strasbourg, 2009.

27 EU Cloud Strategy Commission Staff Working Document.

28 EU Cloud Strategy, p. 6.

29 European Commission, Communication „A Single Market for Intellectual Rights“ COM (2011) 287 final, p. 9–10.

30 I. Walden, J. Angel (eds), *Telecommunications Law and Regulation*, Second Edition, Oxford University Press, pages 20 and 347.

31 I. Walden, C. Miller, W. Kuan Hon, „Negotiating Cloud Contracts – Looking at Clouds from Both Sides Now“, *Stanford Technology Law Review*, Vol. 16, number 1 fall 2012, p. 115.

32 Quantitative Estimates of the Demand for Cloud Computing in Europe and the Likely Barriers to Up-take, p. 43.

33 EU Cloud Strategy, p. 11.

the lack of interoperability and data portability and the negative effects they produce. The data formats and service interfaces in the cloud are not standardized, and therefore the clients do not have any guarantees of continuity of service when changing to another cloud service provider or when migrating data and services back to in-house environment. The European Commission is currently working on solving these issues, alongside other stakeholders like the European Telecommunications Standards Institute (ETSI) and the U.S National Institute for Standards and Technology (NIST). Apart from standardization, there is a need for a voluntary certification scheme which will enable users to evaluate and compare – in a simple manner – the level of conformance to standards, interoperability and data portability offered by providers. As concluded in the EU Cloud Strategy Commission Staff Working Document: „certified cloud providers may have a competitive advantage vis-à-vis non certified one insofar as, in principle, they would offer higher trust and security standards”.³⁴ Resolving the issues regarding the lack of interoperability and data portability, together with providing an EU-wide certification scheme, will result in a more competitive cloud computing market and will benefit the general position of the consumers.

5. Contractual Issues

EU Cloud Strategy deals with contractual issues in „Key Action 2: Safe and Fair Contract Terms and Conditions”. Unlike traditional IT outsourcing arrangements, cloud computing contracts essentially create a framework in which the user has access to infinitely scalable and flexible IT capabilities according to his needs. However, currently the greater flexibility of cloud computing as compared to traditional outsourcing is often counterbalanced by reduced certainty for the customer due to insufficiently specific and balanced contracts with cloud providers.³⁵ The complexity and uncertainty of the legal framework for cloud service providers means that they often use complex contracts or service-level agreements with extensive disclaimers. The use of „take it or leave it” standard contracts might be optimal for the provider but not always the best practice from the customer’s perspective. The EU Cloud Strategy concludes that those service-level agreements often fail to address the operational and legal risk inherent in cloud-based offerings. According

to the research undertaken by the authors of „Negotiating Cloud Contracts – Looking at Clouds from Both Sides Now”, users consider that the providers’ standard contract terms or offerings do not sufficiently accommodate customer needs in various respects. The top six types of terms most negotiated, according to their sources are: exclusion or limitation of liability and remedies, particularly regarding data integrity and disaster recovery; service levels, including availability; security and privacy, particularly regulatory issues under the EU Data Protection Directive; lock-in and exit, including term, termination rights and return of data on exit; providers’ ability to change service features unilaterally and intellectual property rights. However, users may not be able to negotiate the providers’ terms. As with any commercial agreement, much depends on the relative bargaining power. Large providers generally decline any changes to their standard terms, insisting their services are only on a „take it or leave it” basis – even when requested by large users, such as integrators (resellers, outsourcers).³⁶ The EU Cloud Strategy Commission Staff Working Document recognized the importance of the Commission’s proposal for a Regulation on a Common European Sales Law³⁷ presented on 11 October 2011. The CESL will provide a single set of rules for cross-border contracts in all the Member states, break down the barriers caused by the differences between contract laws, and give consumers more choice and a high level of protection.³⁸ The proposal for a Regulation on a Common European Sales Law includes the rules adapted for the supply of digital content³⁹ that cover some aspects of cloud computing. By tackling contractual issues regarding services based on the cloud computing technology, the main goal is to bring balance to the contracts’ terms and conditions, which currently favor the cloud service providers.

6. Conclusion

The ICT market is characterized by dynamics due to the rapid development of new technologies and the steady increase in the number of users.

34 More about the European Commission’s views on standardization and certification issues: EU Cloud Strategy Commission Staff Working Document, p. 26–30.

35 EU Cloud Strategy, p. 11.

36 I. Walden, C. Miller, W. Kuan Hon, pages 5, 13.

37 Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law, COM(2011) 635 final, Brussels, 2011.

38 More about Common European Sales Law: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/news/20111011_en.htm

39 Proposal for a Regulation on a CESL in Article 2(j) defines digital content as „data which are produced and supplied in digital form, whether or not according to the buyer’s specifications, including video, audio, picture or written digital content, digital games, software and digital content which makes it possible to personalize existing hardware or software...”

Technology is always one step ahead of the lawmakers and regulators, and that's why they need an active approach in order to prevent legal uncertainty and legal gaps caused by change and innovation. Consumers must gain confidence in the services based on the new technologies in order to boost growth and further development. Cloud computing technology is no exception. The current regulation, often dating 10 or more years ago or even from the analog age, is unable to cope with the challenges of cloud computing in the right way. The regulatory framework regarding the issues presented in this article needs to be updated in order to be able to answer the new challenges of the digital environment and to resolve legal uncertainty and remove legal gaps. Even with the dark clouds currently surrounding the cloud computing technology, it is known that „every cloud has a silver lining“.

Иван Ивановић
Студент 4. године основних студија
Правни факултет Универзитета у Београду

Cloud Computing – спорна правна питања у светлу нове ЕУ стратегије

Cloud Computing је, поједностављено речено, термин који означава чување, обраду и употребу података уз помоћ удаљених компјутера којима се приступа путем интернета. Главна каракте-

ристика услуга базираних на технологији „облака“ је да су подаци смештени на серверима пружаоца услуге, а не на корисниковом хард-диску или мобилном уређају, и што му омогућава да лако приступи подацима смештеним у облаку са било ког уређаја повезаног на интернет из било ког дела света. Европска унија је препознала велики потенцијал облака и користи будућег, даљег развоја услуга заснованих на овој технологији. Европска комисија је 27. септембра 2012. представила нову стратегију за „Остваривање потенцијала cloudcomputing-а у Европи“. Употреба облака, поред позитивних аспеката, такође ствара нека спорна правна питања, која је потребно разрешити како би се убрзао даљи развој и остварио потенцијал који ова технологија пружа. Нека од тих спорних правних питања ће бити представљена у овом чланку, у светлу нове ЕУ стратегије.

Кључне речи: *Cloud computing, Европска унија, Дигитална агенда, интернет, заштита података о личности, заштита ауторских права, стандардизација, уговори*

THE EXTENSION OF AN ARBITRATION AGREEMENT TO NON-SIGNATORIES

Filip Blagojević

LL.B University of Belgrade

University of Belgrade, Faculty of Law

This paper aims at clarifying the issue of arbitration extension to non-signatories. At the very beginning, the author makes a classification of non-signatories, striving to emphasize the difference between disputable and non-disputable non-signatories, given their underlying legal difference. Following a brief listing of those non-signatures where the request for legal continuity and security allows arbitration without their consent, the author defines a non-signatory for the sake of this analysis. Correspondingly, the core of the problem is tackled through individual analysis and criticism towards the most disputable issues—parent-subsidiary, agency, estoppel, restricted group of companies and documents interrelation. The author does not, however, go into close detail regarding the „alter ego doctrine”, deeming it the sanction for abusing power or reckless behavior, rather than extension of arbitration effects. The author concludes with an observation that there are differences in the degree of importance of court guidelines, due to the fact there are no strict rules concerning the issue at hand.

Keywords: Arbitration, non-signatories, extension, consent, justice

An arbitration agreement can, generally, bind only its signatories (parties in contract). Nevertheless, under certain circumstances, with regard to general principles of Private Law, it is possible to extend its effects to the parties which did not sign the contract. Hence this paper aims to shed some light on the controversial questions of extension to non-signatories.

Who is a „Non-Signatory”?

In an attempt to clarify the notion of a „non-signatory”¹ and precise the scope of disputable situations, we will make a classification² of all persons who didn't personally sign the arbitration agreement.

Firstly, the lack of a signature is not always a bar to extension, especially after the latest liberalization of form, embodied in the 2006

Model Law revision.³ We point out that only a very cautious interpretation of the agreement can solve practical problems fairly.⁴

Secondly, there is a fair number of third persons that can, willingly or not—under the rules of Contract, Company, Inheritance or Trade Law—completely substitute the signatory. This happens in cases of assignment, assumption, transfer, access, fusion, succession, etc.⁵ From our point of view, these subjects are non-debatable non-signatories, since they either indirectly agree to arbitration, i.e. there is the assumption of obligation, or succeed a liability to participate in it via universal or singular succession. In cases of succession, the general need for legal continuity and safeness is beyond a party's consent. Moreover, in arbitration these subjects do not show up as foreign objects of an agreement, but as surrogate of one of the parties. Since problems with validity of transfer can arise with these non-signatories, and transfer substantially differs from extension, we will not regard them as non-signatories in terms of extending the arbitration agreement.

Therefore, the „real non-signatory” is a third party which did not conclude the contract nor replace its signatory. Consequently, one of the biggest issues in arbitration arises when the plaintiff tries to reach a solvent debtor that appears as the real non-signatory, without his/her consent. Less problematic situations are those where a non-signatory attempts to present itself as a claimant or even join him, because in those cases there is no deficiency of the non-signatory's

1 As it is well-known, perfection is not a man's characteristic, so any expectation of perfectly clear language is quite unreasonable. Accordingly, merely linguistic interpretation of 'non-signatory' in many situations is very dangerous.

2 Like every classification, this one should also be taken relatively.

3 Namely, „(...) there are two options now. According to the first one, a written agreement exists if it was recorded in any form, regardless of the form of initial conclusion (oral, **by conduct, or otherwise** – underlined by F.B.). The second option is even more radical and basically amounts to doing away with the requirement of writing altogether” – V.Pavić, „Non-Signatories” and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction, available at <http://labhi.staff.umm.ac.id/files/2010/12/Resolving-International-Conflicts.pdf>, p. 216.

4 On one hand, very extensive interpretation of an agreement may unduly force party to arbitrate (and hence oppose the purpose of arbitration), while on the other, forbidding the extension of agreement because of imperfection of formality would, practically, suppress the extension in large.

5 Although these examples are not deprived from disputes, this work will not focus on them as a special group.

will to arbitrate. Accordingly, in forthcoming paragraphs we will take a brief look⁶ at the most debatable questions of extending the arbitration agreement over the defendant who is unwilling to arbitrate.

Disputable Situations

There is no author who would, writing about this topic, avoid touching on Daw Chemical case⁷ and the „group of companies” doctrine. The issue mentioned was the cornerstone of dealing with the problems of separate legal personalities of a parent company and its subsidiary. However, we cannot overlook the fact that, in this case, the parent company joined the arbitration in the role of plaintiff—which, as said, is not an issue—and that the award was based on the interpretation of the group as an „economic reality”, which in practice may be an elusive notion. That is why it is stated that „(i)nvoking the group of companies doctrine has remained, to a great extent, a kind of legal alchemy, and is essentially restricted to France.”⁸ Though the original form of this doctrine is not applicable in practice outside of France, it is significant because it stressed the problems of independent legal entities belonging to the same group, and broadened the practice of arbitration extension to non-signatories.⁹

Extending and improving this parent-subsidiary issue, both the courts and legal theory came to an important conclusion—especially the courts¹⁰, which in certain cases broadened the scope of arbitration. The conclusion is that the extension from a parent company to its subsidiary and vice versa, as well as the extension

to a „marionette” company,¹¹ is possible and it can be preferable.¹² Nevertheless, the mere fact of belonging to the same group does not automatically justify arbitration extension. Hence specific legal framework for these kinds of problems has to be made.

Although the general yardstick for permission to bring these subjects into arbitration does not exist, certain framework can be perceived. One of two views¹³ of this problem states that the Tribunal can compel a non-signatory to arbitrate „by the mere fact that it took an active and substantial part in the negotiation or performance of the main contract, which gives rise to the presumption that it was aware of the arbitration agreement.”¹⁴ To conclude, the third party’s behavior (objective element) and the signatory’s presumption based on that behavior (subjective element) are two minimal requirements for extending the arbitration agreement to non-signatories. Unfortunately, despite these minimal conditions, legal practice came to quite different approaches and results.

In general, fewer problems arise with agency, a traditional and common legal concept. It is based on the third party’s legitimate reliance on representation. This mechanism is used to reach the principal or, more often, the agent, hence it reminds us of a reverse model of the parent-subsidiary context. It is a very efficient „subaltern chaser”. According to Serbian positive law, both the principal and the agent will be liable in the case that the agent signs the contract, even though his authority was withdrawn before the conclusion of the contract. The same repercussion awaits the agent for overstepping authority. Also, the impression of the third party can sometimes be sufficient for arbitration. Nevertheless, *bona fide* behavior of the other signatory is an indispensable condition for applying this mechanism. Therefore, any signatory has a duty to investigate purported power of representation.¹⁵

6 Because of paper’s limitation, we are obliged to skip explanation of the general concepts that we consider notorious.

7 ICC Award no. 4131, upheld by Pariss Cour d’ appel, October 21, 1983, Rev. Arb 1084, p. 98 (Chapelle).

8 V. Pavić, „Non-Signatories” and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction, available at <http://labhi.staff.umm.ac.id/files/2010/12/Resolving-International-Conflicts.pdf>, p. 220.

9 „According to J. M. Hosking, there are **at least twelve** bases on which extension is attempted or carried out (in addition to the „group of companies” doctrine): assignment, subrogation, third party beneficiary, novation, incorporation by reference, agency, estoppel/equitable estoppel, assumption of obligation, succession, „single economic transaction” and equity. See J. Hosking, „Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent,” *Arbitration International*, Vol. 20 No. 3 (2004) 289–290.; V. Pavić, „Non-Signatories” and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction, available at <http://labhi.staff.umm.ac.id/files/2010/12/Resolving-International-Conflicts.pdf>, p. 221.

10 For example, ICC Award no. 8910, JDI 2000, p. 1085; extension to a subsidiary.

11 A legal person which doesn’t have its own purpose or appears in the contract merely as an instrument of its parent company.

12 But although the group of companies is „the most fertile ground for extension” refusal was predominant. J.F. Poudret, S. Basson, S. Berti, A. Ponti „Comparative law of international arbitration”, London, Sweet & Maxwell 2007, p. 214, p. 215–216. For court practice, see *Ibidem*, p. 216. footnotes 467–469.

13 Namely, there are two views for solving this problem: subjective, regarded as conservative, and objective (with subjective elements), which is liberal. For more information consult <http://www.arbitration-ch.org/below-40/pdf/extension-bs.pdf>, p. 3.

14 *Ibidem*, p. 3.

15 According to Serbian law, the signatory has to talk with the non-signatory, in order to check if he/she agrees on the arbitration.

The „alter ego” doctrine or „piercing the corporate veil” is a very creative way to bring the non-signatory into arbitration. Maybe surprisingly for this kind of text, we will not pay much attention to this doctrine, since it is more of a sanction for abusing power or reckless behavior, than the extension of arbitration effects. In practice, it turns to disputing with the delinquent instead of „dragging” him/her to join the defendant. This mechanism revived the liability of an officer, shareholder or parent company which was ‘pulling the strings’ of the actions that caused damage to the signatory (i.e. parent company purposely ‘drained’ the assets of its subsidiary and makes it insolvent). Though this principle gives an opportunity for Tribunals to extend the arbitration to the non-signatory’s owner (namely, some courts held that ‘piercing the corporate veil’ is justified, *inter alia*, when the notion of legal entity is used to „defeat public convenience, justify wrong...”), some authors stress that „there have been occasional observations that the arbitration clause extension is not a proper sanction for liability”¹⁶.

Going further with abstract legal ideals, such as the mentioned public convenience, we come to the principle of equity (equitable estoppel). The party cannot use its right if that kind of act would oppose equity, which can be highly disputable in some situations. This principle dissuades the party from contradicting itself in detriment of others. Courts will compel a non-signatory to arbitration in two circumstances: (1) „when the non-signatory must rely on the terms of written agreement containing an arbitration clause in asserting its claims against the non-signatory. (2) „when the signatory alleges interdependent and concerted misconduct by both the non-signatory and one or more of the signatories to the agreement containing an arbitration clause”¹⁷. The non-signatory is bound to arbitrate when it is proven that he/she benefited from the contract containing the arbitration clause, provided that he/she had knew about the clause.

Since legal traffic is anything but uniform, there are numerous contracts followed by sub-contracts and informal contracts. That is why, in some cases, arbitration can be extended over non-signatories, if the contract containing the arbitration clause is linked with other relevant documents. Precisely, that interrelation of documents justifies extending the arbitration. In the famous case of X S.A.L., and Y.S.A.L. and A v. Z Sàrl¹⁸ the tribunal

found that „additional (undisclosed) documents evidencing the manifest and willful interference of A in X’s and Y’s management of the project and contractual performance tilted the balance”¹⁹. Applying *lex mercatoria*, the tribunal held that these documents were the demonstration of A’s will to be bound to arbitrate.

Concluding Remarks

After covering the surface of the most disputable questions, we can notice that the problems of extending an agreement over a non-signatory are everything but uniform. Every single non-signatory award is based on a very particular set of facts. In order to extend the arbitration, the tribunals are eager to use legal principles such as good faith, equity etc., due to lack of statutory rules. However, the tribunal’s authority to extend the scope of arbitration has to be limited. Heavy involvement of the non-signatory, liability based on the mentioned mechanisms—parent-subsubsidiary, agency, estoppel, restricted group of companies and documents interrelation—with *bona fides* as the essential principle, could be, if not perfect rules, then guidelines for the courts.

Филип Благојевић,
Дипломирани правник
Правни факултет Универзитета у Београду

Проширење арбитраже на непотписнике

Овај текст покушава да укаже на проблем проширивања арбитраже на непотписнике. На самом почетку, аутор прави класификацију непотписника споразума, како би раздвојио „спорне” од „неспорних”, имајући у виду њихов потпуно различит правни положај. Након кратког набрајања непотписника код којих захтев за правним континуитетом и сигурношћу дозвољава арбитражу без њихове сагласности, аутор даје дефиницију „непотписника” за потребе ове анализе. Текст затим задире у срж проблема, анализирајући и критикујући појединачно најпроблематичније ситуације проширивања арбитраже (групе компанија, заступништва, естопела и повезаност документима). Аутор се не бави детаљном анализом „alterego” доктрине, сматрајући је више санкциом за несавесно понашање и злоупотребу права, него проширењем арбитраже. Аутор закључује које су најважније смернице арбитража, будући да јасних правила о овом питању још нема.

Кључне речи: арбитража, непотписници, проширивање, сагласност, правичност

16 V. Pavić, „Non-Signatories” and the Long Arm of Arbitral Jurisdiction, p. 224.

17 Eisen, Charles Lee, *What arbitration agreement?: Compelling non-signatories to arbitrate*, 2001.

18 CC final award of 22 April 2003, confirmed by DFT 129 III 727 (4P. 115/2003), ASA Bull 2/2004, 364–389.

19 T. Zuberbühler, „Non-Signatories and the Consensus to arbitrate”, *ASA Bulletin*, 26 – No. 1 (2008), pp. 18–34.

THE EFFICIENCY OF THE EUROPEAN PATENT SYSTEM AS A REGULATORY MECHANISM FOR THE SOFTWARE INDUSTRY

Rastko Pavlovic

4th year undergraduate student

University of Belgrade, Faculty of Law

During the last few decades, there has been an intensification of the debate on whether it is justified to enforce patent protection for software, and on the possibility of introducing such norms into a system based on the European Patent Convention (1973). The main dilemma in the discussion is if introducing a full patent protection scheme would discourage or invigorate investments in the software industry. The aim of this paper is to present arguments both for and against, analyze available empirical data, and only then make a judgment on the efficiency of the proposed legislative solution.

Key words: patent – software – European Patent Convention – European Patent Office

Since the last decade of the 20th century, industrial manufacturing facilities have migrated, drawn by cheap labor, from the traditional hubs in Western Europe to Asia. Such events threatened to leave a vacated spot in the structure of developed economies, and the question of which activities would take this niche and facilitate further stable growth and development arose. Furthermore, substantial investments in R&D activities allowed for a quick expansion of the Japanese electronics industry in the 1980s. Today it holds a dominant position in the global market. Nevertheless, Europe currently views China¹ as its biggest competitor in the technology sector.

The first suggestion for a new model of growth which left the practice of state intervention, with subsidies in the forefront, came from Martin Bangemann, who at the time held office as Commissioner for internal market and industrial affairs.² The strategy that he developed was liberal in the sense that the measures suggested were supposed to eliminate most of the obstacles in the way of the free market. Authors of the plan had the US industry as a model and were of the opinion that the most significant reason for its success was the existence of large corporations. The introduction of such corporations was the main goal of the proposed measures for Europe. They believed that a reform of the patent legislation in

the EU as a whole would be among the best tools for achieving their goals. Therefore, although the plan itself was nominally designed to ensure the growth of small and medium enterprises as well, proposed reforms were actually set up to achieve a completely different result. To this day a significant part of the European software industry is comprised of said companies,³ whose development the EU sees as a very important component of its future development,⁴ Bangemann's proposal, as well as the latest I2010⁵ initiative, make a case for a system that essentially creates conditions for the existence of a small number of large companies, whilst promoting such a concept as essential for establishing Europe as the „leading knowledge economy“.

The main point of divergence among the authors discussing this subject is the issue of which companies would really profit from introducing software patents. The main purpose of this paper will be to briefly describe the current state of the rules concerning the patenting of computer software, in the system based on the European Patent Convention, as well as to introduce the reader to the arguments both for and against reforming said system. No country of civil law tradition has yet implemented legislative solutions based on mentioned proposals. As a predominant source of data on how such solutions would influence the sector, we shall use the findings of authors researching the US market, where there are no restraints on patenting inventions in the field of software design. It is of use to bring attention to the fact that China, a country with the fastest growth of economic activities in the field, implements policy of offering less protection to patented technological solutions. There is even an obligation for foreign manufacturers to disclose the source code of their products to the authorities.

3 <http://www.truffle100.com/2012/ranking.php> (20.11.2012).

4 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – *Think Small First – A Small Business Act for Europe* {SEC(2008) 2101} {SEC(2008) 2102}/* COM/2008/0394 final, p. 2

5 Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – *i2010 – A European Information Society for growth and employment* {SEC(2005) 717} /* COM/2005/0229 final.

1 European Commission, *European Competitiveness Report 2004*, p. 258.

2 Recommendations to the European Council: *Europe and the global informational Society*, Brussels, 26 May 1996

The first important document to harmonize patent legislation in the European continent, the European Patent Convention of 1973,⁶ as well as the Patent Cooperation Treaty of 1970⁷ (which connects countries even outside Europe), has not accepted the possibility of patenting software *as such*. The European Patent Office is a body with extensive jurisdiction in investigating patent applications and solving disputes that arise from such matters, on a territory broader than the EU. Its interpretation of EPC provisions has a crucial influence on the opinions and decisions of national courts in such matters. Although in the beginning the EPO enforced a strong anti-patenting policy when it came to software inventions,⁸ the body quickly changed its stance and allowed patenting software inventions if there was a „technical effect“.⁹ Software was patentable in this way if it was a part of a technical device, the GSM standard for mobile telephony being an excellent example of such a practice. This brought the European law closer to the US doctrine of patenting „anything under the sun that is made by man“.¹⁰ Although protected to a certain extent, the software could still be distributed detached from the device, which gave an incentive to big companies, especially those from the US, to campaign for the introduction of more protective measures. Their goal was to achieve a level of protection closer to the one enforced in the USA. Two decisions of the EPO Board of Appeals from 1997¹¹ implement an even liberal interpretation of the Convention, by regarding that a software invention which would achieve a specific technical effect could be patented regardless of its connection to any device. In the following year, a diplomatic conference was organized in order to revise the EPC and procure a new *EPC 2000*. One of the suggestions was to remove the ban on patenting software as such, regarding that it was already

discarded through the EPO decisions from 1997. Such an idea was never enforced, due to intensive objections of experts. The next, somewhat more successful attempt of reform, came from the European Commission through a Proposal for a Directive,¹² which essentially followed the ideas from 1998. Seeing this as a threat to introduce US solutions in Europe, by allowing patenting software as such, European manufacturers (predominantly SMEs) firmly opposed such a proposal, fearing the potential costs which would arise from an obligation to pay license fees. A decision of the European Parliament from 2003¹³ introduced significant changes influenced by the open source community,¹⁴ and in so doing removed the possibility of patenting methods for data analysis with no regard for its technical use. All patents had to have a detailed description of the technical effect that they were achieving, and a ban was put on patenting methods for the prevention of incompatibility of computer systems. This solution threatened to cause significant damage to holders of patents granted in the previous years, so the EP, in order to balance out the situation, acted in 2006, putting out of force the previously introduced changes. In doing so the EP put the regulation back to the state it was in at the beginning of the 21st century.

As the goal of the failed reform was to provide a more prosperous climate for growth and development in the industry, it is of importance to introduce ourselves to the current state of the European software industry. European software manufacturers, the ones who were said to be the recipients of the benefits of the proposed reform, have a positive opinion of the current state of affairs, but recognize that there still is room for improvement.¹⁵ Manufacturers judge the software industry to be strong and competitive, estimating that it comprised 2.7% of the GDP of Western European countries from 2002 to 2006. Moreover, the projected rate of growth of this field in Western European countries during this period (2002–2006) is significantly higher (6.8%) than the one for the IT sector as a whole (5.7%). In the countries of Central and Eastern Europe

6 Available at: <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2010/e/index.html> (20.11.2012)

7 Available at: <http://www.wipo.int/pct/en/texts/articles/atoc.htm> (20.11.2012)

8 European Patent Office 1978: *Examination Guidelines*, Art. 52. Available at: <http://eupat.ffii.org/papers/epo-gl78/#exc> (20.11.2012)

9 H. MacQueen, C. Waelder, G. Laurie, *Contemporary Intellectual Property: Law and Policy*, Oxford University Press, p. 513.

10 *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980). Available at: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=447&invol=303> (20.11.2012)

11 European Patent Office Technical Board of Appeal-T 1173/97, p. 1. Available at: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t971173ep1.pdf> (20.11.2012)

Board of Appeals of the European Patent Office-T 1194/97, p. 20–21, 24. Available at: <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t971194ex1.pdf> (20.11.2012)

12 *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions*, COM/2002/0092 final – COD 2002/0047

13 Position of the European Parliament adopted at first reading on 24 September 2003 with a view to the adoption of Directive 2003/.../EC of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions

14 More on this issue on p. 13.

15 White Paper: *Promoting the European Software Industry*, Brussels, 29 October 2008.

the software industry is expected to grow by a staggering 14.1%¹⁶ in the same period. Further on, it is stated that the production is diverse, and that the whole sector is competitive. There are continuous investments in R&D, which is of utmost importance for such a young and dynamic industry, and it is estimated that investments in open source software so far amount to 1.2 billion euro. Being of the opinion that there are enough chances for the development of production, the manufacturers are clear when stating that it can't be predicted with certainty how the situation will develop, but assesses that the intellectual property rights shall remain an important factor in that development. A high opinion of the system of copyright protection was given, as a traditional model of protecting software. Moreover, it was disclosed that although even the open source community relies on copyright, only a part of the industry seeks protection through patenting their inventions, thus making around 33% of all applications to the EPO.¹⁷ Efficiency and accessibility are said to be of greatest importance for such efficient functioning of this portion of intellectual property rights.

This area has felt the consequences of the recession,¹⁸ despite a good growth rate from 2000 to 2005.¹⁹ This growth rate was significantly higher than the average growth rate of Europe's economy as a whole,²⁰ as well as one projected for the period from 2006 to 2011.²¹ When talking about the general condition of the software industry in Europe, it is essential to take into calculation the long-term tendencies of both the European and the global economy. This is a high growth rate field which unavoidably suffers from turmoils in the global market due to close connections with other areas.

The first suggested reform plan of the patent system saw in the new legislation one of the pillars of an efficient liberalized software market. Since clearly arranged and enforced property rights, and a patent is one of such rights, are

essential for any well-functioning market, reform of this field was a logical step towards introducing the free market. While copyright protects the final composition of software, namely the source code, it doesn't protect the algorithms for processing data, which represent the basic parts that comprise a computer program. Patent law was meant to protect this aspect of software, thus developing better conditions for entrepreneurship and investments from the private sector in the EU. This way of helping the industry was supposed to influence growth of production and competitiveness in the field, and all of that without direct public investments or subsidies,²² which proved to be inefficient.

Investing in the development of new technologies is important in any field of production, but even more so for in a dynamic sector like software production. In comparison to the USA and Japan, its competitors in the global IT market, the European industry spends proportionally less on R&D (EU 1.3%, USA 1.86%, Japan 2.2%), while the percentages of public spending are roughly the same. Investments from the private sector, which is looking to allocate its resources in the most efficient way in order to maximize profit, are regarded as superior to public spending of this kind. Results from studies of the connection between simultaneous public and private investments in this sector differ from country to country, but there are clear tendencies of diminishing private investments with a growth of public spending of the same sort in the sector, unless they are invested in infrastructure, like higher education facilities.²³ Speakers for the reform of patent law are of the opinion that guaranteeing patents for software would incentivize the private sector to increase investments in R&D. On the other hand, the state could spend the money it usually spends on subsidies and other forms of direct intervention on arranging an efficient administrative mechanism for granting patents and preventing their infringement.

The efficiency of the patent system and its accessibility, the two main prerequisites for having positive effects on any industry, become ever harder to achieve with the passing of time. This is due to the growing number of applications on a global scale, and it stymies the development of the software industry. The first deficit, on which there more or less is a consensus among

16 IDC: *Economic Impact Study*, 2000.

17 Gauss project, European Patent Office statistics. Available at: <http://gauss.ffii.org/> (20.11.2012)

18 Commission of the European Communities, *Europe's Digital Competitiveness Report*, Brussels 2009, p. 3, available at: http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/i2010/docs/annual_report/2009/com_2009_390_en.pdf (20.11.2012)

19 Key figures on Europe: *Statistical Pocketbook 2006*, European Commission, Eurostat

20 Eurostat, Real GDP Growth Rate, available at: <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&plu gin=1&language=en&pcode=tec00115> (20.11.2012)

21 White Paper: *Promoting the European Software Industry*, Brussels, 29 October 2008.

22 Recommendations to the European Council: *Europe and the global informational Society*, Brussels, 26. May 199, p. 3.

23 European Commission, *European Competitiveness Report*, 2004., p. 53.

authors, is the fact that patents granted for software inventions are generally of a low quality, meaning that the inventive level is low, if there even is one. The whole purpose of patents, as a tool for stimulating the economy, is to reward inventions which solve a technical problem in a new and original fashion, while other inventions can be freely (commercially) used. The object of a patent in the field of software is the algorithm for processing data and sending instructions to the computer. The final version of the software is protected through copyright, although in Europe there are limitations in signatory countries to the EPC. These limitations mandate that the invention must achieve a certain technical effect in order to be protected by a patent. On the other hand, the EPO as well as national courts, in their interpretations of the EPC, under the influence of political pressures, continue to grant patents for invention which are out of the boundaries set by law, thus developing a situation in which it is unclear what can be patented, and what can't. For example, there is a developed practice of patenting business methods. Although the EPC explicitly forbids such patents,²⁴ the EPO later concluded that patenting is only excluded for software *as such* (which is quite a vague legal standard), while it allows for it in a number of other cases. The results of such policy are patents of far inferior quality. Sixteen percent of these patents are challenged in court, as opposed to 6% in other fields, while the rate of successfully challenged patents of business methods is 41%, compared to an average of 36% in other fields.²⁵ Even in the USA, where there is a much more liberal policy of granting patents, the situation is not any clearer, especially having in mind that around a thousand of software patents are granted for software-related inventions.²⁶

The process of granting a patent can also present an obstacle. As years pass by, more and more patent applications are submitted to patent offices all around Europe, and to the EPO as well, which threatens to overfill their capacities. For this reason, ever more time is needed to thoroughly examine an application. The factor that makes the patent system less accessible to a wider population are the expenses of processing an application. Some institutions, aware of this problem, have decreased their fees. The Patent Court in London introduced such measures in

1990, and a Patents County Court was established with a jurisdiction over less valuable cases, which cleared some space at the Patent Court, but the fact remains that the German courts continue to be the most popular when it comes to disputes over patents, mainly due to lower costs of procedures.²⁷

The second suggested solution was to educate the SME sector on how to effectively apply for a patent, so that these business could do it with decreased expenses, but there have been no significant steps to achieve this. In any case, with a system in which it is problematic to achieve legal protection through patents, and even once the patent is granted there is significant chance of a successful challenge in court, doing business is made harder for all, but especially for SME owners, thus raising the risk of investing capital in this field.

Although formally directed towards SMEs, Bangemann's plan, through insisting on further liberalization by moving towards the US model, sought to stimulate the development of large corporations, which would be the engine of further development in Europe's software sector. The understanding was that this type of enterprise, due to its resources and diversified activities inside the company, would be fitter to make use of the new proposed patent legislation. For instance, when it comes to submitting multiple patent applications, an internal legal service in a company achieves significantly lesser average costs, compared to outsourcing this activity to an independent law office.

On the other hand, although big corporations are the ones who easily procure patent protection for their products, and are thus more likely to benefit from it, there are substantial arguments for a different conclusion. Big names of the US IT industry, such as Lotus, Microsoft, IBM, WordPerfect, Novell, etc., are the ones who inspired the authors of the mentioned plan and they are the holders of a significant portion of patents issued for software inventions. It must be remembered that these companies earned their spot as leading market participants long before the expansion of patenting software. They have based their success solely on protection granted by copyright, and by cleverly trying to protect their source code, for instance, by distributing software only in assembly code.

Again, it could be argued that by allowing for source code to be patented, the situation has gone

24 EPC, Art. 52, p. 2.

25 S. Wagner, *Business Method Patents in Europe and their strategic use: Evidence from Franking Device Manufacturers*, University of Munich 2006, p. 16.

26 M. Kapor, S. Garfinkel, R. Stallman, „Why patents are bad for software“, *Issues in Science and Technology*, 3/1991, p. 3.

27 P. Leith, *Software patents in Europe, Cambridge intellectual property rights an information law*, Cambridge University Press 2007, p. 86.

for the better, because of the additional protection that such a system provides. The problem with this concept is that with the rise in number of patents the amount of litigation pertinent to these patents has also significantly risen. The other patent holders are requesting protection of their rights, which causes companies to seek as many patents as possible in order to later use them as a bargaining chip.²⁸⁻²⁹ Market participants are faced with additional costs for applying for patents, as well as for litigation costs in order to protect them, which was not the case when the only means of protecting software was copyright. A great deal of such litigation ends by settlement, so that the sources invested in protection have in effect been used to prolong the status quo, while only a small number of them actually brings profit by way of awarded damages.³⁰ It is justified to raise the question of why would one wish to introduce or maintain a system which constantly generates high costs and only at times secures profit, and all of this to protect market participants who made their success in a fundamentally different environment.

Although big business faces the problem of high costs when it comes to procuring patent protection for software, these problems are even clearer with SMEs. One way of looking at things is to blame the lack of knowledge of entrepreneurs and small business when it comes to using the patent system efficiently, and as a solution it is proposed to educate them in order for them to be more efficient. Speakers for this view are of the opinion that the mechanisms that are currently in place in Europe and the USA are in essence efficient, but that the lack of knowledge among its targeted users makes them inefficient.

On the other hand, different authors bring attention to systemic issues in the mechanism of granting a patent, which a priori put SME in an inferior position, not because of their lack of knowledge but mostly for the lack of financial assets when compared to bigger enterprises.³¹ A legal system is considered to be unacceptable should it only provide effective protection to the most affluent. The SME sector and entrepreneurs are often victims of obvious and deliberate infringement, and suffer significant damages from an array of unfounded claims, which are used by big business as an intimidation tactic in

order to minimize new entries to the market.³² Limited by their own financial inferiority, SMEs are lacking adequate defense mechanisms against harassment like this. Due to the described system of patent protection, SMEs are rightfully lacking optimism when it comes to their prospects of securing patent rights, so new entries to the field are in a decline. It has been empirically confirmed,³³ that due to such tendencies the amount of investments in R&D are in decline as well, which is highly detrimental for the competitiveness of the industry. If one would like to preserve the patent system in this field instead of abolishing it totally, it would be necessary to create a significantly more efficient mechanism for the protection of granted rights (certain steps in that direction were taken by the European Commission and Parliament in a Directive from 2004³⁴). Furthermore, in order to prevent the abuse of extensive patent portfolios of big business, a reform of the process of granting patents would have to occur, simply due to the fact that a significant portion of currently granted patents are successfully disputed in court (if SMEs make the effort of taking matters to court in the first place). Even when the outcome of the court proceedings is in favor of these market participants, the proportionately low awarded damages are rarely enough to cover even the attorney fees, which limits the financial incentives to litigate in the beginning.

It is often suggested that a specialized insurance system against patent infringement should be introduced. One of the most elaborate proposals of this kind has been published in the UK, where a more beneficial climate for SMEs to protect their rights³⁵ has been established by reforms in court fees and organization. Nevertheless, attention has been brought to high premiums at one hand, and the significant difficulties in assessing the risk of litigation on the other, so there is still a lot to be done until a successful solution is devised.³⁶

There have also been suggestions that businesses in the SME sector should organize themselves in order to face litigation issues

28 M. Kapor, S. Garfinkel, R. Stallman, „Why patents are bad for software“, *Issues in Science and Technology* Fall 1991. p. 5.

29 Federal Trade Commission, Report on Patents and Competition, 2003, available at: <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf> (20.11.2012)

30 P. Leith, *Software patents in Europe*, Cambridge University Press 2007, p. 85–97.

31 M. Haberman, R. Hill, Patent Enforcement for SMEs and Lone Investors – a System Failure, 2003.

32 W. Kingston, „Enforcing Small Firms' Patent Rights“ – *The Kingston Report*, 2000.

33 DKPTO „Economic Consequences of Legal Expense Insurance for Patents“, 2001.

34 *Corrigendum to Directive 2004/48/EC* of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004. on the enforcement of intellectual property rights, OJ L 157, 30/04/2004.

35 M. Haberman and R. Hill, Patent Enforcement for SMEs and Lone investors – a system failure 18. Nov. 2003 Appendix 1, p. 34–38.

36 CJA Consultants Ltd., *Patent Litigation Insurance: a study for the European Commission on possible insurance schemes against patent litigation risk* – Final Report, Jan. 2003.

together, by joining into some sort of a Patent Defense Union. Companies which specialize in representing SME patent holders have played an important role in making a better business climate for SMEs in the US. After patenting software was enabled, they significantly changed their business model. Since they are in a position to litigate in the name of all of their clients, these companies began to litigate extensively against companies which are in business of software development. In this way, from 2007 to 2011, an average of 80 billion dollars a year was awarded in the name of such claims.³⁷ This sum could not be interpreted as damaging if most of it would eventually be paid to the rightful patent holders, but it is instead kept by the representing companies in name of fees for their services, so it can be said that it is basically lost to the software industry, instead of being invested in further development.

One of the increasingly substantial threats to SMEs in software development is the simultaneous infringement by multiple small market participants. To individually litigate against each and every one of them is too costly, but if an option of some sort of joint action was introduced (a concept opposite to the class action mechanism), it could significantly reduce fees, which would allow businesses to protect their rights far more efficiently.

In spite of the difficulties mentioned so far, there still are authors who claim that the benefits from patenting software are greater than the shortcomings, and as proof for such a statement they bring up the amount of resources invested each year in procuring patent protection in this field. Nevertheless, beginning with empirical research from the 1980s, it has been shown that patents have different impacts in different areas of production.³⁸ The reason why patents are so beneficial for some industries (for example the pharmaceutical industry) is due to the fact that research in those fields requires substantial funding in order to bring sufficient results. The security which is brought by patenting such inventions secures continuous investments. The software development industry, on the other hand, has far smaller costs necessary to make new products, which is one of the reasons against allowing for software inventions to be patented.³⁹ This is a field in which most of the

advancement is closely connected and builds upon previous achievements. Of course, this is not to say that there is or should be a practice of mere copying, which would not lead to any kind of advancement, and is prohibited under the existing copyright system.⁴⁰

The US market, due to its liberal policy when it comes to patenting, makes for an excellent test ground for effects of patent legislation on market trends. Some attribute the negative effects of such policy to the idiosyncrasy of the software industry—the fact that it bases its development on a dynamic flow of information between potential competitors.⁴¹ The substantial funding spent on patent procurement is not rarely taken from funds initially reserved for funding R&D.⁴² This practically boils down to the fact that the system designed to stimulate investments in developing new technologies has a completely opposite effect, which makes building a case for it ever more difficult.

As with other patented inventions, the competition will always try to produce its own invention with similar effects. Of course, since the patent should protect only an invention of a certain (high) inventive level, it should be expected that other market participants will either try to come up with an original solution of their own, or simply pay for the license to use the patented solution. The situation in the software development industry is somewhat different. In this case, the patented invention is an algorithm for processing data, which would allow a faster, hence more efficient way of completing the process. Since an individual program consists of a rather large number of algorithms, it is possible to come up with a great number of similar algorithms that could process the same type of data, but would of course require more time. Due to the fact that the program does not depend on the functioning of just one of these processes, it could achieve roughly the same result as the one comprised of patented algorithms.⁴³ That puts a question mark on whether it would be financially efficient to invest in a patent in this field in the first place.

In the end, it should be best to present another argument of the proponents of software patents. Since the flow of ideas between competitors is

37 J. Bessen, J. Ford, M. Meurer, „Private and social costs of patent trolls“, *Boston University – School of Law, Working paper No. 11–45*, Nov. 2011.

38 E. Mansfield, *Patents and Innovation: An Empirical Study*, Center for Economics and Technology, University of Pennsylvania, 1986.

39 Federal Trade Commission, *Report on Patents and Competition*, 2003. Available at: <http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>. (20.11.2012)

40 European Commission, *Directive on Legal Protection of Computer Programmes*, 2009/24/EC.

41 J. Bessen, E. Maskin, *Sequential innovation: patent and innovation*, MIT, 2000.

42 *Patents, Innovation and Economic Performance – OECD Conference Proceedings: Chapter 14 – The software patent experiment*, 2004.

43 An accomplished programmer Linus Torvalds used this method to avoid litigation by Microsoft. See: *Software and Patents in Europe*, p. 97.

of such importance to the development of this industry, in the absence of protection granted by patenting, the manufacturers will try to conceal their source code through distributing their products in assembly code. Such code is very difficult to translate to any of the commonly used program languages, and the flow of ideas would therefore be significantly hindered. The argument is more than valid, namely since this is one of the most common tools for preventing the competition from finding out the parts of the source code of a freshly developed software. As a solution for said issue in Europe, an open source license was introduced. It is a case of a free license which allows its users to, under certain conditions, use parts of the source code of other software protected by the license,⁴⁴ mostly to enable other license users to use segments of their own source code. An advantage of such a system is that it enables developers to use the solutions of other authors, which stimulates development and innovation, while the rules for using the license prevent mere copying, and thus preserve the economic interests of developers.⁴⁵

Patent protection is traditionally regarded as one of the basic means to stimulate technological development. By enabling on one side a temporary monopoly for the inventor, society ensures a constant development of new technologies, and a rise in the standard of living. Traditional models should however be subject to constant scrutiny. The software industry undoubtedly has many similarities to other industries in the IT sector, but it also has its own peculiar traits. The need to connect software developers and facilitate the flow of ideas between them is of essential importance when it comes to ensuring constant development of technologies. A possibility of building on previous achievements can only ensure procurement of new and more efficient solutions to the existing problems of a wide array of end users. In this field, fierce competition is the only mechanism that would ensure that only the market participants which are able to adapt to new needs of consumers will remain in business. On the other hand, the robust mechanism of patent protection has proved to be quite detrimental to the development in this field.

44 Among the more famous are the ones created under the OSI (*Open Source Initiative*).

45 Even some of the larger companies, such is Google, are using these licenses. This company, in 2009, made publicly available around 14 million lines of code (10 million for Android OS, 2 million for Chrome, and the rest for various other applications), which stimulated various authors to develop new applications compatible with Google's products, and that in turn makes its products more desirable and profitable.

Patent legislation based on the EPC, although it still bestows certain limits to what can be patented, with the passing of time moves ever closer to the US model, through interpretations of the EPO. According to the arguments presented in this paper, it can clearly be deduced that this regulatory trend should not only be stopped, but that the patents in this field ought to be abolished completely. Since there is a number of already granted patents for software inventions, it would be against basic legal reasoning to abolish such rights *ex post*, but their existence should not be an obstacle to changing the policy of granting patents in the future. Only then can we expect to see a continuous rise in the level of competitiveness in the European software industry, which can only reach its full potential in a highly competitive environment.

Although there is currently available data from which it can be deduced just how software patents are efficient (and such data was used in this paper), it predominantly comes from the USA, a country of common law tradition, as opposed to the more prevalent civil law tradition in Europe. For this reason a discussion based on facts would be more convincing if there was some experience of this sort in civil law countries. Nevertheless, we are of the opinion that the data available today is sufficient to make a solid judgment on the problem discussed in this paper.

Растко Павловић

Студент 4. године основних студија

Правни факултет Универзитета у Београду

ДЕЛОТВОРНОСТ ЕВРОПСКОГ ПАТЕНТНОГ СИСТЕМА КАО МЕХАНИЗМА РЕГУЛАЦИЈЕ СОФТВЕРСКЕ ИНДУСТРИЈЕ

Последњих деценија се све више захуктава дебата о оправданости пружања патентне заштите софтверским проналасцима, те о могућности усвајања таквог прописа у патентном систему базираном на Конвенцији о европском патенту (European Patent Convention, 1973). Основно питање, које се поставља у дискусијама, јесте да ли би увођење пуне патентне заштите инхибирало или промовисало развој и инвестиције у софтверској индустрији. Циљ овог рада је да представи аргументе у корист и против предложене реформе софтверских патената, те да изнесе суд о ефикасности предложених легислативних решења.

Кључне речи: *патент, софтвер, Конвенција о европском патенту, Европски патентни завод*

АНАЛИЗА СПОРАЗУМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА О ОБРАДИ ПОДАТАКА О ФИНАНСИЈСКОМ ПРОМЕТУ

Мирјана Михајловић,
Студент докторских студија
Правни факултет, Универзитет у Београду

Циљ рада је да пружи свеобухватан увид у степен заштите личних података који гарантује Споразум ЕУ и САД о обради и трансферу података о финансијском промету из ЕУ ка САД у сврху ТФТП-а¹, у области превенције и сузбијања кривичних дела тероризма и финансирања тероризма, у односу на постављене стандарде у ЕУ и Савету Европе. У првом делу биће речи о америчком ТФТП-у и сарадњи ЕУ и САД у области борбе против тероризма, док други део пружа кратак увид у меродавне правне акте ЕУ и Савета Европе у области заштите података у поступку полицијске и кривичноправне сарадње у борби против тероризма. Затим се детаљно анализира у којој мери Споразум заиста гарантује право на заштиту личних података, разматрањем сваког конститутивног елемента тог права у односу на право ЕУ и конвенције Савета Европе, а посебно кроз истраживање транспарентности, права на приступ информацијама, недискриминаторског права сваке особе чији су подаци обрађивани на судску или административну одштету, као и других релевантних питања. У закључним разматрањима, аутор настоји да одговори на питање да ли Споразум представља корак напред у заштити личних података у области сарадње ЕУ и САД у кривичноправним стварима, да ли је у складу са правом ЕУ и конвенцијама Савета Европе, као и да ли евентуално постоје двоструки стандарди у области заштите права на заштиту личних података, као једном од универзалних људских права.

Кључне речи: ЕУ-САД споразум, ТФТП, СВИФТ, заштита личних података, кривично-правна сарадња, финансирање тероризма, финансијски подаци.

1. Увод

Након терористичких напада на САД у септембру 2001. године, основан је Програм за праћење финансирања тероризма (енг. Terrorist

Finance Tracking Program, даље: ТФТП), у оквиру Федералног трезора САД (енг. US Treasury Department), ради идентификовања, праћења и кривичног гоњења терориста и припадника њихових мрежа. Циљ програма је да прикупи и обради податке о финансијским трансферима и податке који су у вези са њима, као и да их проследи надлежним државним органима, ради превенције, откривања, истраге и кривичног гоњења тероризма и финансирања тероризма. Наведене податке доставља белгијска интернационална компанија за међународну међубанкарску финансијску телекомуникацију (СВИФТ)², а на основу захтева Федералног трезора САД. До 2009. године, СВИФТ је складиштио целокупну светску базу података о финансијском промету у оперативном центру у САД. Међутим, касније је компанија СВИФТ променила своју глобалну организациону структуру формирањем три регије: америчке (Северна и Јужна Америка), азијско-пацифичке, као и регије за Европу, Блиски Исток и Африку, које имају одређени степен аутономије и одвојене сервере за складиштење података. То је резултирало тиме да одређени део података потребан ради спровођења америчког ТФТП-а, није био доступан Федералном трезору САД, с обзиром да је био ускладиштен у оперативном центру у Европској унији.³

Како би се омогућио приступ свим неопходним подацима у сврху спровођења ТФТП-а, уз адекватну заштиту личних података, САД је закључила споразум са ЕУ о обради и преносу података Федералном трезору САД. Према наводима Европске комисије, овај Споразум пружа већу заштиту права на приватност држављанима ЕУ у односу на нацрт који није био прихваћен од стране Европског парламента, управо због недовољних гаранција права на приватност и заштиту личних података. Ово се пре свега односи на заштиту података која се тиче транспарентности, права на приступ информацијама, исправљању и брисању нетачних информација, недискриминаторском

1 Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for the purposes of the Terrorist Finance Tracking Program, *Official Journal of the European Union*, 27.7.2010, L 195/5–14. (ступило на снагу 01.08.2010.)

2 SWIFT– Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, <http://www.swift.com>, 27.02.2012.

3 <http://www.treasury.gov/resource-center/terrorist-illicit-finance/Terrorist-Finance-Tracking/Pages/tftp.aspx>, 27.2.2012.

праву сваке особе чији су подаци обрађивани на судску или административну одштету у САД. Поред тога, додатна заштита пружена је кроз дискреционо овлашћење ЕУРОПОЛ-а да утврди неопходност сваког појединачног захтева Федералног трезора САД, као и установљавањем независне комисије са овлашћењем да надзире правилну имплементацију Споразума.⁴

2. ТФТП и сарадња ЕУ и САД у борби против тероризма

Споразум ЕУ и САД о обради и преносу Федералном трезору САД података о платном промету ускладиштених на територији ЕУ од стране интернационалних служби, представља резултат њихове дуготрајније сарадње у сфери превенције и сузбијања тероризма и финансирања тероризма. Наиме, прикупљање финансијских података ради откривања терориста и њихове мреже и спречавања озбиљних и разорних терористичких аката постало је посебно актуелна тема након терористичког напада на САД 11. септембра 2001. године. Убрзо након тога, у оквиру Федералног трезора САД отпочео је Програм за праћење финансирања тероризма који омогућава да се, на основу обрађених финансијских података, прате новчане трансакције и на тај начин идентификују и лоцирају терористи и њихови финансијери, открије терористичка мрежа, онемогући уплив новца у терористичке токове и тако спречи њихов напад, односно омогући откривање учиниоца и кривично гоњење због кривичног дела тероризма и финансирања тероризма. Један од првих резултата настојања да се омогући прибављање података са територије ЕУ, ради ТФТП-а, било је закључење уговора САД са ЕУРОПОЛ-ом 2001. и 2002. године⁵ и ЕУРОЦАСТ-ом 2006. године⁶. Један од свакако најзначајнијих уговора, који је закључила ЕУ као група држава, јесте уговор између САД и

ЕУ закључен је 2004. године⁷, који је за предмет имао пренос електронских података о путницима свих авио-компанија, који превозе путнике ка, преко или из САД.

Закључење споразума о обради и преносу података о финансијском промету између САД и ЕУ, у сврхе превенције, откривања, истраге и кривичног гоњења тероризма и финансирања тероризма, постављено је као једна од неопходних мера екстерне сарадње ЕУ у области безбедности и правосуђа у Штокхолмском програму.⁸

Рад на изради нацрта Штокхолмског програма спроводиле су две радне групе, од којих се једна залагала на побољшању сарадње са САД у области обраде података о финансијском промету на основу претпоставке да је систем заштите личних података у САД адекватан и компатабилан систему у ЕУ.⁹ Оваква тенденција означила је почетак интензивније сарадње у области обраде података о финансијском промету, у сврху борбе против тероризма и његовог финансирања, правних система који су фундаментално различити.

3. Заштита личних података према праву ЕУ и конвенцијама Савета Европе

Специфичност контроле криминалитета у ЕУ јесте чињеница да се кривично право налази у сфери националног суверенитета, због чега је у овој области доминантна међународна сарадња, насупрот хармонизацији прописа и постављањем јединствених стандарда заштите права. Како би се избегле сложене административне и дипломатске процедуре, развој међународне сарадње у сузбијању организованог транснационалног криминала све више уважава принцип непосредне сарадње и институционалног повезивања.¹⁰ Ипак, мора постојати

4 http://ec.europa.eu/home-affairs/policies/terrorism/terrorism_tftp_en.htm, 27.2.2012.

5 Agreement between the United States of America and the European Police Office, on 06.12.2001., European Council, 14581/01, https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/flags/united_states_of_america.pdf, 12.04.2012.; Supplemental Agreement between the Europol Police Office and the United States of America on the exchange of personal data and related information, 20.12.2002., https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/flags/supplemental_agreement_between_europol_and_the_usa_on_exchange_of_personal_data_and_related_information.pdf, 12.04.2012.

6 Agreement between Eurojust and the United States of America, 06.11.2006., <http://www.state.gov/documents/organization/98433.pdf>, 12.04.2012.

7 Agreement of 14 May 2004. between the European Community and the United States of America on the processing and transfer of PNR data by Air Carriers to the United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection. *OJ L 255*, 30.09.2005., pp 83–85. <https://www.europol.europa.eu/>, 12.04.2012.

8 Одељак 7.5. алинеја 10 Штокхолмског програма (The Stockholm Programme — An open and secure Europe serving and protecting citizens, *Official Journal C 115*, 04/05/2010 pp. 1 –38) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:01:EN:HTML>, 03.03.2012.

9 De Busser E.: EU data protection in transatlantic cooperation in criminal matters: Will the EU be serving its citizens an American meal?, *Utrecht Law Review*, 2010, n°1, pp. 86–87, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551274, 12.03.2012.

10 Камбовски В.: Основни проблеми примене међународног казненог права од стране међународних и

баланс између брже и ефикасније међународне сарадње у кривичним стварима и очувањем основних људских права, како се не би „свет без граница“ претворио у „свет без права“.¹¹

У Уговору о Европској унији се, као једна од основних активности у области контроле криминалитета, наводи сарадња надлежних правосудних и полицијских органа држава чланица. Полицијска сарадња подразумева заједничку делатност полицијских, царинских и других специјализованих органа репресије, која се може одвијати директном сарадњом држава чланица или преко ЕУРОПОЛ-а. Сарадњу правосудних органа у кривичним стварима карактерише сарадња надлежних министарстава, правосудних и других органа држава чланица, непосредно или преко ЕУРОЦАСТ-а.¹² За разлику од међународне полицијске сарадње¹³, међународна правна помоћ у кривичним стварима представља извршење појединих процесних радњи у другој држави, на основу захтева стране државе, која се пружа у односу на кривични поступак, тј. поступак који се односи на кривично дело које у тренутку када је затражена помоћ спада у надлежност државе молиље. Супсидијарно се ова помоћ може односити и на поступак административног (управног) карактера који мора бити у вези са евентуалним покретањем кривичног поступка. У поступку

националних судова – у: *Тематски међународни научни скуп – Примена међународног кривичног права од стране међународних и домаћих судова*, (Ного С. ed.), Удружење за међународно кривично право и „INTERMEX“, 2006, p.14

- 11 Пантић Д.: Националне државе пред изазовом међународног кривичног права – у: *Тематски међународни научни скуп – Примена међународног кривичног права од стране међународних и домаћих судова*, (Ного С. ed.) Удружење за међународно кривично право и „INTERMEX“, 2006, p.121
- 12 Соковић С.: Контрола криминалитета у систему права ЕУ, *Ревиија за европско право*, (Вукадиновић Р. ed.), Крагујевац, 2005, pp. 52–56
- 13 Она може обухватати истражни процес заснован на обавештајним подацима и анализама усмереним ка познатим учиниоцима кривичних дела и њиховој криминалној делатности, али и чисту превенцију криминала. У највећем броју случајева и по правилу, полицијски органи предузимањем оперативних мера и радњи стварају неопходне претпоставке за кривични поступак, па се може рећи да међународна полицијска сарадња претходи међународној кривичноправној помоћи, више о томе у: Бановић Б.: Место и улога полиције у сузбијању тешких облика криминала – у: *Тешки облици криминала*, (Радовановић Д. ed.), Будва, 2004, p.15. и Никач Ж.: Место и улога МУП-а Републике Србије у поступку међународне кривичноправне помоћи – у: *Тематски међународни научни скуп – Примена међународног кривичног права од стране међународних и домаћих судова*, (Ного С. ed.), Удружење за међународно кривично право и „INTERMEX“, 2006, p.463

пружања међународне правне помоћи, посебно је заштићена сфера приватности, тако да се подаци о личности могу користити искључиво у кривичном или управном поступку у вези са којим је поднета замолница.¹⁴

Најважнији акти Савета Европе који пружају заштиту личних података, који се примењују на податке о финансијском промету у области полицијске и кривичноправне сарадње су Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, Конвенција бр. 108 о заштити појединаца у поступку аутоматске обраде личних података (даље: Конвенција 108), амандмани на Конвенцију 108, додатни Протокол, као и Препоруке Комитета министара бр. (87)15 и (90)19.¹⁵

Што се тиче права ЕУ у овој области, ситуација је нешто компликованија имајући у виду ранију трипартитну структуру¹⁶. Тако су у оквиру првог стуба меродавне Директива 95/46 о заштити личних података¹⁷, Уредба 45/2001¹⁸ и Директива 2006/24¹⁹, а у области трећег стуба Оквирна одлука 2008/977²⁰. Област сарадње у

- 14 Шукулић М.: *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, pp. 502–507
- 15 Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data [ETS No. 108, Strasbourg, 28.1.1981]; Amendments to the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (ETS No. 108) allowing the European Communities to accede of 15 June 1999; Additional Protocol to the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (ETS No. 108) regarding supervisory authorities and transborder data flows [ETS No. 181, Strasbourg, 08.11.01]; Recommendation No. R (87) 15 regulating the use of personal data in the police sector adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987.; Recommendation No. R (90) 19 on the protection of personal data used for payment and other related operations on 13.09.1990. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/dataprotcompil_en.pdf, 03.03.2012.
- 16 Више о томе: Boehm F.: Confusing fundamental rights protection in Europe: Loopholes in Europe's fundamental rights protection exemplified on European data protection rules, *Law Working Paper Series*, 2009, n°1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348472, 23.03.2012.
- 17 Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, *OJ L* 281, 23.11.1995 pp.31–50.
- 18 Regulation 45/2001 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data, *OJ L* 8, 12.01.2001. pp. 1–22.
- 19 Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector, *OJ L* 201, 31.07.2002. pp.37–47, замењена са Директивом 2006/24 (Data Retention Directive 2006/24/EC, *OJ L* 105, 13.04.2006. pp. 54–63).
- 20 Council Framework Decision 2008/977/JHA on the protection of personal data processed in the framework

кривичним стварима регулишу још и Шенгенски споразум, Конвенција из Прума, Конвенција о полицијској сарадњи земаља Бенелукса, Конвенције о ЕУРОПОЛ-у и ЕУРОЦАСТ-у²¹, које садрже правила која се тичу сарадње међу државама њиховим потписницама, а која нису детаљније обрађивана у овом чланку, с обзиром на оквир предметне анализе и чињеницу да не би довела до другачијих закључака. Након ступања на снагу Лисабонског уговора, укинута је постојећа структура три стуба, што је створило могућност јединственог регулисања заштите личних података у свим секторима, а тиме и омогућавање једнаког степена заштите. Међутим, док се не постигне неопходна једнообразност, област заштите личних података у ЕУ остаје секторски подељена. Директива 95/46, која у потпуности следи захтеве постављене Конвенцијом 108, примењује се само на област првог стуба, што је потврђено 2006. године, пресудом Европског суда правде која је привукла велику пажњу стручне јавности.

Наиме, спор је настао поводом закључења уговора између САД и ЕУ о електронским подацима путника авио-компанија из 2004. године. За закључење уговора ЕУ са трећом државом ради преноса личних података, Директива 95/46 захтева одлуку Европске комисије о адекватности заштите података коју пружа трећа држава. Из тог разлога је Европска Комисија усвојила Одлуку 2004/535²², којом је утврдила да надлежни амерички биро, коме се преносе подаци, пружа адекватан ниво заштите личних података путника, док је Европски Савет усвојио Одлуку 2004/496²³ којом је одобрио закључење наведеног уговора. Овакве одлуке нису наишле на одобравање од стране Европског парламента, који је покренуо поступак пред Европским судом правде, против Европске комисије и Савета, због злоупотребе овлашћења, повреде основних људских права и принципа пропорционалности, тра-

of police and judicial cooperation in criminal matters, *OJ L 350*, 30.12.2008. pp. 60–71.

21 Више о томе: Boehm F.: *op. cit.*, pp. 1–15.

22 Commission Decision 2004/535/EC of 14 May 2004 on the adequate protection of personal data contained in the Passenger Name Record of air passengers transferred to the United States' Bureau of Customs and Border Protection, *OJ L 235*, 06.07.2004 pp. 11–22.

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004D0535:EN:HTML>. 14.04.2012.

23 Council Decision 2004/496/EC of 17 May 2004 on the conclusion of an Agreement between the European Community and the United States of America on the processing and transfer of PNR data by air carriers to the United States Department of Homeland Security, Bureau of Customs and Border Protection, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:183:0083:0083:EN:PDF>, 14.04.2012.

жећи од суда да поништи предметне одлуке. Европски суд правде је пресудом од 30. маја 2006. године²⁴ поништио одлуку Комисије о адекватности заштите података органа САД и одлуку Савета о одобрењу споразума ЕУ и САД о преносу података путника авио компанија, сматрајући да није постојао правни основ за доношење одлука, не упуштајући се у меритум питања, да ли је овакав споразум у складу са Директивом 95/46, односно да ли пружа адекватну заштиту података у складу са принципом пропорционалности и адекватности заштите. Суд је у образложењу пресуде навео да је одредбом чл. 3 ст. 2 Директиве 95/46, искључена област кривичног права из њене примене, па како се у конкретном случају радило о уговору о кривичном праву, то није постојао правни основ за доношење предметних одлука. Тиме је остало нерешено питање да ли органи САД пружају адекватну заштиту личних података и створена правна празнина у области заштите личних података у области кривичног права у ЕУ. Оваква пракса иде у прилог тези да је контрола криминалитета у постмодерном друштву оличена у максими „све што врши посао“ (е. anything goes), према којој се примењују сва средства у чију ефикасност се верује.²⁵

Таква ситуација постојала је све до 2008. године када је донета Оквирна одлука 2008/977 која, стога, представља једини правни акт који свеобухватно регулише област заштите личних података у оквиру полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима. Иако су њене одредбе донете по угледу на Директиву 95/46, њена примена се ограничава, са једне стране, само на превенцију, откривање, истрагу и кривично гоњење учинилаца кривичних дела, односно извршење кривичних пресуда, док, са друге стране, не обухвата обраду података унутар државе чланице.²⁶

4. АНАЛИЗА СПОРАЗУМА

4.1. Сврха и предмет Споразума

Сврха Споразума је да стране уговорнице, уз поштовање права на приватност и заштиту личних података, међусобно осигурају олакшан трансфер података о финансијском про-

24 Европски Парламент против Савета и Комисије Европске Заједнице, здружени предмети C–317/04 и C–318/04 Европског суда правде, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=PNR&docid=57042&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=1495056>, 27.02.2012.

25 Игњатовић Ђ.: Сузбијање најтежих облика криминалитета у условима транзиције и несигурности, *Тешки облици криминала*, (Радовановић Д. ed.), Будва, 2004, p.15.

26 De Busser E.: *op. cit.*, p. 90.

мету, искључиво ради превенције, откривања, истраге или кривичног гоњења за кривична дела тероризма и финансирања тероризма. Предмет Споразума су подаци о финансијском промету, који се односе на финансијске трансфере и са њима повезаним подацима, који су ускладиштени на територији ЕУ, од стране уговорених интернационалних провајдера финансијских услуга.²⁷ Дакле, сврха споразума је да се информације о финансијском промету, ускладиштене на територији ЕУ, проследи Федералном трезору САД ради спровођења ТФТП-а, као и да се, информације прикупљене кроз наведени програм, реципрочно проследи надлежним органима држава чланица ЕУ, ЕУРОПОЛ-у или ЕУРОЦАСТ-у. У Анексу Споразума је уговорено да ће провајдер информација о финансијском промету бити компанија за интернационалну међубанкарску телекомуникацију – СВИФТ. Ради се о светској компанији са седиштем у Белгији, која тренутно пружа услуге финансијског трансфера за више од 9000 банкарских организација, безбедносних институција и корпорација у 209 држава.²⁸ С обзиром да су предмет уговора подаци о финансијском промету који су ускладиштени на територији ЕУ, поставља се питање порекла тих података. Одредбом чл. 20, уговорено је територијално важење Споразума на територији на којој важи уговор о ЕУ, уговор о функционисању ЕУ, као и на територији САД. Из наведеног би се могло закључити да се ради о информацијама о финансијском промету које потичу са територије ЕУ и САД. Међутим, када се узме у обзир да уговорени провајдер – компанија СВИФТ, од 2009. године све своје податке прикупљене пружањем услуга међубанкарске телекомуникације за регију Европе, Блиског Истока и Африке складишти у оперативном центру на територији ЕУ²⁹, а да су предмет Споразума информације „ускладиштене“ на територији ЕУ, могло би се закључити да предмет не чине само подаци о финансијском промету који потичу из држава чланица ЕУ, него и држава наведених регија. Ипак, одредбом чл. 4 ст.2 тачка (д) Споразума, уговорено је да Федерални трезор САД, не може захтевати информације о финансијским трансакцијама које се одвијају у оквиру зоне СЕПА³⁰. Имајући у виду

да су све државе чланице ЕУ уједно и чланице зоне СЕПА, као и да се њихове међубанкарске трансакције врше преко посебног провајдера финансијских услуга (енг. FileAct), долази се до закључка да СВИФТ нема приступ тим информацијама, нити их може складиштити.³¹ Дакле, из свега напред наведеног, произлази парадоксални закључак да су ЕУ и САД закључиле предметни Споразум како би поједноставиле међусобну размену података о финансијском промету, као вид сарадње у кривичноправним стварима, а да, заправо, ЕУ прослеђује све информације о финансијским трансакцијама које се врше на подручју Европе, Блиског Истока и Африке, осим оних података са територија држава чланица ЕУ и СЕПА. За узврат, САД се обавезала да ће сарађивати са ЕУ и пружити помоћ и логистичку подршку уколико Европска Комисија одлучи да у ЕУ оформи систем еквивалентан ТФТП-у.³²

4.2. Поступак за прикупљање података о финансијском промету

Одредбом чл. 4 Споразума уговорено је да Федерални трезор САД подноси захтев за достављање података о финансијском промету ускладиштених на територији ЕУ, оперативном центру провајдера који се налази у САД. Копију захтева са прилозима доставља ЕУРОПОЛ-у, који је овлашћен да, у најкраћем року, утврди да ли су испуњени сви уговорени услови, те уколико јесу, да о томе обавести провајдера. Од тог момента, захтев је обавезујући за обе стране уговорнице по закону САД, а провајдер је овлашћен и обавезан да достави тражене информације директно Федералном трезору САД.

Захтев за достављање тражених информација мора испуњавати следеће услове:

1. што прецизнија идентификација тражених података који су неопходни ради превенције, истраге, откривања и кривичног гоњења за кривична дела тероризма и финансирања тероризма, са знаком којој специфичној категорији података припадају,
2. јасно поткрепљена неопходност информација

националним. СЕПА има 32 државе чланице: свих 27 држава чланица ЕУ, Монако и државе чланице ЕФТА (енг. European Free Trade Association) – Исланд, Лихтенштајн, Норвешку и Швајцарску. Види <http://www.ecb.europa.eu/paym/sepa/about/html/index.en.html>, 27.03.2012.

31 http://www.swift.com/about_swift/legal/compliance/ust_subpoenas.page?, 27.03.2012.

32 Чл. 11 Споразума.

27 Чл. 1 Споразума.

28 http://www.swift.com/about_swift/index.page, 27.03.2012.

29 Види http://www.swift.com/about_swift/company_information/leadership_council.page, 27.03.2012.

30 СЕПА (енг. Single European Payment Area – SEPA) је програм који установљава јединствени систем плаћања међу државама чланицама зоне, са циљем да изједначи интернационалне међубанкарске трансакције са

3. број тражених информација мора бити сведен на минимум, посебно узимајући у обзир раније и тренутне анализе ризика од тероризма засноване на типу информације, локалитету, уоченим претњама тероризма и степену угрожености,
4. не сме садржати захтев који се тиче финансијских трансакција у оквиру зоне СЕПА.

Поред наведеног, у чл. 5 се посебно истиче услов неопходности и пропорционалности тражених података у односу на право на приватност и заштиту личних података. Уколико се иста сврха може постићи другим средствима, прикупљање личних података неће испуњавати услов неопходности.³³

У том смислу, захтев мора бити заснован на претходној информацији или доказу који представља разлог да се верује да је субјекат података повезан са тероризмом или његовим финансирањем. Подаци који се захтевају могу се тичати информација о лицу од којег потиче трансакција и/или примаоцу, укључујући име, број рачуна, адресу и лични идентификациони број. У изузетним случајевима, захтев се може односити на посебно осетљиве информације које се тичу расне или етничке припадности, политичког опредељења, верских и других убеђења, чланства у тржишним унијама, здравственог стања и сексуалног опредељења, у ком случају ће бити обезбеђена адекватна заштита података.

4.2.1. ПРИНЦИП СВРХЕ

Основно начело Конвенције 108 и Директиве 95/46 заснива се на принципу да се лични подаци могу обрађивати у тачно одређене и легитимне сврхе и да се не смеју користити на начин који није компатибилан са том сврхом. Изузетак од овог начела постоји ради заштите државне и јавне безбедности, монетарног интереса државе и сузбијања кривичних дела, под условом да је тако прописано националним правом или да субјекат података да своју сагласност. Принцип 2 Препоруке (87)15 наводи да прикупљање личних података у полицијске сврхе мора бити сведено на минимум информација које су неопходне за превенцију реалне опасности или сузбијање одређеног кривичног дела. Увођење принципа спецификације сврхе у област полицијске обраде података, представља један вид победе права на заштиту личних података.³⁴ Принцип спецификације

33 De Busser E.: *op. cit.*, p.92.

34 Cannataci J.A., Caruana M., Bonnici J.P. M.: R(85)15 A Slow Death?-in: *Monitoring, Supervision and Informanion Technology* (Kleve P., De Mulder R.V., Van Noortwijk S., eds.),

сврхе обраде личних података, заправо, значи да појединци морају бити информисани у коју сврху се њихови лични подаци прикупљају и у коју сврху ће бити обрађивани и складишteni.³⁵ Насупрот спецификацији сврхе, Оквирна одлука 2008/977, прихвата принцип генералне сврхе, прописујући да се лични подаци прикупљени у одређену сврху могу користити „у било коју другу“ сврху, уколико се са тиме сагласи држава чланица ЕУ која прослеђује податке или сам субјекат података. Исти правац има и Директива 2006/24, која не дефинише јасно специфичну сврху због које се могу складиштити лични подаци, већ само да ти подаци морају бити доступни органима власти ради истраге озбиљних кривичних дела, чиме је игнорисан принцип специфичне сврхе из Препоруке (87)15.³⁶

Како је Споразумом уговорено да се обрада података о финансијском трансферу врши искључиво у сврхе превенције, откривања, истраге или кривичног гоњења тероризма или финансирања тероризма. У том смислу, Споразум пружа већу заштиту података у односу на Оквирну одлуку 2008/977, тако што је доследан Конвенцији 108 и Директиви 95/46.

Овде би требало напоменути да национално право САД секторски регулише област заштите података, те да за јавни сектор постоји ограничење да се подаци прикупљени у једну сврху не могу користити у друге сврхе без сагласности субјекта података. Међутим, већина закона који регулишу заштиту података у приватном сектору не примењују овај принцип.³⁷

Занимљиво је да чл. 9, ст. 1, тач. 2 Конвенције 108 не предвиђа могућност изузетка у случају превенције извршења кривичног дела, јер, како се наводи у образложењу конвенције, израз „сузбијање“ кривичног дела значи истрагу или кривично гоњење учинилаца кривичних дела³⁸. Један од предлога за модернизацију

2006, p. 33.; Овај принцип наглашава и Препорука 1181 (1992)1 (Recommendation 1181 (1992)1 on police co-operation and protection of personal data in the police sector, 11. 03. 1992. <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/8012, 14.04.2012.>)

35 Cannataci J.A., Bonnici J.P. M.: The end of the purpose-specification principle in data protection?, *International Review of Law – Computers&Technology*, 2010, vol.24 n°1, p. 101, <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/8012, 14.04.2012.>

36 Cannataci J.A.: Caruana M., Bonnici J.P. M. *op. cit.*, p. 46.

37 Greenleaf G.: The influence of European data privacy standards outside Europe: Implications for globalization of Convention 108, *International Data Privacy Law*, 2012, vol. 2, n°2, p. 6.

38 Explanatory Report: *Data protection*, Compilation of Council of Europe texts, Directorate General of Human

цију Конвенције 108, јесте увођење превенције као додатног разлога за изузетак од основног правила,³⁹ а који је већ у употреби у праву ЕУ.

4.2.2. ПРИНЦИП ПРОПОРЦИОНАЛНОСТИ

Из праксе Европског суда за људска права, произлазе додатна три услова: прецизност, предвидљивост и пропорционалност сврхе обраде личних података.⁴⁰

Имајући у виду све напред наведено, може се закључити да је сврха обраде података о финансијском промету у Споразуму прецизно и унапред одређена. Што се тиче услова пропорционалности, он се мора процењивати у сваком конкретном случају. Принцип пропорционалности садржи две компоненте: одсуство могућности да се иста сврха оствари путем других, мање инвазивних мера, као и процену да право које се штити има превагу над правом заштите личних података.⁴¹ На оцену пропорционалности утиче период чувања тих података (види одељак 3.2.3.), као и количина података која се обрађује. Правилно је Споразумом одређено да се број тражених информација мора свести на минимум, узимајући у обзир раније и тренутне анализе ризика од тероризма засноване на типу информације, локалитету, уоченим претњама тероризма и степену угрожености. Поред тога, прецизно се наводе који подаци о финансијском промету могу бити прикупљени. Наиме, постоји подела електронских података на оне који се тичу самог саобраћаја података – информације подобне да се идентификује пошиљалац, прималац, датум, време и место, као и оне који се тичу саме садржине средстава комуникације.⁴² Имајући у виду да се Споразумом обрађују подаци о лицу од којег потиче трансакција и/или примаоцу, укључујући име, број рачуна, адресу и лични идентификациони број, може се закључити да је он у складу са Директивом 2006/24 о чувању

података, која се односи на саобраћај података. Што се тиче посебно осетљивих података (расна или етничка припадности, политичко опредељење, верска и друга убеђења, чланство у тржишним унијама, здравствено стање и сексуално опредељење), Споразум пружа стандард заштите у складу са Конвенцијом 108, тако што одређује да се они могу прикупљати само у изузетним случајевима када мора бити обезбеђена њихова адекватна заштита.

4.2.3. ЧУВАЊЕ ПОДАТАКА О ФИНАНСИЈСКОМ ПРОМЕТУ

Природа личних података је таква да они могу бити неопходни и релевантни у моменту прикупљања, али да након истека одређеног периода они могу изгубити то својство, па је Конвенцијом 108 одређено да се они могу чувати само до тренутка када више нису потребни ради постизања сврхе у коју су прикупљени. Резолуција Комитета министара Савета Европе (73)22⁴³ која се односи на приватан сектор, наглашава да је потребно прецизно утврдити рок до када се подаци могу чувати, како би се избегло неразумно дуго чување података које може бити штетно, док Резолуција Комитета министара Савета Европе (74)29⁴⁴ додаје да изузетак може постојати само у статистичке, научне и историјске сврхе. Тако и Препорука (87)15 у чл. 7 ст. 2 наводи да се у области кривичноправне сарадње, морају одредити фиксни рокови за чување података и редовна евалуација њихове неопходности. Насупрот наведеном, постоји и другачије гледиште према којем би чување података у полицијске сврхе требало дозволити само под строгим условима, у ограниченом периоду и то само у оним конкретним случајевима где је то неопходно уз поштовање принципа пропорционалности.⁴⁵

Одредбом чл. 6 Споразума је уговорено да ће Федерални трезор САД најмање једном годишње вршити евалуацију података о финансијском промету, те да ће се подаци који више

Rights and Legal Affairs, Strasbourg, 2010, p. 24. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/dataprotcompil_en.pdf, 27.02.2012.

39 The Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with regard to automatic processing of personal data /2012/: *Modernisation of convention 108: new proposals*, Strasbourg.

40 Malone v. United Kingdom [1984], Rotaru v. Romania [2000] ECtHR

41 Bignami F.: Privacy and Law Enforcement in the European Union: The Data Retention Directive, *Chicago Journal of International Law*, 2007, vol.8, n°1, p. 242. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=955261, 27.03.2012.

42 Директива о чувању података 2006/24 се односи на податке о саобраћају, али не и о садржини електронске комуникације. Види: Bignami F.: op. cit., pp. 236–245.

43 Resolution (73) 22 on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the private sector, [www.ada.lt/images/cms/File/Resolution.73\(22\).doc](http://www.ada.lt/images/cms/File/Resolution.73(22).doc), 03.03.2012.

44 Resolution (74) 29 on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the public sector adopted by the Committee of Ministers on 20 September 1974, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&instranetImage=590512&SecMode=1&DocId=649498&Usage=2>, 03.03.2012.

45 Мишљење тзв. Радне групе чл. 29 Директиве 95/46. (Opinion on the Draft Data Retention Directive, WP113 of 21 October 2005. <http://www.statewatch.org/news/2005/nov/WP113.pdf>, 14.04.2012.)

нису неопходни ради борбе против тероризма и његовог финансирања трајно обрисати првом приликом када то буде технички било могуће. Из наведеног произлази да, заправо, није одређен тачан период чувања прикупљених података, већ да је на снази уопштена формулација, да ће се подаци чувати све док више не буду потребни за истрагу или кривично гоњење за тероризам или финансирање тероризма, а да ће се у међувремену вршити евалуација неопходности података најмање једном годишње и то од стране Федералног трезора САД, не и ЕУРОПОЛ-а или друге независне комисије. Ово представља један од видова неоправданог задирања у право на приватност и право на заштиту личних података, јер се ризик повреде ових права увећава уколико није прецизно одређен рок у којем се чувају прикупљени подаци. Из тог разлога је одредбом чл. 3 ст. 6 Директиве 2006/24 о чувању података, постављено ограничење периода чувања података на рок од 6 месеци до 2 године.

Можда је један од разлога овакве одредбе то што право на заштиту личних података у САД није уставна већ законска категорија, нити представља фундаментално људско право, као што је то случај у ЕУ.⁴⁶

4.3. Прослеђивање података трећим државама

4.3.1. ПРИНЦИП АДЕКВАТНОСТИ

Конвенција 108, као и Директива 95/46, омогућава слободан проток личних података међу државама чланицама, који представља основ интернационалне сарадње. Ипак, ефективна заштита приватности и личних података такође значи да не би требало да се преносе лични подаци државама или организацијама које не гарантују адекватну заштиту података (услов адекватности). У том смислу, додатни Протокол уз Конвенцију 108 обавезује државу потписницу да, пре него што проследи личне податке трећој држави или органу, утврди да ли они гарантују довољан степен заштите личних података. Према томе, целисходност и дозвољеност трансфера личних података држави, односно организацији, која није чланица Конвенције 108, условљена је постојањем адекватне заштите података у светлу свих околности конкретног трансфера, при чему се посебно узима у обзир тип података који се преноси, сврха и трајање обраде, земља пошиљалац и земља прималац, општи или посебни правни акти који се односе на те податке, као и пи-

тање сигурности и безбедности података.⁴⁷ Како још увек не постоји листа критеријума на основу којих се утврђује адекватност правне заштите личних података у некој земљи, или органу, може доћи до недоследне примене овог услова, а тиме и до неуједначене праксе држава потписница Конвенције.⁴⁸ Одредбом чл. 2 ст. 2 додатног Протокола уз Конвенцију 108, предвиђени су изузеци од услова адекватности, уколико је националним законодавством земље која прослеђује податке тако прописано: ради специфичних легитимних интереса субјекта података, затим ради важнијих легитимних интереса (посебно јавних интереса) или уколико земља пријема понуди адекватне гаранције за заштиту података. Посебно би требало обратити пажњу на одредбу чл.12 Конвенције 108, на основу које се може ограничити слободан проток података међу државама потписницама, у случају када једна држава потписница, прослеђује личне податке држави која није потписница, преко посредника друге државе потписнице, у случају када би такав трансфер резултирао избегавању примене законодавства прве државе потписнице из које ти подаци потичу.

Са друге стране, одредба чл. 25 ст. 2 Директиве 95/46 одређује критеријуме за оцену услова адекватности заштите личних података у трећој држави, који морају узети у обзир природу података, сврху и трајање предложене обраде података, земљу порекла и земљу коначне дестинације, владавину права која постоји у трећој земљи, како општу тако и секторску, као и питања сигурносних мера које се примењују у тој држави. На основу чл. 31 ст. 1 Директиве 95/46, Европска комисија доноси одлуку да ли трећа држава испуњава овај услов. Овде би требало подсетити, да се стандарди које поставља наведена директива не односе на кривичну материју, те да у тој области, Европска комисија нема правног основа за доношење одлуке о адекватности.

У области сарадње у полицијској и кривичној сфери, меродавна је Оквирна одлука 2008/977, која такође садржи услов адекватности као Директива 95/46 и Конвенција 108. Наиме, да би се лични подаци могли проследити трећој земљи, морају кумулативно бити испуњена четири услова: 1. да је трансфер потребан само ради превенције, откривања, истраге

47 Explanatory Report to the Additional Protocol to the Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data regarding supervisory authorities and transborder data flows.

48 De Busser E.: *op. cit.*, p.93.

46 Види: Bignami F.: *op. cit.*, p. 18.

или кривичног гоњења или извршења кривичне пресуде, 2. да је земља пријема података одговорна за спровођење наведених радњи, 3. да у земљи пријема постоји адекватна заштита личних података и 4. да постоји сагласност земље од које се тражи трансфер података.⁴⁹ Изузеци од ових правила су идентични онима из додатног Протокола, који су претходно наведени.

Подаци о финансијском промету прикупљени на основу Споразума могу се проследити државама чланицама ЕУ, ЕУРОПОЛ-у, ЕУРОЦАСТ-у, САД, трећим државама или другим интернационалним органима, само уколико су испуњени следећи услови:

- предметни подаци морају бити прикупљени само на основу индивидуализованог захтева⁵⁰
- могу се проследити само надлежним органима за спровођење закона, јавне безбедности и борбе против тероризма,⁵¹
- пренос података се врши ради достављања трагова у искључиву сврху превенције, истраге, откривања и кривичног гоњења за кривична дела тероризма и финансирања тероризма,
- у случају да се трећој држави преносе подаци о држављанину или резиденту неке од држава чланица ЕУ, мора постојати претходна сагласност те државе или да се пренос тих информација врши у складу са већ постојећим протоколом између САД и те државе чланице. Изузетак од овог правила постоји за време непосредне и озбиљне претње јавној безбедности у САД, државама чланицама ЕУ или трећим државама, у ком случају та држава чланица ЕУ мора бити информисана о свим детаљима у најкраћем року.⁵²

Од четири услова који су наведени у Оквирној одлуци 2008/977, Споразум садржи само три услова: да је трансфер потребан само ради превенције, откривања, истраге, кривичног гоњења или извршења кривичне пресуде, да је земља пријема података одговорна за спровођење наведених радњи и да је потребна са-

гласност државе чланице ЕУ за пренос података о њеном држављанину, односно резиденту трећој држави. Према томе, уколико се неки подаци тичу држављанина или резидента ЕУ, за даљи трансфер тих података трећој држави, неопходно је обавестити конкретну државу и од ње затражити сагласност. Иако су предмет Споразума подаци о финансијском трансферу који потичу са подручја Европе, Блиског истока и Африке, сагласност неке од држава из тог подручја није услов за даљи пренос података о држављанину те државе. Ово из разлога што Конвенција 108 не поставља услов сагласности, већ тај услов постоји једино у праву ЕУ. Са друге стране, услов који је постављен Конвенцијом 108, али и Оквирном одлуком 2008/977, јесте услов адекватности. ЕУ је приликом закључења предметног уговора са САД о преносу података о финансијском промету, игнорисала сопствено правило да у трећој земљи, као земљи пријема, мора постојати адекватна заштита личних података.

4.3.2. АДЕКВАТНОСТ ЗАШТИТЕ ЛИЧНИХ ПОДАТАКА У САД

САД није потписница Конвенције 108, па је она у односу на државе потписнице, уједно и државе чланице ЕУ, тзв. трећа држава, па је пренос предметних података о финансијском промету, условљен оценом услова адекватности, за сваки конкретан случај и за сваки конкретан орган коме се преносе подаци. Дакле, пре закључења Споразума, требало је проверити да ли је правна заштита коју пружају органи којима се прослеђују подаци адекватна, што није учињено. Пренос података ка САД, иако није претходно проверена адекватност заштите коју она пружа, омогућена је још уговором ЕУРОПОЛ-а и САД из 2002. године о трансферу личних података и са њима повезаним информацијама. У овом уговору је постојала претпоставка адекватности заштите личних података у САД, без провере и доказа за такву тврдњу, што је противно свим актима који регулишу ову област, како на нивоу ЕУ тако и на нивоу Савета Европе. Може се рећи да је, касније, Европски савет учинио изванредан напор у правцу утврђивања адекватности америчког система заштите личних података, па је донео одлуку којом утврђује испуњеност овог услова за потребе закључења уговора ЕУ са САД ради трансфера података о путницима авио-компанија из 2004. године. Међутим, Европски суд правде је укинуо наведену одлуку сматрајући да Европски савет није имао правног основа за њено доношење, јер је одлука донета на основама првог стуба, те образложио да се Ди-

49 *Ibid.* p.93.

50 Види одељак 3.2.

51 Степен заштите личних података умањен је тиме што се не наводи листа тачно одређених надлежних органа који могу приступити усклађеним подацима ради истраге, већ уопштено даје то овлашћење „надлежним органима“. Види: Cannataci J.A. Caruana M., Bonnici J.P. M.: *op. cit.*, p. 46.

52 Чл. 7 Споразума.

ректива 95/46, па самим тим и одредбе о доношењу одлуке о услови адекватности, не могу примењивати на сарадњу у кривичноправним стварима, јер то излази из поља њене примене. Тиме је утврђено да Европска комисија нема овлашћења да донесе одлуку о испуњености услова адекватности на основу Директиве 95/46 у области трећег стуба, односно сарадње у полицијским и кривичним стварима. Тако је створена правна празнина заштите личних података у сектору полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима, у смислу да није постојао ни један правни акт који би захтевао испуњеност услова адекватности, све до доношења Оквирне одлуке 2008. године. Ипак, ни предметном Споразуму, такође, није претходила оцена адекватности америчког степена заштите личних података, иако је тај услов постављен Оквирном одлуком 2008/977. Могло би се поставити питање, из ког разлога Европска комисија није донела одлуку о адекватности америчког система заштите личних података, имајући у виду да је након ступања на снагу Лисабонског уговора укинута структура три стуба?

Наиме, након Лисабонског уговора, напушта се трипартитна структура, са јасно истакнутом посебношћу сарадње у оквиру заједничке спољне и безбедносне политике. Дакле, материја из трећег стуба пребачена је у први, што уводи и нове надлежности Европског суда правде. На основу чл. 35 Уговора о ЕУ, Европски суд правде је надлежан за доношење прелиминарне одлуке о ваљаности и тумачењу оквирних одлука и одлука, о тумачењу припремљених конвенција, као и о ваљаности и тумачењу прописа којима се примењују те конвенције. Поред тога, Суд правде не може да разматра ваљаност или обим сврсисходности операција које обављају полицијски или други органи репресије у државама чланицама ради одржавања јавног реда и унутрашње безбедности.⁵³ Међутим, тек након 2014. године, Европски суд правде ће имати овлашћења да поступа у случају евентуалног кршења поверења у државе чланице у специфичној кооперацији у кривичним стварима.⁵⁴ Дакле, један од могућих одговора на ово питање јесте одредба којом се нове, проширене надлежности Европског суда

правде неће примењивати у транзитном периоду од 5 година, а то је период од 2010–2014. године. Занимљиво је да се тај период поклапа са периодом важења Штокхолмског програма и предметног Споразума.

4.4. Заштита података о финансијском промету

Одредбе чл. 6 ст. 1 тач. (а) и (б) Директиве 95/46, установљавају правило да сврха ради које се прикупљају подаци мора бити спецификована у детаљима приликом прикупљања података. У том случају, онај који прикупља податке има обавезу да идентификује све потенцијалне употребе прикупљених података како би осигурао да субјект података буде адекватно информисан. Поред тога, има обавезу да информише субјекта података ко може имати приступ тим подацима и да ли се они могу пренети трећим особама.⁵⁵

Одредба чл. 15 Споразума гарантује да свака особа има право да захтева информацију да ли је, приликом обраде, повређено његово/њено право на заштиту личних података у складу са Споразумом. Ради остваривања овог права, мора се, у разумном року, послати захтев националном надзорном органу у ЕУ, надлежном за заштиту личних података (енг. European national supervisory authority)⁵⁶, на основу којег ће заинтересована особа, у најкраћем року и без прекомерног кашњења, добити најмање потврду да су његови/њени подаци обрађивани у складу са Споразумом. Ипак, остваривање овог права зависи од процене Федералног трезора САД, да ли би овакво обелодањивање информација угрозило остваривање сврхе превенције, истраге, откривања и кривичног гоњења за кривична дела тероризма и финансирања тероризма. Иста процедура важи за поступак исправљања, брисања и блокирања података.

Оваква одредба је у складу са Оквирном одлуком 2008/977, па је држављанима држава чланица ЕУ заиста омогућено да остваре приступ информацијама да ли су њихови подаци о финансијском промету обрађивани, као и да ли су обрађивани у складу са Споразумом. Са друге стране, поставља се питање на који начин своје право могу остварити држа-

53 Чавошки А.: Правосудни систем Европске Уније у светлости реформског уговора, *Страни правни живот*, 2009, н°1, pp. 74–75.; Више о надлежности Европског суда правде у: Чавошки А.: *Правосуђе и унутрашњи послови у Европској унији*, Правни факултет Универзитета Унион и „Сл. Гласник РС“, 2009, pp. 91–98

54 Cerizza M., Martinico G.: Supranationalism in EU criminal justice: Another incoming tide?, *STALS Research Paper*, 2010, н°7, p. 6.

55 De Avezedo Cunha M.V.: Privacy, Security and the Council Framework Decision 2008/977/JHA, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666140, 2010, p. 9.

56 На основу одредбе чл. 25 Оквирне одлуке ЕУ из 2008. године, државе чланице су обавезне да оформе национални надзорни орган који ће надзирати заштиту личних података у области кривичноправне сарадње.

вљани држава које су потписнице Конвенције 108, која такође гарантује право на приступ информацијама. Ово питање је релевантно с обзиром да се у оквиру овог Споразума могу обрађивати подаци са територија држава Европе (осим држава ЕУ и зоне СЕПА), Блиског истока – Турске, које су чланице Савета Европе и потписнице Конвенције 108. Тумачећи овакву одредбу долази се до закључка да, на основу Споразума, само особа која је држављанин, односно резидент државе чланице ЕУ може тражити информацију о томе да ли су њени/његови лични подаци обрађивани.

Што се тиче права на одштету у случају кршења овог Споразума и повреде права на заштиту личних података, одредбом чл. 18 ст. 2 Споразума, одређено је да свака особа има право да захтева административну или судску одштету у случају кршења одредаба Споразума приликом обраде његових/њених података, подједнако према праву ЕУ, држава чланица или САД.

Из свега претходно наведеног произлази да се не могу захтевати информације о финансијском промету из зоне СЕПА, односно међу државама чланицама ЕУ, затим, уколико се догоди да прибављене информације садрже податке о држављанину или резиденту државе чланице ЕУ мора постојати сагласност за даље преношење трећим државама, док се само особе које су држављани или резиденти државе чланице ЕУ могу обратити Федералном трезору САД ради добијања информације да ли су њихови подаци обрађивани. Дакле, заиста се поставља питање, с обзиром да се махом ради о прикупљању, обради и преносу података о финансијском промету ван држава чланица ЕУ, на који начин субјекти личних права који нису држављани или резиденти држава чланица ЕУ могу остварити заштиту и евентуално накнаду штете у случају кршења права на заштиту личних података и права на приватност, уколико не постоји могућност да претходно сазнају да су њихови подаци уопште и били процесуирани. Ово посебно имајући у виду да се у преамбули Споразума наводи да су корисници услуга провајдера (СВИФТ-а) обавештени да се њихови подаци могу проследити полицијским и судским органима, а да то обавештење „може” спомињати и ТФТП. Дакле, могу али не морају бити обавештени коме све њихови подаци могу бити прослеђени. Свакако да је један од одговора механизам заштите људских права на основу Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, али овај пут подразумева и претходно исцрпљење наци-

оналних правних лекова, али само за државе потписнице ове конвенције.

5. Закључак

Програм за праћење финансирања тероризма је основан како би се прибавили трагови који би помогли у истрази и откривању терористичких мрежа, као и спречавању терористичких аката у свету. Без обзира на то да се не може са сигурношћу утврдити у ком проценту је рад ТФТП-а допринео спречавању тероризма, свакако да се не може ни негирати његов значај. Несумњиво је да се након терористичких аката у нпр. САД (2001.), Мадриду (2004.) и Лондону (2005.) повећала тензија између две основне друштвене вредности: права грађанина да буде заштићен од тероризма и обавеза државе да обезбеди јавну сигурност и права појединаца на заштиту приватности и личних података. Не може се избећи утисак да је принцип заштите једног од фундаменталних права на заштиту личних података цикличан у својој примени и развоју, као и да је подложен утицају глобалних политичких, социјалних и економских фактора. У доба интензивнијег степена криминогених активности, као да постоји тенденција да се оправдава избегавање примене свих стандарда у заштити личних података. Тако и предметни Споразум пружа једноставнији начин размене података о финансијском промету ради борбе против тероризма, али на уштрб одређених права субјекта личних података.

Главна замерка Споразуму ЕУ и САД је да његовом закључењу није претходила оцена адекватности система заштите личних података у САД. Тиме се заобишло правило Конвенције 108 Савета Европе, да државе потписнице, односно државе чланице ЕУ, могу пренети личне податке државама које нису потписнице, само уколико постоји адекватна заштита података, што је довело до постојања евентуалне опасности недовољне заштите или одсуства заштите личних података. Ово право је додатно угрожено не постављањем фиксних рокова чувања података о финансијском промету и препуштањем тог питања дискреционој оцени Федералног трезора САД.

Са друге стране, свакако да је постојање споразума о обради и преносу података о финансијском промету у области кривичноправне сарадње, који пружа одређену заштиту личним подацима, макар и у недовољној мери, корак напред у гарантовању овог права, у односу на ситуацију која је претходила закључењу, када је Федерални трезор САД имао неконтролиса-

ни приступ целокупној бази података СВИФТ-а, у оперативном центру у САД. У том смислу, значајно је да је Споразум доследан стандардима ЕУ и Савета Европе у погледу принципа неопходности и пропорционалности, као и прецизног дефинисања сврхе ради које се подаци о финансијском промету могу обрађивати и преносити у поступку међународне сарадње у кривичним стварима. Додатна заштита се омогућава и значајном улогом ЕУРОПОЛ-а, којем је предато дискреционо овлашћење да проверава испуњеност свих Споразумом одређених услова сваког појединачног захтева за обраду података о финансијском промету. Поред тога, уколико се догоди да се подаци о финансијском промету односе на држављанина, односно резидента неке од држава чланица ЕУ, неопходно је обавестити ту државу и затражити сагласност за даље прослеђивање податка трећим државама. Сходно наведеном, свакако да се не може оповргнути мишљење Европске Комисије да је ЕУ оваквим одредбама повећала гаранције заштите права на приватност и личне податке својих држављана, тј. резидената, посебно ако се има у виду да су из предмета Споразума искључене информације о финансијском промету који се врши управо међу државама чланицама ЕУ.

Имајући у виду да се анализом Споразума дошло до закључка да је његова главна сврха да Федерални трезор САД, кроз оперативни центар СВИФТ-а, смештен на територији ЕУ, приступи подацима о финансијском промету у државама у Европи (осим државама чланицама ЕУ и зоне СЕПА), Блиском Истоку и Африци, поставило се питање да ли субјекти личних података који не потичу из ЕУ могу да остваре своја права на основу Споразума исто као и држављани ЕУ. Посматрајући Споразум са тог аспекта, може се аргументовати да он представља корак у назад, јер пружа врло контрадикторне одредбе које нису у складу са постојећим стандардима заштите личних података у кривичним стварима. Са једне стране се наводно гарантује недискриминаторно право на приступ информацијама и одштети у случају кршења Споразума, док са друге стране сам поступак остваривања тих права осмишљен је тако да само држављани ЕУ могу бити у позицији да заштите своје право.

Може се закључити да Споразум јесте корак напред, али да би се озбиљно морале ревидирати одређене одредбе како би се стандард заштите личних података повећао на неопходан и адекватан ниво постављен конвенцијама Савета Европе.

Mirjana Mihajlović,
PhD candidate
University of Belgrade, Faculty of Law

ANALYSIS OF THE AGREEMENT BETWEEN THE EUROPEAN UNION AND THE UNITED STATES OF AMERICA ON THE PROCESSING OF FINANCIAL MESSAGING DATA

This paper aims to provide a comprehensive insight into the level of data protection guaranteed by the Agreement between the European Union and the United States of America on the processing and transfer of Financial Messaging Data from the European Union to the United States for the purposes of the Terrorist Finance Tracking Program, and its in relation to standards set by the EU and the Council of Europe.

The first part will discuss the TFTP cooperation between the EU and the US in the fight against terrorism, while the second part provides a brief overview of legal instruments of the EU and the Council of Europe in the field of data protection in police procedure and criminal law cooperation in fight against terrorism.

Furthermore, the paper analyzes in detail the extent to which the Agreement actually guarantees the right to protection of personal data by considering each constituent element of that right in relation to EU law and the Convention of the Council of Europe, particularly through research on transparency, the right of access, rectification and deletion of inaccurate information, non-discriminatory right of each person whose data are processed in a judicial or administrative redress, as well as other relevant issues.

In concluding remarks, the author tries to answer the question whether the agreement represents a step forward in the protection of personal data in the EU and US cooperation in criminal matters, is it in line with EU and Council of Europe conventions, and are there any possible double standards in the field of protection of personal data protection.

Key words: *EU-US Agreement, TFTP, SWIFT, data protection, cooperation in criminal matters, terrorist financing, financial messaging data*

КОМПАРАТИВНИ ПОГЛЕД НА ОДЛУКЕ НАЈВИШИХ СУДОВА СРБИЈЕ, ВЕЛИКЕ БРИТАНИЈЕ И СЈЕДИЊЕНИХ АМЕРИЧКИХ ДРЖАВА О ПРИМЕНИ КОНФОРМНОГ МЕТОДА ОБРАЧУНА ЗАТЕЗНЕ КАМАТЕ

Маја Добрић

Студент 4. године основних студија

Правни факултет Универзитета у Београду

Резиме

У нашем праву, поверилац по новчаној обавези у случају доцње дужника увек има право на затезну камату, као накнаду претпостављене штете. У праву Велике Британије таква претпоставка није постојала, али је право на затезну камату постепено увођено кроз праксу највиших судова. Насупрот томе, америчко право је рано изградило став да за случај доцње дужника по новчаној обавези повериоцу припада право на затезну камату. Она се обрачунава по пропорционалном (простом интересном) или конформном методу. За конформни метод је карактеристично да се камата рачуна не само на главницу, већ и на претходно обрачунату камату, која је приписана главници. Након дужег периода, наше право је 2012. године напустило конформни метод обрачуна затезне камате. У англосаксонском праву затезна камата се по правилу обрачунава путем простог интересног рачуна, док се конформни метод примењује само у случајевима када је то законом прописано или уговорено, као и у оним случајевима у којима је тужилац доказао да постоје посебни разлози за примену овог метода. У енглеском праву овакви изузеци примењују се веома рестриктивно, док америчко право показује све јаче тенденције за примену тог метода у привредним споровима.

Кључне речи: затезна камата, конформни метод обрачуна, одлуке судова, Србија, Велика Британија, Сједињене Америчке Државе

1. Појам камате, затезна камата и конформни метод обрачуна

Камата је накнада (цена) за коришћење туђих заменљивих ствари, а може бити уговорна или законска, у зависност од правног основа по коме је настала.¹ Затезна камата је обавеза

1 О. Станојевић, „Камата“, у *Енциклопедији имовинског права и права удруженог рада*, том први, Београд, Службени лист СФРЈ, 1978, стр. 673. М. Константиновић за затезну камату користи израз законска камата

за дужника новчане обавезе који је у доцњи. У нашем праву затезна камата је врста законске камате, која се обрачунава по стопи утврђеној посебним законом.²

Приликом обрачуна камате увек се користе три параметра: износ главног дуга, каматна стопа и временски период за који се врши обрачун. Зависно од тога да ли се обрачун камате врши увек на исти износ главног дуга или се главном дугу приписује раније обрачуната камата, разликују се пропорционални (прост интересни) и конформни метод обрачуна.³ Конформни метод обрачуна камате у теорији⁴ се објашњава постојањем прећутног договора да доспела а неплаћена камата представља нови дуг који ће дужник платити под истим условима као и главницу.

Обично се сматра да затезна камата за повериоца има троструку улогу:⁵ а) одштетну, јер

(мораторни интерес), што води порекло од латинског: *usura ex mora*.

2 Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 57/89, „Службени лист СРЈ”, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ”, бр. 1/2003 – Уставна повеља), члан 277 став 1.

3 Разлика у методима обрачуна најбоље се види кроз следећи пример, у коме главница износи 100 новчаних јединица, каматна стопа 5%, а период обрачуна 3 године. Применом пропорционалног метода камата ће сваке године бити иста (5 новчаних јединица) и на крају обрачунског периода дужник ће дуговати по основу главнице 100 новчаних јединица и 15 новчаних јединица (5+5+5) по основу камате. Применом конформног метода камата ће само на крају прве године бити иста као код пропорционалног метода (5 новчаних јединица) и приписаће се износу главног дуга од 100 динара, тако да ће основица за обрачун у другој години бити 105 новчаних јединица, а камата на крају друге године 5,25 новчаних јединица. Основица за обрачун камате у трећој години биће 110,25 новчаних јединица. На крају треће године камата ће бити 5,51 новчаних јединица, тако да ће дужник поред износа главнице од 100 новчаних јединица имати обавезу по основу камате у износу од 15,76 новчаних јединица (5+5,25+5,51).

4 F. Corbaux, *The Doctrine of compound interest*, London, 1825, стр. 26.

5 Сличан став заузео је и Виши трговински суд, који наводи: „Прво, она треба да буде накнада повериоцу за то што није могао да користи новац који му припада. Да је користио тај новац, могао је да оствари неку

дужник плаћањем затезне камате надокнађује повериоцу претпостављену штету због неизмирења обавезе у уговореном року, б) казнену, јер дужник плаћа затезну камату по самом закону (и када то није уговорено), као санкцију због тога што није измирио доспелу новчану обавезу о року и в) заштитну, јер затезна камата треба да обезбеди повериоца новчаног потраживања од обезвређивања потраживања у периоду доцње дужника. Од наведене три улоге затезне камате, неспорна је само одштетна, јер је дужник повредио уговорну обавезу када дуг није измирио у уговореном року. Због тога дужник има обавезу да надокнади штету повериоцу, при чему поверилац не мора да доказује да је штету стварно и претрпео, као ни њену висину.⁶ Казнена улога затезне камате јавља се у случају када је висина те камате одређена тако да превазилази могућу штету коју поверилац новчане обавезе трпи и представља казну за дужника у случају доцње. То се дешава када се камата плаћа по високим стопама⁷ или у појединим случајевима када се затезна камата обрачунава конформним методом у дужем временском периоду. Заштитна улога⁸ затезне камате јавља се у периоду

добит. Друго, затезна камата је цена за ризик коме је поверилац изложен, да му дужник неће платити дуг. Док дужник није пао у доцњу тај ризик није залуживао пажњу. Треће, она треба да заштити повериоца од смањења куповне моћи новца за време доцње дужника – пресуда Пж. бр. 10215/2004 од 21.2.2005. године, објављено у бази судске праксе *Paragraf Lex*.

- 6 Савезни суд СФРЈ сматра да је „затезна камата по својој правној природи вид обештећења повериоца за законом претпостављену штету коју трпи зато што се због дужникове доцње није могао служити новцем који му припада. Зато се стопа затезне камате, кад није прописом одређена, мора примерити ономе што би поверилац по редовном току ствари несумњиво могао остварити да му је новац који му припада благовремено исплаћен, а то је камата која се у месту испуњења обавезе плаћа на штедне улоге по виђењу”, пресуда Гз. 32/78 од 12.12.1978. године, објављено у бази судске праксе *Paragraf Lex*.
- 7 Најчешће у случају доцње у измирењу пореског дуга (пореска затезна камата).
- 8 Заштитна улога затезне камате била је предвиђена ранијим законима о висини стопе затезне камате из 1989. („Службени лист СФРЈ”, бр. 57/89), 1993. („Службени лист СРЈ”, бр. 32/93, 24/94, 28/96) и 2001. године („Службени лист СРЈ”, бр. 9/01, са изменом из 2011 – „Службени гласник РС”, бр. 31/11), према којима се формула за израчунавање затезне камате састојала из „месечне стопе раста цена на мало”, одн. „стопе раста потрошачких цена” увећане за одређени процентни износ. Поред тога, судови су омогућавали да поверилац новчаног потраживања захтева накнаду у износу која је већа од обрачунате затезне камате. У пресуди Врховног суда Србије из 1995. године, наводи се: „Према одредби члана 278 ст. 2 ЗОО, ако је штета коју је поверилац претрпео због дужникове доцње већа од износа коју је добио на име затезне камате, он има

инфлације, када се у периоду доцње значајно смањује куповна моћ новца.

У нашем праву поверилац има право да доказује да је због доцње дужника по новчаној обавези претрпео штету која је већа од затезне камате обрачунате применом простог интересног рачуна. Тако, на пример, уколико је због доцње дужника морао да узме кредит од банке и да плати уговорну камату обрачунату конформним методом, поверилац има право да захтева да му дужник надокнади разлику до потпуне разлике штете.⁹

Највиши судови Србије, Велике Британије и Америке заузимали су различите ставове по питању досуђивања затезне камате и дозвољености примене конформног метода њеног обрачуна.

2. Ставови највиших судова у Србији

У домаћој судској пракси разликују се ставови по питању примене конформног метода обрачуна затезне камате на динарска и девизна потраживања.

2.1. Затезна камата на динарска потраживања

Према одредбама Закона о облигационим односима, на доспелу, а неисплаћену затезну камату не тече затезна камата, изузев кад је то законом одређено.¹⁰ Код конформног метода, камата се рачуна не само на главницу, већ и на камату обрачунату за претходни период, која је приписана главници.

Обрачун затезне камате по конформном методу био је изричито прописан одредбама ранијих закона о висини стопе затезне камате, укључујући и Закон из 2001. године,¹¹ у складу

право захтевати разлику до потпуне накнаде штете”, Рев. 97/95 од 22.3.1995. године, објављено у бази судске праксе *Paragraf Lex*. У другој пресуди истог суда из исте године, наводи се „Тужилац има право, због несразмере између висине обрачунате камате и инфлације за време коришћења позајмице, да потражује од туженог разлику која прелази износ плаћених камата до износа који се добије када се главни дуг – номинални износ валоризује са стопом раста цена на мало према статистичким подацима. Право на накнаду штете по изнетом основу уз упоређивања паритета курса динара у односу на страну валуту у време повраћаја позајмице, не може бити основ за одговорност тужиоца по том основу, односно не може бити правдана правилима о одговорности за штету”, Пж. 154/95 од 19.4.1995. године, објављено у бази судске праксе *Paragraf Lex*.

9 Члан 278 став 2 Закона о облигационим односима.

10 Члан 279 став 1 Закона.

11 Објављен у „Службеном листу СРЈ”, бр. 9/01, са изменом из 2011, која је објављена у „Службеном гласнику РС”, бр. 31/11.

са којима су судови поступали. Прекретницу у судској пракси по питању примене конформног метода обрачуна затезне камате на динарска потраживања представља Одлука Уставног суда од 12.07.2012,¹² којом је утврђено да је неуставна одредба Закона из 2001. о обрачуна затезне камате применом конформног метода.

2.1.1. СУДСКА ПРАКСА ПРЕ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА ИЗ 2012. ГОДИНЕ

Пре одлуке Уставног суда из 2012. године, судови су обрачунавали затезну камату на динарска потраживања применом конформног метода. Врховни суд Србије је као разлог за овакву праксу навео да је Закон о висини стопе затезне камате *lex specialis* у односу на одредбе Закона о облигационим односима. Из тих разлога, Суд је сматрао да је овим посебним законом суспендовано генерално правило о забрани анатоцизма из одредбе Закона о облигационим односима као општег прописа.¹³ У другом случају, Врховни суд Србије је објаснио природу конформног метода обрачуна наводећи да: „Сходно одредби чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате прописано је да се обрачун дуга увећаног за затезну камату врши тако да се фиксна стопа од 0,5% множи износом главног дуга увећаног за месечну стопу раста цена на мало применом конформне методе. Каматни обрачун конформном методом се врши на месечном нивоу, тако што се доспела камата у том периоду приписује главном дугу. То значи да је главни дуг, који представља основицу обрачуна камате за наредни месец, једнак збиру номиналног износа главнице и доспеле затезне камате из претходног месеца. Зато се означавањем номиналног износа главног дуга исказаног на дан његовог доспећа поверилац не може лишити законом

признатог му права на затезну камату обрачунату од тог датума до дана плаћања. Штавише, тај износ не може ни представљати главни дуг на дан исплате, јер се сходно цитираном законском пропису исти мора увећавати за доспелу затезну камату до тог времена. Зато се неплаћеном затезном каматом може сматрати само доспела камата од последњег дана месеца који је претходио плаћању до датума извршене исплате. То другим речима значи да је износ главног дуга на који се обрачунава затезна камата идентичан номиналном износу главнице увећане за доспеле месечне износе затезне камате закључно са последњим даном у месецу који је претходио плаћању.”¹⁴

Конформни метод обрачуна значи да се камата обрачунава како на износ главнице, тако и на износ камате која је претходно обрачуната и приписана главном дугу. На овај начин камата се обрачунава од дана доцње дужника до измирења обавезе. Зависно да ли су потраживање утужили или не, повериоци су имали различит правни положај. Уколико су потраживање наплатили мирним путем, без судског спора, затезна камата би се обрачунавала конформним методом на описани начин све до исплате. Међутим, судови су признавали повериоцима право на процесну камату, као камату од дана утужења, само на износ главнице, наводећи да претходно обрачуната затезна камата није постала самостално потраживање.¹⁵

2.1.2. ОДЛУКА УСТАВНОГ СУДА ИЗ 2012.

У образложењу Одлуке Уставног суда Републике Србије од 12.07.2012. године, којом је утврђено да обрачун затезне камате применом конформног метода није у складу са Уставом, наведено је да није постојао валидан уставни и законски основ за увођење таквог метода обрачуна затезне камате, односно да је законодавац оваквом одредбом прекорачио законом дато овлашћење да посебним прописом утврди само висину стопе затезне камате.¹⁶ Поред тога, у образложењу одлуке Уставног суда наводи се да је одредбама Закона о облигационим односима забрањен анатоцизам (чл. 279 став 1), односно обрачун затезне камате на

12 Одлука ИУз бр. 82/2009 („Службени гласник РС”, бр. 73/2012 од 27.07.2012). Интересантно је да је Уставни суд Србије 2006. године одбио предлог за утврђивање неуставности исте одредбе, сматрајући да је „уређивање висине затезне камате, одн. елемената за њено одређивање и обрачунавање на начин утврђен оспореним одредбама Закона о висини стопе затезне камате (из 2001), по оцени Суда, ствар законодавне политике, за чију оцену Уставни суд, на основу члана 125 Устава није надлежан. Уставни суд није надлежан да оцењује примену закона, те указивање предлагача да се „применом оспорених одредаба дужник неосновано кажњава, а поверилац богати без основа”, по оцени Суда, није од значаја за одлучивање о уставности наведеног закона.” (из Одлуке Уставног суда Србије ИУ бр. 371/2004 од 20.04.2006, „Службени гласник РС”, бр. 48/2006 од 05.06.2006).

13 Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 230/98 од 11.11.1998. – Судска пракса привредних судова, *Билтен* бр. 1/1999, стр. 84.

14 Решење Врховног суда Србије, Прев. 450/2002 од 5.2.2003, објављено у бази судске праксе *Paragraf Lex*.

15 Одговори на питања трговинских судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда одржаној дана 26.11.2008. и на седници Одељења за привредне преступе и управно рачунске спорове одржаној дана 25.11.2008, Судска пракса трговинских судова, *Билтен*, бр. 3/2008).

16 Ово овлашћење садржано је у одредби члан 277 став 1 Закона о облигационим односима.

доспелу, а неисплаћену затезну камату, осим ако је то законом одређено. У образложењу се даље наводи: „Међутим, у ситуацији када се затезна камата обрачунава конформном методом обрачуна за обрачунски период који је дужи од периода за који је прописана стопа затезне камате, у пракси се тада доспела камата за период прописане каматне стопе приписује главном дугу и тако чини основицу за обрачун камате у наредном периоду по важећој каматној стопи за тај месец. Оваква примена конформне методе у материји обрачуна затезне камате значи да приписивање камате главници представља у поменутих случајевима обрачун камате на камату, што је супротно начелу забране анатоцизма прописаног одредбом члана 279 ст. 1 Закона о облигационим односима. С друге стране, Уставни суд налази да Закон о висини стопе затезне камате не садржи ниједну одредбу којом би на изричит и недвосмислен начин било предвиђено обрачунавање камате на камату, већ је овим законом прописана само месечна каматна стопа и одређено да се обрачун камате врши конформном методом.”¹⁷ Став суда је да се на овај начин, поред повреде забране анатоцизма, искључује и примена других основних начела облигационих односа, као што су „начело монетарног номинализма, начело лимита камате, забране злоупотребе права, као и других општих правних принципа и темељних вредности заштићених Уставом (принцип владавине права, социјалне правде, правне сигурности и др.), чиме се повређује начело јединства правног поретка утврђено одредбама чл. 4 ст. 1 и чл. 194 ст. 1 Устава који налажу међусобну усклађеност правних прописа.”¹⁸

17 *Ibid.*

18 *Ibid.* За разлику од Србије, у Хрватској је проблем решен интервенцијом законодавног тела, Сабора, који је 2004. године дао аутентично тумачење одредбе члана 3 ст. 1 Закона о затезним каматама Хрватске, а које је објављено у „Народим новинама РХ”, бр. 58/2004. Став Сабора био је да конформни метод обрачуна затезне камате не може бити примењен на доцњу дужу од годину дана, већ на тај временски период треба обрачунавати камату по пропорционалном (простом) методу. У образложењу аутентичног тумачења наведено је: „Још од Јустинијанових Дигеста камате се сматрају плодовима главнице (*Usura non natura pervenit, sed iure percipitur*), но не долазе по самој природи главнице, већ се стјечу по неком праву као *fructus civiles*. Ради ограничења слободног уговарања превисоке стопе затезне камате давно се приступило њезином прописивању уз задржавање темељних начела да затезна камата има своју казнену функцију ради осигурања испуњења дугованих новчаних обавеза и функцију накнаде штете за неостварену корист вјеровника у раздобљу у којем дужник касни с испуњавањем новчане обвезе. Увјетована

2.1.3. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА

Након одлуке Уставног суда, Врховни касациони суд Републике Србије донео је правни став¹⁹ у којем се наводи: „... Последица одлуке Уставног суда је да у периоду до 3. марта 2001. године не постоји позитиван пропис којим се обрачунава затезна камата, јер је ступањем на снагу сада важећег Закона о висини стопе затезне камате (из 2001. године) престао да важи претходни закон. У недостатку позитивног прописа мора се изнаћи решење којим каматним методом обрачунавати камату до 3. марта 2001. године. То решење се једино постиже логичким закључивањем и правном аналогијом, а они упућују само на то да се до тада затезна камата мора обрачунавати конформним методом који је до тада важио јер је примена другог метода тј. простог интересног рачуна искључена. Предложени став је заснован на чињеничним и правним разлозима, и он подразумева да се до 3. марта 2001. године на дуговану главницу за период доцње затезна камата обрачунава конформном методом, приписује главници и на тако добијене износе почев од правног дејства одлуке Уставног суда, тј. од 3. марта 2001. године, затезна камата обрачунава методом простог интересног рачуна.”²⁰

Правне последице одлуке Уставног суда регулисане су чл. 60 и 61 Закона о Уставном суду.²¹ Прва последица је да се Закон о висини стопе затезне камате не може примењивати на односе који су настали пре објављивања одлуке Уставног суда ако до тог дана нису правноснажно решени. Друга последица је да се овај пропис неће примењивати убудуће, тј. од

и монетарном стабилношћу, затезна камата је тако постала ограничавајући инструмент према којем она нема функцију стјецања материјалне користи кроз капитал главнице. На таквим начелима темеље се одредбе Закона о обвезним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 57/89; *Народне новине*, бр. 53/91, 73/91, 3/94, 7/96 и 112/99) забрана и ограничавање плаћања камате на камату (чл. 279), утврђивање начина урачунавања главнице, камата и трошкова (чл. 400), као и одређење највишег износа неплаћених камата (чл. 401). Посебним законом, Законом о затезним каматама (*Народне новине*, бр. 28/96) у чл. 3 ст. 1 прописан је начин урачунавања затезних камата и то примјеном конформног начина обрачуна за раздобље краће од годину дана. Развидно је и недвојбено да се за урачунавање затезних камата за раздобље дугље од годину дана не може примењивати конформни начин обрачуна, већ само пропорционални (проскти начин обрачуна).“

19 Правни став I Су 1–508/2012 од 22.11.2012, донет на седници Грађанског одељења одржаној 20.11.2012, објављен у бази судске праксе *Paragraf Lex*.

20 *Ibid.*

21 „Службени гласник РС”. бр. 109/2007, 99/2011

дана објављивања одлуке Уставног суда. Трећа последица је да се извршење појединачних аката (пресуда) донетих на основу овог прописа неће ни дозволити нити спровести, док ће се обуставити извршења која су започета. Четврта последица је да свако коме је наведеним прописом повређено право коначним (управним) или правноснажним (управним актом или судском пресудом) актом има право да поднесе предлог за измену тог акта у складу са правилима поступка у коме је акт донет, ако предлог за измену поднесе у року од шест месеци од дана објављивања одлуке у „Службеном гласнику Републике Србије” и уколико од достављања појединачног акта до подношења предлога или иницијативе за покретање поступка није протекло више од две године.

Закон о висини стопе затезне камате није био једини пропис који је прописивао конформни метод обрачуна затезне камате. Пореска затезна камата²² и царинска затезна камата²³ такође су обрачунаване применом конформног метода. Међутим, за разлику од затезне камате код облигационих односа, конформни метод обрачуна пореске и царинске затезне камате укинута је изменом прописа,²⁴ због чега се и не поставља питање раније обрачунате и наплаћене затезне камате. После измене прописа, наведене затезне камате обрачунавају се у висини годишње референтне стопе Народне банке Србије увећане за 10 процентних поена, применом простог интересног рачуна.

2.2. Затезна камата на девизна потраживања и потраживања уз валутну клаузулу

Метод обрачуна затезне камате на девизна потраживања није био прописан законом, нити је постојао јединствен став судова по том питању, па су судски вештаци користили и конформни и пропорционални метод. У вези са

22 Закон о пореском поступку и пореској администрацији („Службени гласник РС”, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011 и 2/2012 – испр.) предвиђао је у чл. 75 пореску затезну камату у висини референтне каматне стопе централне емисионе банке увећаној за десет процентних поена применом конформног метода обрачуна.

23 Царински закон („Службени гласник РС”, бр. 18/2010) предвиђао је у чл. 268 царинску затезну камату у висини годишње есконтне стопе централне емисионе банке увећане за 15 процентних поена применом конформног метода обрачуна.

24 Закон о пореском поступку и пореској администрацији („Службени гласник РС”, бр. 93/2012) и Царински закон („Службени гласник РС”, бр. 111/2012).

обрачуном затезне камате на девизна потраживања, као и динарска потраживања обезбеђена валутном клаузулом,²⁵ могу се разликовати два периода.

За време важења Закона о висини стопе затезне камате из 1993. године,²⁶ затезна камата на потраживања између домаћих и страних правних и физичких лица која гласе на страну валуту износила је фиксно 6%. Закон није регулисао висину затезне камате, као ни метод њеног обрачуна за потраживања у страниој валути између два домаћа правна лица. У судској пракси је у овом случају досуђивана домицилна камата земље порекла валуте,²⁷ јер она „као затезна камата земље порекла валуте, принципом обрачуна, у себи садржи и обезбеђује очување вредности дуговане валуте и казнену стопу, као што и стопа затезне камате из чл. 1. истог Закона то предвиђа и обезбеђује за динарска дуговања.”²⁸

Други период почиње 2001. и траје до 25.12.2012. године. У овом периоду није постојао пропис који регулише висину стопе затезне камате на девизна потраживања. Међутим, судови су у овом периоду примењивали правни став²⁹ да је стопа затезне камате у висини домицилне камате земље порекла валуте, одн. да је затезна камата идентична као и на потраживања између домаћих лица, ако се иста односе на страну валуту. С обзиром на то да је 1.1.2002. године евро уведен као зајед-

25 Врховни суд Србије заузео је став да „повериоцу девизног потраживања конвертованог у динарску противвредност припада затезна камата према земљи порекла валуте, а не према стопи из Закона о висини стопе затезне камате”, пресуда Пзз. бр. 7/2005 од 30.6.2005. године, објављено у бази судске праксе *Paragraf Lex*.

26 Закон је важио у периоду од 3.7.1993. до 2.3.2001. године („Службени лист СРЈ”, бр. 32/93, 24/94 и 8/96).

27 Критеријум домицилне камате земље порекла валуте је непрецизан, јер се не користи ни у правној теорији, нити се може срести у упоредном законодавству. У судској пракси изједначавао се са каматом која се плаћала на средства депонована „по виђењу” или неорочена средства. То је била најнижа камата коју су пословне банке плаћале. За немачку марку, та каматна стопа се кретала на веома ниском нивоу (око 2% годишње). У немачком праву су се као референтне каматне стопе које су служиле за формирање затезне камате (увећане за одређену каматну стопу) користиле дисконтна каматна стопа (*diskontsatz*), базна каматна стопа (*basiszinssatz*) и каматна стопа за главне операције рефинансирања коју примењује Европска централна банка.

28 Правни став Вишег трговинског суда изражен кроз одговор на питање трговинских судова утврђен на седници Одељења за привредне спорове, одржаној 27. септембра 2002, Судска пракса трговинских судова, *Часопис за привредно право*, бр. 3/2004, стр. 121.

29 Ibid.

ничка валута земаља Европске уније и заменио њихове до тада важеће појединачне валуте, у судској пракси³⁰ прихваћено је становиште да се затезна камата по потраживањима у девизама обрачунава по стопи коју Централна Европска банка прописује за евро, јер не постоји земља домицила наведене валуте. У правном ставу Вишег трговинског суда из 2007. године³¹ наводи се: „Правилно је досудити на потраживање у еврима камату по стопи коју одређује Европска централна банка почев од 1.1.2002. године, а уколико се на потраживање у еврима тражи домицилна камата или есконтна каматна стопа Европске централне банке, које не постоје, тада треба поћи од тога да су одредбе о камати императивне природе, те да се код одлучивања о камати ради о правилној примени материјалног права... Другим речима, ако се тражи домицилна камата на евре или камата по есконтној стопи Европске централне банке на евре, који не постоје, треба досудити камату по стопи коју одређује Европска централна банка, и тиме неће доћи до прекорачења тужбеног захтева. Ако другостепени суд у овом делу преиначи првостепену пресуду, због неправилног означања камате на евре, такође неће доћи до прекорачења тужбеног захтева. Да је то тако потврђује и правно схватање изнето у пресуди Врховног суда Србије Прев. 228/06 од 29.11.2006.”³²

У периоду од 1.1.2002. године до сада стопа коју је одређивала Европска централна банка, а која је коришћена као затезна камата за девизна потраживања кретала се у распону од 4,25% годишње (период од 10.7.2008. до 15.10.2008. године) до 0,75% годишње (период од 11.7.2012. године па на даље).³³

2.3. Нови Закон о затезној камати

Нови Закон о затезној камати,³⁴ који се примењује од 25. децембра 2012. године, предвиђа примену простог интересног рачуна на обрачун затезне камате, а изричито прописује да се обрачун врши без приписа обрачунате затезне камате главници.³⁵

30 *Ibid.*

31 Одговори на питања трговинских судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Вишег трговинског суда, одржаној дана 25.10.2007. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно рачунске спорове, одржаној дана 24.10.2007. године, Судска пракса трговинских судова, *Билтен* бр. 3/2007).

32 *Ibid.*

33 Доступно на: <http://www.ecb.int/stats/monetary/rates/html/index.en.html>

34 Објављен у „Службеном гласнику РС“ бр. 119/2012.

35 Члан 6 Закона.

Овај закон на нов начин регулише затезну камату, а садржи одредбе о затезној камати на обавезе у динарима и у девизама. На износ дуга који гласи на динаре плаћа се затезна камата која се утврђује на годишњем нивоу у висини референтне каматне стопе Народне банке Србије увећане за 8 процентних поена, а на износ дуга који гласи на евре – у висини референтне каматне стопе Европске централне банке на главне операције за рефинансирање увећане за 8 процентних поена.³⁶ Уколико дуг гласи на другу валуту, затезна камата се обрачунава и плаћа у висини референтне – основне каматне стопе коју прописује или примењује приликом спровођења главних операција централна банка земље домицилне валуте, увећане за осам процентних поена. Затезна камата обрачунава се за календарски број дана у години применом декурзивног простог интересног рачуна, без приписа обрачунате затезне камате након истека обрачунског периода.

3. Ставови највиших судова у Великој Британији

За разлику од нашег права, у коме доцња дужника по новчаној обавези увек ствара обавезу плаћања законске затезне камате, у енглеском праву није постојала претпоставка да поверилац увек има право на затезну камату, као облик накнаде претпостављене штете. С обзиром на то да је правни систем Велике Британије заснован на прецедентима, право повериоца на затезну камату за случај доцње дужника по новчаном потраживању постепено је увођено кроз праксу највиших судова. Судови у Великој Британији су у почетку имали став да се затезна камата на доспео дуг досуђује само у одређеним случајевима.

Најпознатији случај је *De Havilland v. Bowerbank* (1807),³⁷ у коме се износи став: „камата (се) може одобрити само у случају када је у уговору изричито предвиђено да ће се плаћање извршити одређеног дана, као што је то у случају трасиране и сопствене менице или у случају када је изричито уговорено плаћање

36 Закон је усклађен са прописима Европске уније о спречавању доцње у комерцијалним трансакцијама (*Directive 2000/35/EC of European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on Combating Late Payment in Commercial Transactions, Official Journal of the European Communities, L 200/35 8.8.2000, Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on Combating Late Payment in Commercial Transactions, Official Journal of the European Union, L 48/1 23.2.2011*).

37 Овај случај је описан код J. Campbell, *Reports of cases determined at nisi prius in the courts of King's Bench and Common Pleas*, Vol. 1, London, 1809, стр. 50–53.

камате или када то проистиче из начина пословања уговорних страна, па се може закључити да је то била њихова намера или у случају када се може доказати да је новац коришћен тако да је остварена камата.³⁸

На сличан начин одлучено је и у случају *Page v. Newman* (1829)³⁹, у коме се наводи да је „давно установљено правило да се не плаћа камата на новчану обавезу садржану у писаној исправи, осим уколико на лицу те исправе није исказана намера да се камата плати или уколико се таква намера подразумева према трговачким правилима, као што је то случај код трговачких исправа.“⁴⁰

Ово правило да судови немају овлашћење, уколико другачије није уговорено, да досуде камату као накнаду за доцњу у отплати дуга или накнаду штете примењено је и у случају *London, Chatham and Dover Railway Company v. South Eastern Railway Company* (1893),⁴¹ где је одлучено да према обичајном праву (*common law*), у одсуству другачијег договора (изричитог или прећутног) или законске одредбе о плаћању камате, судови немају овлашћење да досуђују камату као облик опште одштете за кашњење у плаћању.

Право на накнаду штете, па и право на затезну камату као облик накнаде штете, може се признати само уколико поверилац докаже да је претрпео такву штету – тзв. „друго правило“ из случаја *Hadley v. Baxendale* (1859).⁴² То је значило да ако то није посебно уговорено, дужник у доцњи нема обавезу да плаћа затезну камату, те дуг може и у доцњи измирити плаћајући само главницу. Овакав став заузео је и Дом лордова у случају *President of India v. La Pintada Cia Navegacion SA* (1984)⁴³, у којем је једногласно закључио да је ово правило не-

задовољавајуће, али да се не може изменити судском одлуком, већ само законом.

Изузетак од овог устаљеног правила предвиђен је прописом који регулише парнички поступак (*Civil Procedure Act 1833 – Lord Tenterden's Act*),⁴⁴ који је давао овлашћење пороти да призна камату на тачно одређене износе потраживања садржане у писаним исправама и то од дана предвиђеног за плаћање у исправи или од дана подношења писаног захтева за плаћање. Према овом пропису, камата се могла тражити само у случају доцње са плаћањем, уз објашњење да је ова врста камате по својој природи накнада штете за противправно неплаћање.

У случају *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council* (1996),⁴⁵ Дом лордова је већином гласова стао на становиште да се конформни метод обрачуна не може применити на све случајеве који су уређени обичајним правом (*common law*). У одлуци по овом случају се наводи: „Могло би се очекивати да у било којем развијеном систему права, постоји свеобухватан и рационалан скуп правила на основу којих ће судови имати овлашћења да додељују камату. Та правила би требало да предвиђају услове под којима камата обрачуната конформним методом, као и камата обрачуната простим интересним рачуном, може бити призната; а овлашћење за признавање камате обрачунате конформним методом мора бити засновано како на обичајном праву, тако и на правичности (*both at law and in equity*). У данашње време, посебно након што је установљено правило (видети *National Bank of Greece S.A. v. Pinios Shipping Co. No. 1* (1990) 1 A.C. 637) да банка може, према банкарским обичајима наплаћивати камату обрачунату конформним методом по основу потраживања према њеним клијентима, неки ће очекивати да ће се успоставити правило према којем ће се камата обрачуната конформним методом примењивати у привредним споровима. На жалост, то није случај са енглеским правом. У обичајном праву (*common law*) не постоји основ за признавање камате обрачунате конформним методом. Овај основ постоји по праву правичности (*equity*); али сада тај основ, због историјских разлога, постоји само за специфична потраживања, у посебним случајевима када су утужени поверници (*trustees*).“⁴⁶

44 The Law Commission, *Compound interest, Consultation paper no. 167*, London, 2002, стр. 4.

45 Доступно на: <http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/englcases/westdeutsche.htm>

46 *Ibid*, незванични превод аутора.

38 *Ibid*, незванични превод аутора.

39 J. Manning, A. Ryland, *Reports of cases argued and determined in the Court of King's Bench*, Vol. 4, London 1831, стр. 305–314.

40 *Ibid*, незванични превод аутора.

41 Цитирано из мишљења Дома лордова у случају *Sempra Metals Limited (formerly Metallgesellschaft Limited) (Respondents) v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue and another (Appellants)* (2007), доступно на: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ld-judgmt/jd070718/sempra-1.htm>.

42 Друго правило из случаја *Hadley v Baxendale* омогућава накнаду штете ако је у време закључења уговора продавац имао разлога да предвиди да ће услед повреде уговора вероватно узроковати наступање штете за другу уговорну страну.

43 Овај случај је цитиран у *The Law Reform Commission of Hong Kong, Report on Interest on Debt and Damages*, 1990, доступно на: <http://www.hkreform.gov.hk/en/docs/rinterest-e.doc>

У случају *National Bank of Greece SA v. Pinios Shipping Co No 1 and another – The Maira* (1990),⁴⁷ на који се позива претходна одлука Дома лордова, одлучено је да постоје посебни разлози да се дозволи обрачун затезне камате конформном методом. Радило се о доцњи купца брода за који је банка гарантовала, уз услов да уколико изврши плаћање по гаранцији, регресно потражује од клијента исплаћени износ увећан за камату која ће бити обрачуната квартално путем конформног метода обрачуна. Објашњено је да се није реч о обичном случају зајма, већ о потраживању насталом по основу исплаћене гаранције. Дом лордова се у овој одуци позвао на случај *Yourell v. Hibernian Bank Ltd* (1918) AC 372, у којем је банка била овлашћена да припише камату главници и после подношења тужбе против клијента. Банка је утужила потраживање по основу главнице са уговореном каматом до дана плаћања или пресуђења, а на уобичајени (банкарски) начин. Такав уговор прећутно укључује услов из банкарске праксе да је банка овлашћена да капитализује камату, а у конкретном случају да је овлашћена да то ради квартално.

У Великој Британији је 1998. године донет пропис којим је регулисана доцња у плаћању комерцијалних дугова, односно затезна камата (*The Late Payment of Commercial Debts (Interest) Act 1998*),⁴⁸ према коме је поверилац имао право на камату за случај доцње дужника. На основу овог прописа, донети су прописи о висини стопе затезне камате (*The Late Payment of Commercial Debts (Rate of Interest) (No. 2) Order 1998, The Late Payment of Commercial Debts (Rate of Interest) (No. 3) Order 2002*).⁴⁹ Према овом пропису, поверилац у случају доцње дужника има право на затезну камату на годишњем нивоу у висини 8 процентних поена изнад каматне стопе коју примењује Централна банка Енглеске (*Bank of England*) за своје операције на тржишту. Пропис из 1998. године омогућавао је малим привредним друштвима (са 50 или мање запослених) да од великих привредних друштава и организација из јавног сектора потражују камату за случај доцње, с тим што је ова могућност 2000. године проширена и на случај доцње малих привредних друштава. Прописом из 2002. године Велика Британија је ускладила своје прописе са директивом Европског парламента и Савета о спречавању доцње у плаћању

по комерцијалним трансакцијама⁵⁰ тако да су сва привредна друштва, укључујући и организације из јавног сектора овлашћене да потражују камату за случај доцње од било којих привредних друштава или организација, укључујући и мала привредна друштва. Камата се рачунала по истеку рока за плаћање или, уколико рок није одређен, 30 дана након испоруке робе или извршене услуге или након што дужник прими обавештење о дугу. Камата се рачуна путем простог интересног метода обрачуна.

У англосаксонском праву разликује се камата која тече пре и након судске одлуке (*interest on pre-judgment and post-judgment debts*). До сада је било речи само о камати пре судске одлуке (*interest on pre-judgment debts*). У складу са прописом о судским одлукама (*the Judgments Act 1838*),⁵¹ на укупан износ потраживања које је пресуђено, што укључује не само главницу већ и камату, досуђује се даља камата у висини од 8% на годишњем нивоу, рачунато путем простог метода обрачуна. На тај начин се једнократно врши укамаћивање раније досуђене камате. У случају да је дужник платио дуг након утужења, али на другачији начин него што је пресуђено, према пропису о Врховном суду (*The Supreme Court Act 1981*), суд је имао овлашћење да одлучи о висини каматне стопе и периоду обрачуна, као и о томе да ли ће се камата рачунати на цео или део дугованог износа. Суд није овлашћен да омогући наплаћивање камате уколико је цео износ дуга плаћен пре подношења тужбе.

У случају *Sempre Metals Limited (formerly Metallgesellschaft Limited) (Respondents) v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue and another (Appellants) House of Lords* (2007) UKHL34,⁵² Дом лордова сматрао је да тужилац нема право на затезну камату обрачунату по конформном методу, јер би то било противно обичајном праву. Међутим, један од чланова Дома лордова, лорд Николс од Биркенхеда указао је да: „обичајно право (*common law*) не би требало и даље да подржава ово неправично решење (да се затезна камата досуђује само изузетно, ако се докаже постојање штете), већ би Дом лордова требало да остатак овог рестриктивног изузетка обичајног права препозна баш као неприципијелни изузетак однепринципијелног правила... У том смислу, Дом лордова би требало да прихвати да по прави-

47 Доступно на: <http://www.trans-lex.org/302500>

48 Доступно на: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/20/contents>.

49 Доступно на: <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/1675/made>.

50 *Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on Combating Late Payment in Commercial Transactions*

51 Доступно на: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Vict/1-2/110/contents>.

52 Доступно на: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd070718/sempra-1.htm>, 104, – 111

лу тужилац увек може да тражи и доказује да постоји стварни губитак у погледу камате услед доцње у отплати дуга. Овај губитак може се надокнадити под условима који се примењују на све захтеве за накнаду штете због повреде уговорне обавезе.⁵³ Он сматра: „Ако би Дом лордова искористио прилику да разматра ово питање (да ли суд у оквиру своје надлежности према обичајном праву може да досуди затезну камату по основу захтева за личну реституцију, односно повраћај износа новца који је грешком плаћен или који је плаћен без основа), био би могућ само један одговор на ово значајно правно питање. Нико није навео ниједан добар разлог због кога у случају као што је овај (превремено плаћање пореза пореским властима), тужиоцу не би требало досудити камату обрачунату по конформном методу. Оваква камата била би неопходна како би се постигла реституција у целости и стога постигао правичан исход. У оквиру надлежности за реституцију по обичајном праву, суд има овлашћење да донесе такву пресуду... Да је прихваћен такав приступ, несрећна одлука у случају *London, Chatham and Dover Railway* престала би да важи у погледу плаћања камате због доцње у отплати дуга ... Вредност новца кроз време ... требало би разликовати од вредности користи коју је тужени стварно остварио коришћењем тог новца. У конкретном случају (превремено плаћање пореза пореским властима) не би било ничег неправичног у захтеву да порески орган, по основу реституције, плати камату по конформном методу обрачуна на износ унапред плаћеног пореза, који је суштински користио као бескаматни зајам. Али то неће увек бити случај. На пример, стицалац без основа неће увек бити у прилици да заиста користи средства. Он би могао да новац уплати на текући рачун код банке и да за то добије малу или никакву камату. У том случају, у зависности од околности, могло би да буде неправично да он трпи материјалну штету зато што би морао да плати вредност новца кроз време за износ који је примио, било као камату обрачунату по конформном методу или простом интересном рачуну. И овде као и у другим случајевима, право реституције је довољно флексибилно да омогући правичан исход. У циљу избегавања неправичног исхода, суд би у одговарајућим случајевима могао да одступи од тржишних критеријума приликом одређивања вредности новца кроз време, као и у случајевима када процењује вредност било какве друге користи коју је тужени остварио.“⁵⁴

53 *Ibid*, тач. 92 и 94, незванични превод аутора.

54 *Ibid*, тач. 112, 113, 117 – 119, незванични превод аутора.

У теорији се указује да постоје четири изузетка од правила да се затезна камата обрачунава простим интересним методом. „Прва два примењују се у Енглеској од доношења одлуке у спору *London, Chatham & Dover Railway Co. v. South Eastern Railway Co.* У том спору, Дом лордова заузео је став да затезна камата обрачунава по конформном методу може бити досуђена у следећим случајевима: (1) ако је то предвиђено уговором (као у случајевима *Page v. Newman* и *President of India v. La Pintada Cia Navegacion S.A.*) и (2) када редовно пословање или трговачки обичаји претпостављају плаћање затезне камате обрачунате по конформном методу (као у случајевима *London, Chatham & Dover Ry. Co.* и *National Bank of Greece S.A. v. Pinios Shipping Co.*). Трећи изузетак односи се на могућност досуђивања затезне камате обрачунате по конформном методу по праву правичности (*equity*), као у случају *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington London Borough Council*. Према праву правичности, оваква камата досуђује се увек када неко ко поступа на основу односа поверења (*fiduciary*), као што је извршилац тестамена (*executor*) или поверник (*trustee*) ненаменски користи средства која су му поверена на управљање и од тога оствари добит. Поред тога, затезна камата обрачуната применом конформног метода досуђује се по праву правичности и у случају када штетник онемогући компанији да користи новац потребан за обављање њене делатности.“⁵⁵

4. Ставови највиших судова у Сједињеним Америчким Државама

За разлику од енглеског права, америчко право је рано изградило став да за случај доцње у измирењу новчане обавезе повериоцу припада право на затезну камату. Ово правило садржано је у Другој ревизији правила о уговорима (*Restatement (second) of contracts*)⁵⁶ у *para-*

55 J.Y. Gotanda, *Compound Interest in International Disputes*, доступно на: <http://ouclf.iuscomp.org/articles/gotanda.shtml>, незванични превод аутора.

56 *Restatement (second) of contracts* је збирка правила које је компилирао Амерички институт за право и представља најцитиранија правила из облигационог права која немају обавезујући карактер. Међутим, професионални ауторитет најпознатијих америчких правних теоретичара који су креирали правила, омогућио је да се ова правила сматрају неформалним извором америчког права, која се често цитирају у највишим судским одлукама. Компилација ових правила започета је 1962, а завршена је 1979. године. У првој ревизији уговора у одељку 337(a) *Restatement of the Law of Contracts* (1932) било је предвиђено: „Уколико уговорне стране нису уговором регулисале другачије, може се наплатити камата рачуната простим интересним

графу 354 – „Камата као одштета“ (*Interest as Damages*), према коме се, ако се повреда уговора састоји у неплаћању одређене суме новца или невршењу неког чињења са одређеном или одредивом новчаном вредношћу, камата може тражити од времена када је обавезу требало извршити, и то на доспели износ умањен за све одбитке на које има право уговорна страна која је повредила уговор. У свим другим случајевима, таква камата може бити дозвољена ако би то било правично, и то на онај износ који би представљао правичну накнаду да је плаћен о доспелости обавезе.⁵⁷

Врховни суд Пенсилваније је у случају *TruServ Corporation, successor by merger to Servistar Coast to Coast Corporation, f/k/a Servistar Corporation, v. Morgan's tool & Supply co., inc., John L.Morgan, and Gil N. Morgan*, (2010)⁵⁸ навео да „чак и када право уговорне стране на наплату камате није изричито уговорено, уговорна страна која није крива за повреду уговора може захтевати камату, као облик накнаде штете, и то на износ који друга уговорна страна дугује по уговору. Суд такву камату означава као камату која се досуђује пре пресуде (*pre-judgment interest*). Сврха ове камате као накнаде штете је да оштећену страну обештети за износ новца који јој по праву припада и да јој пружи пуну одштету или накнаду због незаконитог угрожавања њених имовинских права. Право на камату као елемент накнаде штете није казна, већ је засновано на општој претпоставци да неизмиривање новчане обавезе доноси дужнику добит, а доводи до штете по повериоца.“⁵⁹

Апелациони суд Сједињених Америчких Држава у случају *Benefit Trust Life Insurance Company v. Union National Bank of Pittsburgh* (1985)⁶⁰ позвао се на исто правило када је цитирао случај *Palmgreen v. Palmer's Garage, Inc.*, 383 Pa. 105, 117 A.2d 721 (1955), у којем је суд

рачуном, као штета у случају повреде уговора када тужени повреди уговорну обавезу да плати одређени износ новца или да изврши чинидбу чија је вредност изражена у новцу у уговору или се може одредити математичким обрачуном помоћу критеријума из уговора или из постојећих тржишних цена предмета у питању, с тим да се камата додељује на износ дуга или новчану вредност из времена када је обавезу требало извршити, након свих умањења на које тужени има право.“ (Незванични превод аутора.)

57 Незванични превод аутора.

58 Доступно на: <http://thekuhnlawfirm.com/minnesota-contract-lawyers-claim-prejudgment-interest-client-client-prevails-acts-unreasonably-delaying-litigation/>

59 *Ibid*, тачка *D. Prejudgment interest*, незванични превод аутора.

60 Доступно на: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/776/776.F2d.1174.84-3812.84-3801.84-3780.html>

стао на становиште да „суд у свим случајевима који проистичу из уговора, дозвољава камату по законској стопи од тренутка када плаћање није извршено, иако је постојала таква обавеза дужника“. Утврђивање износа такве камате не зависи од слободне оцене, већ је то законско право „које проистиче из повреде или прекида уговора, под условом да се штета може утврдити путем обрачуна чак и ако постоји *bonafide* спор о износу дуга“⁶¹

Сједињене Америчке Државе немају савезни закон који регулише метод обрачуна затезне камате, већ је ово питање регулисано законима федералних држава.⁶² Већина њих забрањује или ограничава примену конформног метода обрачуна камате. На пример, у државама Њујорк и Калифорнија затезна камата се рачуна уз примену простог интересног рачуна уз одређене изузетке. У држави Њујорк камата рачуната конформним методом обрачуна може се досудити само уколико је то изричито предвиђено посебним законом или уговором. Затезна камата обрачуната по конформном методу досуђује се у случају повреде односа поверења (фидуцијарних права). Слично је и у држави Калифорнија, у којој се камата обрачуната по конформном методу може досудити у складу са законом или споразумом странака. У складу са одељком 3288. Грађанског законика Калифорније,⁶³ порота може досудити камату обрачунату применом конформног метода у споровима који не произлазе из уговора, као што је случај са намерномповредом односа поверења. Судови у држави Делавер на сличан начин прате традиционално правило да се примењује само прост каматни обрачун, осим ако је уговором или законом дозвољен обрачун камате пре доношења пресуде по конформној стопи. Један такав изузетак предвиђен је у одељку 262(i) Законика о привредним друштвима Делавера, према коме суд има право да досуди камату обрачунату по конформном методу по тужби акционара за утврђивање правичне вредности њихових акција у поступку спајања, а водећи се стварним стањем на тржишту.⁶⁴

У пресуди суда у држави Делавер (*Delaware Chancery Court*) у случају *Onti, Inc. v. Integra Bank, Inc.* (1999),⁶⁵ наводи се да: „једноставно није

61

62 J.Y. Gotanda, *op. cit.*

63 *California Civil Code*, доступно на: http://www.leginfo.ca.gov/html/civ_table_of_contents.html

64 Видети случај *M.G. Bancorporation, Inc. v. Le Beau* (1999), доступно на:

<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/chapter%203/3-4-3example.htm>.

65 Доступно на: <http://caselaw.findlaw.com/de-court-of-chancery/1121665.html>

вероватно да на данашњим финансијским тржиштима неко лице које је довољно информисано да нешто успешно процени истовремено буде толико неинформисано да инвестира уз прости обрачун камате – чак се и на улоге на штедним књижицама камата обрачунава по конформном методу, и то дневно. Ова основна економска реалност снажно ми указује да су странке у спору бар толико финансијски информисане као имаоци штедних књижица и да траже најмање исти повраћај на свој улог, због чега камата код спорова треба да буде обрачуната конформним методом на дневном нивоу, а не месечно. Што се тиче дужника у оваквим споровима, још је теже замислити да би савремена компанија тражила камату по простом каматном рачуну на своја средства. Не може се замислити да би информисани пословни човек ... уложио средства компаније у инструменте који дају камату обрачунату по простом каматном обрачуну. Такође, није могуће замислити да би кредитори одобрили компанији капитал уз камату по простом интересном рачуну.”⁶⁶

У случају који је проистекао из повреде патента *Dynamics Corporation of America v. the United States* (1985),⁶⁷ суд је стао на становиште да „конформни метод обрачуна затезне камате може много приближније достићи захтев за „извршење потпуне правде између тужиоца и Сједињених Држава” по основу правичне накнаде прописане Петим амандманом.”⁶⁸

Спор *Michelson v. Hamada* (1994)⁶⁹ проистекао је из договора тужиоца да са туженим дели лекарску ординацију, уз обавезу туженог да за посебну накнаду, обавља и послове наплате потраживања тужиоца за услуге пружене пацијентима. Виши суд у Лос Анђелесу стао је на становиште да је тужени у овом спору грубо злоупотребио однос поверења када је наплаћени новац преусмерио за друге сврхе, па је досудио да тужени има не само обавезу да плати износ дугованог новца, накнаду штете за повреду фидуцијарне обавезе, накнаду штете за превару, затезну камату на наведене износе која се рачуна конформним методом обрачуна, већ и казнену одштету (*punitive damage*).

У случају *Westbrook v. Fairchild* (1992)⁷⁰ Апелациони суд у Калифорнији је у спору поводом повреде фидуцијарног права пресудио да ту-

жени плати затезну камату на досуђени износ казнене одштете уз примену конформног метода обрачуна. Интересантно је да је у овом случају суд досудио затезну камату на одштетни износ одређен у пресуди (*post-judgment interest*). У образложењу одлуке, суд је навео да је тужилац претрпео штету услед поступања туженог које представља повреду односа поверења. У прецедентном праву устаљено је правило да суд, у случају када неко злоупотреби однос поверења, па имовином повереника управља у своју корист, може то лице обавезати да плати затезну камату обрачунату конформним методом обрачуна, јер се претпоставља да је остварио добит од такве употребе туђе имовине. Ово правило се користи пре свега код одмеравања затезне камате која тече до дана доношења пресуде (*pre-judgment interest*). Међутим, суд је у конкретном случају заузео став да се овај начин обрачуна затезне камате може применити и на досуђени износ из пресуде, јер се може претпоставити да је тужени задржао и тај досуђени износ, па ће остварити добит од коришћења те имовине, односно да ће корисник бити ускраћен и за такву добит.

Уговорне стране могу у уговору предвидети да ће се камата обрачунавати конформним методом обрачуна, с тим да таква уговорна одредба мора бити јасно стипулисана. Врховни суд Калифорније је у случају *McConnell v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.* (1978),⁷¹ у којем је тужилац тражио да се на минусни салдо брокерског рачуна код туженог не обрачунава затезна камата путем конформног метода, стао на становиште да се може сматрати да је уговорена примена конформног метода обрачуна и уколико се у уговору налази клаузула која се позива на „уобичајену праксу пословања туженог.”

Врховни суд САД је у случају *Barbara Smiley v. Citibank (South Dakota), N.A.* (1995),⁷² одлучујући по питању да ли се затезна камата може обрачунавати и исказивати у апсолутном, а не само у релативном (процентном) износу, дозволио да банка која је издала кредитне картице *Visa* и *Mastercard* обрачуна и наплати камату на доспелу камату. Корисник картица – тужилац из Калифорније закључио је уговор о коришћењу картица са банком која је имала седиште у Јужној Дакоти, по којем је имао обавезу да плаћа одређене износе накнаде за неизмирену обавезу и затезну камату уколико благовремено

66 *Ibid.* незванични превод аутора.

67 Доступно на: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/766/766.F2d.518.85-650.85-578.html>

68 *Ibid.* незванични превод аутора.

69 Доступно на: <http://law.justia.com/cases/california/caapp4th/29/1566.html>

70 Доступно на: <http://law.justia.com/cases/california/caapp4th/7/889.html>

71 Доступно на: <http://scocal.stanford.edu/opinion/mcconnell-v-merrill-lynch-pierce-fenner-smith-inc-28076>

72 Доступно на: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/95-860.ZO.html>

не плати минимални износ обавезе. Уговор за једну од картица (*Classic Card*) предвидео је да ће банка наплатити накнаду од 1,65% на просечни дневни салдо за месечну обавезу уколико тужилац не плати укупан износ обавезе пре доспелости. За сваки месечни обрачун у којем тужилац не плати минимални месечни износ у року од 25 дана од дана доспелости, банка је наплаћивала накнаду од 15 долара поред месечне камате. Уговор за другу картицу (*Preferred Card*) предвидео је да уколико тужилац не плати обавезу у целости о доспелости, банка има право да уведе месечну накнаду од 1,4% на просечно дневно стање дуга. Ако тужилац не плати минимални месечни износ у року од 15 дана од дана доспећа, банка ће наплатити накнаду за кашњење у износу од 6 долара поред месечне камате. Ако тај минимални износ отплате не буде уплаћен до следећег датума до којег треба извршити отплату следећег минималног месечног износа, банка је могла да наплати већи од следећих износа: додатну накнаду за кашњење од 15 долара или 0.65% од стања дуга. Суд је применио право Лужне Дакоте, где је било седиште банке, које је дозвољавало овакве накнаде, а није применио Закон о заштити потрошача Калифорније, који је повређен. Дозвољавајући да се на доспелу камату, било да је исказана у апсолутном или процентуалном износу, наплаћује нова камата због доцње, суд је у суштини прихватио конформни начин обрачуна камате.

Став судова који су дозвољавали обрачун камате конформним методом заснивао се и на чињеници да се тужени неоправдано обогатио тако што није извршио своју уговорну обавезу, што је суд изједначавао са коришћењем бескаматног зајма или на чињеници да је нечињење туженог ускратило тужиоцу право да уложи новац и да заради такву камату.

У пракси савезних судова, у недостатку посебних законских одредаба, питања која се одnose на затезну камату решавања су у складу са законима федералних држава. У случајевима када су савезни судови решавали спорна питања у вези са затезном каматом без примене закона федералних држава, примењиван је конформни метод обрачуна, као нпр. у случају поморских спорова, у случају досуђења одштете у виду заосталих зарада код спорова проистеклих из дискриминације на послу, код повреде права из патената и сл. савезни судови су досуђивали камату по конформној методи и у случају када је тужилац морао да се задужи по таквој камати због доцње туженог по основном послу.

У случају *Oil Spill by the Amoco Cadiz off the Coast of France on March 16, 1978*,⁷³ Апелациони суд САД-а образложио је досуђење камате по конформном методу као најбољи начин да се тужиоцу надокнади немогућност да користи новац. Случај *Amoco Cadiz* односи се на обједињене жалбе по споровима због изливања нафте из супертанкера који се насукао у близини обале Бретање. У овом случају Апелациони суд САД је потврдио пресуде у којима је француским тужиоцима досуђена накнада штете уз камату по конформној методи. Међутим, исти суд је оценио да камата на накнаду штете досуђену према енглеском праву може да буде обрачуната само по простом интересном рачуну, зато што енглеско право не дозвољава употребу конформног метода. Суд је објаснио да „штетник извршењем деликта од оштећеног ствара повериоца (кредитора) мимо његове воље. Иако може проћи неко време пре него што оштећени прибави судску одлуку, када таква одлука буде донета, сматраће се да је обавеза настала у тренутку проузроковања штете. Код уговорених (вољних) кредитних трансакција, дужник за позајмљени новац плаћа камату по тржишној стопи (најнижа одговарајућа стопа за камату до пресуђења, зато што би кредитор мимо своје воље могао да наплати више да је одобравао зајам). Камата пре пресуђења по тржишној стопи доводи обе стране у позицију у којој би биле да је накнада плаћена одмах.”⁷⁴

Недавно, у случају *McKesson Corp. v. Iran* (2012),⁷⁵ жалбени суд САД за Дистрикт Колумбија, одбио је да досуди камату обрачунату по конформном методу мањинском власнику млекаре из Ирана након што је Иран експроприсао његове уделе у тој компанији без било какве накнаде.

Закључак

Наше право је након дужег периода напустило конформни метод обрачуна затезне камате. Сада се прост интересни рачун примењује приликом обрачуна затезне камате, било да се она обрачунава на динарска или девизна потраживања. Овај метод обрачуна затезне камате примењује се без изузетка и без обзира на дужину трајања обрачуна камате. Тиме је

⁷³ Доступно на: <http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/chapter%201/Documents/AmocoCadiz.html>.

⁷⁴ *Ibid*, незванични превод аутора.

⁷⁵ Доступно на: [http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/12DDD388C0A196A1852579B200535D1F/\\$file/10-7174-1360755.pdf](http://www.cadc.uscourts.gov/internet/opinions.nsf/12DDD388C0A196A1852579B200535D1F/$file/10-7174-1360755.pdf)

наше право нагласило прву функцију затезне камате као надокнаде претпостављене штете повериоца због неизмирења обавезе у уговореном року. Конформни метод обрачуна затезне камате наглашавао је казнену функцију, нарочито у случају када се затезна камата обрачунавала за период дужи од годину дана.

У англосаксонском праву затезна камата се по правилу обрачунава путем простог интересног рачуна, док се конформни метод обрачуна примењује само у случајевима када је то законом прописано или уговорено, као и у оним случајевима у којима је тужилац доказао да постоје посебни разлози за примену тог метода. Иако оба система припадају прецедентном праву и конформни метод обрачуна затезне камате примењују само као изузетак, аргументација и дух одлука је различит. У енглеском праву, које има дугу традицију и споро продирање промена у укореењени систем, изузеци у смислу примене конформног метода се примењују веома рестриктивно, у четири групе случајева (најчешће код преваре и грубе повреде односа поверења). Америчко право, иако своје корене вуче из енглеског, показује све јаче тенденције за примену конформног метода обрачуна, посебно у привредним споровима. Конформни метод обрачуна дозвољен је у мањем броју федералних држава као правило, а у некима као изузетак, и то само у одређеним областима (поједини банкарски послови, повреде права патента, преваре и грубе повреде односа поверења и сл.).

Maja Dobric
4th year undergraduate student
University of Belgrade, Faculty of Law

A comparative view on the decisions of the highest courts of Serbia, UK and the USA on the implementation of the compound method of calculating interest rates

In our legal system, the creditor under monetary obligation is always granted default interest if the debtor defaults, as a compensation for assumed damages. This assumption has not existed in the legal system of Great Britain, but the right to default interest was gradually introduced through judgments of the highest courts of law. On the contrary, the American legal system has in the early days taken stand that, in case of default of a debtor under monetary obligation, a creditor has a right to default interest. This interest may be calculated according to the proportional (simple interest) or compound method. The main characteristic of compound method is that interest is calculated not only on the principal, but also on the previously calculated interest, which has been capitalized. After a long period of calculating default interest according to compound method, our legal system finally departed from it in 2012. In the common law system, default interest is, as a rule, calculated according to simple interest method, while the compound method is applied only if it is prescribed by law or agreed upon, as well as in cases where the creditor has proved the existence of special circumstances requiring the application of such method. In the English law these exceptions are applied in a restrictive manner, while the American law shows growing tendencies to apply compound method in commercial lawsuits.

Key words: default interest, compound interest, judgments, Serbia, Great Britain, United States of America

ЗАШТИТА ПРАВА МАЊИНСКИХ АКЦИОНАРА И ПРИНЦИП ЈЕДНАКОГ ТРЕТМАНА

Виолета Вековић-Ђулафић, МА
Студент докторских студија
Правни факултет Универзитета у Београду

Аутор анализира основне принципе заштите права мањинских акционара – принцип једнаког третмана (равноправности) акционара и принцип већине и заштите мањине. Реч је о универзалним принципима, који су прихваћени у праву привредних друштава данашњице као основни постулати. Ти принципи су у појединим правним системима експлицитно исказани у корпоративним законима, у другима имплицитно, али су несумњиво присутни.

Актуелна економска и друштвена дешавања намећу компанијама нимало лак задатак – усклађивање разноврсних, неретко супротстављених интереса. У таквом пословном амбијенту најугроженији су мањински акционари, па се указала потреба за креирањем механизма који ће их на адекватан начин заштитити, а који пак почивају на поменутих принципима. Циљ рада је извођење научно заснованих закључака о постојећој законској регулативи у области заштите права мањинских акционара у Републици Србији, као и формулисање предлога могућих решења за ефикаснију заштиту мањинских акционара.

Кључне речи: мањински акционари, принцип једнаког третмана акционара, принцип већине и заштите мањине, права мањинских акционара.

1. Уводна разматрања

Одвајање власништва од управљачке функције довело је до низа позитивних ефеката, од којих се по свом значају издвајају два: повећање ефикасности управљања у акционарском друштву као најзначајнијем облику друштва капитала, и револуционарне промене у систему корпоративног управљања. Када је пак реч о негативним последицама овог процеса, треба указати на деструктиван учинак пораста тензија између два једнако легитимна, али истовремено супротстављена, интереса у оквиру тог друштва. Конкретно, просечан директор акционарског друштва нема ни приближан интерес за максимизирањем добити друштва на чијем је челу, у односу на интерес просечног акционара. Разлог лежи у чињеници да директор има загарантована примања и да на њих, по правилу, не утиче успешност по-

словања компаније. Бројни су примери покушаја примене стимулативних мера,⁷⁶ међутим, ни тада дубоки јаз између ових субјеката акционарског друштва није премошћен. Све то недвосмислено упућује на закључак да је илузија говорити о акционарском друштву као хармоничном и складном правном субјекту.⁷⁷

Основни захтев који се поставља „модерној корпорацији“⁷⁸ јесте стварање богатства за власнике и друге интересне групе на одговоран начин. Како би испунила своју економску сврху, корпорација мора да усклади разноврсне, неретко супротстављене интересе. У таквом пословном амбијенту најугроженији су мањински акционари и њихови власнички интереси, па се указала потреба за креирањем механизма који ће их на адекватан начин заштитити.

Снажнија афирмација акционарских односа, а тиме и заштите акционара, код нас започиње доношењем Закона о предузећима 1996. године⁷⁹. Већ 2004. године донет је Закон о привредним друштвима⁸⁰ чиме се ушло у тзв. другу фазу транзицијског законодавства. Реч је о модерном закону, како по идејама које су добиле законско рухо, тако и по техници писања, терминологији и регулисаним институтима.⁸¹

76 У циљу подстицања верности и лојалности директора, али све чешће и осталих чланова менаџмента акционарских друштава, у савременим развијеним тржишним системима редовно се прибегава менаџерском акционарству, делимичном везивању примања менаџера за успешност пословања, као и низу других стимулативних мера. В. Савковић, *Деривативне акционарске тужбе*, Београд, 2004, стр. 5.

77 М. Васиљевић, *Корпоративно управљање (правни аспекти)*, Правни факултет, Београд 2007, стр. 55. и даље.

78 „Модерна корпорација“ представља правну форму привредног друштва у којем власници нису одговорни за обавезе које компаније стварају, и у њима су власничка и управљачка функција одвојене. Детаљније видети: М. Козлик, *Проблеми заживљавања корпоративног управљања у привредама у транзицији са посебним освртом на стање у Републици Српској*, Бања Лука 2009, стр. 4.

79 Закон о предузећима (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/1996, 33/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999 и 36/2002; даље у тексту ЗОП даље у тексту ЗОП)

80 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 125/2004; даље у тексту ЗОПД/2004; даље у тексту ЗОПД/2004)

81 М. Васиљевић, „Закон о привредним друштвима (поводи, начела, основна решења)“, *Право и привреда*, 1–4/2005, 3–19, стр. 3 и 10.

Заштита права мањинских акционара у значајној мери је унапређена, по угледу на решења из одговарајућих закона европских држава са богатом традицијом у овој области. Коначно, 2011. године донет је нови Закон о привредним друштвима⁸² који је ступио на снагу осмог дана од дана објављивања, а примењује се од 1. фебруара 2012. године, осим чл. 344 ст. 9 и чл. 586 ст. 1 тач. 8, који ће се примењивати од 1. јануара 2014. године.

Наш законодавац, полазећи од законских решења и позитивних искустава земаља са развијеном тржишном привредом, акционарској мањини по капиталу гарантује одређена права⁸³, као и заштиту истих. Реч је о следећим правима мањинских акционара:

- право у вези са сазивањем седнице скупштине друштва;
- право у вези са дневним редом скупштине;
- право на постављање питања и добијање одговора;
- право на захтевање седнице скупштине класе акција;
- право на судску заштиту;
- право на продају акција друштву – право изласка из друштва;
- право на захтевање посебне или ванредне ревизије;
- право на подношење захтева за ликвидацију друштва;
- права у случају преузимања јавних (отворених) акционарских друштава;
- права приликом принудне продаје (откупа) и принудне куповине акција.

Дакле, заштита мањинских акционара у односу на већинске акционаре и управу друштва, првенствено се пружа унутар друштва. Уколико своја права мањински акционари не успеју да заштите у самом друштву, они могу користити мере судске заштите.⁸⁴

С обзиром на то да се у акционарском друштву, као типичном друштву капитала, одлуке доносе већином гласова, акционари са већинским пакетом акција са правом гласа имају превагу над мањинским акционарима приликом одлучивања. То је основни разлог због којег мањински акционари приговарају

већинским да злоупотребљавају технику већине за афирмацију својих интереса на штету интереса друштва. Имајући у виду да сви акционари у акционарском друштву немају истоветан положај, неопходно је успоставити равнотежу њихових интереса и, кроз адекватну заштиту мањине, сузбити злоупотребу технике већине.

2. Принцип једнаког третмана акционара

Принцип једнаког третмана (равноправности) акционара прихваћен је у праву привредних друштава данашњице као један од основних постулата. У појединим правним системима експлицитно је исказан у корпоративним законима, у другима имплицитно, али је несумњиво присутан. Принцип једнаког третмана акционара усваја и ЗОПД/2011 – одредбом члана 269. прописано је да се сви акционари под једнаким околностима третирају на једнак начин. Истоветно решење предвиђа и нови Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије (Принцип 1, Глава I – Принципи и препоруке за сва друштва капитала).⁸⁵ Такође, налазимо га и у Принципима корпоративног управљања Организације за економску сарадњу и развој (OECD) – „Оквир корпоративног управљања треба да обезбеди равноправан третман свих акционара, укључујући и мањинске...” и даље: „Мањинске акционаре треба заштитити од злоупотреба од стране или у интересу акционара који имају већину акција и делују директно или индиректно, а такође им треба обезбедити ефикасну правну заштиту.”⁸⁶

Очигледно, реч је о универзалном принципу који претпоставља једнако поступање и третирање акционара (исте класе) у правима и обавезама у свим случајевима.⁸⁷ Његова суштина је да под једнаким околностима акционари уживају једнака права и обавезе, односно равноправан правни третман. Дакле, акционарско друштво функционише по принципу равноправности акционара исте класе, па се у теорији оправдано расправља о тзв. презумпцији равноправности између ових акционара.⁸⁸

Принцип једнаког третмана тиче се међусобних односа акционара и друштва, тако да се норме које из њега произилазе, односе на

82 Закон о привредним друштвима (*Службени гласник РС*, бр. 36/2011 и 99/2011; даље у тексту ЗОПД/2011 даље у тексту ЗОПД/2011)

83 Детаљније видети: М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, стр. 322–342.

84 Љ. Николић, „Заштита мањинских акционара”, *Правни живот*, 11/2006, стр. 214.

85 *Службени гласник РС*, бр. 99/2012.

86 OECD Principles of Corporate Governance, 2004, тач. III.A.2.

87 М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2009, стр. 334.

88 *Ibid.*

органа акционарског друштва чија је дужност да их, у вршењу својих овлашћења, поштују. То значи да акционари могу захтевати поштовање права на једнак третман само од органа друштва, а не и од других акционара. Ови разлози иду у прилог тврдњи да је прикладније користити термин „принцип једнаког третмана акционара“, уместо „начело равноправности акционара“, како је то било предвиђено одредбом члана 223 ЗОП-а.

Принцип једнаког третмана акционара изведен је из принципа правичности, који је на различите начине присутан у праву привредних друштава.⁸⁹ Већинско доношење одлука представља основно правило у одлучивању и одговара природи акционарског друштва, као друштва капитала. Међутим, такво одлучивање је оправдано све док не почне да угрожава права мањинских акционара, у која се убраја и право на једнак третман. Иако важи у свим привредним друштвима, принцип једнаког третмана акционара је од круцијалног значаја за друштва капитала, а посебно за акционарско друштво. Њиме су прожета сва права и обавезе акционара; истовремено, овај принцип представља и оквир у коме су органи друштва дужни да се крећу приликом одлучивања.⁹⁰

У сваком демократском друштву позитивно право мора да обезбеди одређена права мањини у тој заједници; у супротном, постојала би опасност да се владавина већине претвори у тиранију над мањином.⁹¹ То се односи и на акционарско друштво, јер иако типично друштво капитала, оно не претпоставља неједнак положај акционара.⁹²

Најчешће се основ за примену принципа једнаког третмана акционара проналази у природи корпорацијског односа, у вољи чланова друштва, али се као примарни основ, који је и теоријски најприхватљивији, наводи нужност контроле моћи воље већинских акционара.⁹³ На тај начин, једнак третман се појављује као гранични оквир, иначе легитимне већинске воље у акционарском друштву.

Принцип једнаког третмана не значи и општу једнакост акционара, као и апсолутну забрану неједнаког поступања са њима. Упра-

во тако се и мора поступати са акционарима када је неопходно, односно када је то у интересу друштва (дакле, не појединих акционара), подразумева се уз једнаке услове. У таквим ситуацијама друштво се, с обзиром на то да задире у чланска права акционара, мора руководити начелима потребности, прикладности и примерености. Оснивачким актом или статутом акционарског друштва могу се предвидети различите обавезе и права, тј. одступања од овог принципа, али само у законом утврђеним случајевима. Сем тога, и акционар својом вољом може одступити од принципа – нпр. уколико гласа да његова дивиденда припадне друштву/другим акционарима.⁹⁴

Очигледно, реч је о принципу од суштинске важности за акционарско друштво – као својеврстан коректив принципа већинског одлучивања, он остварује значајну превентивну функцију, јер спречава да се воља већине претвори у дискриминацију мањинских акционара.

3. Принцип већине и заштите мањине

Да се воља већинских акционара не преобрази у тиранију над акционарском мањином, али и да заштита те мањине не доведе до блокаде одлучивања у друштву, потребно је креирати инструменте и механизме који ће то предупредити. Наиме, већински акционари неретко манифестују самовољу, као да компанија припада искључиво њима, што резултира повредом интереса мањинских акционара, као и друштва у целини. С друге пак стране, пренаглашено инсистирање на заштити акционарске мањине, такође може угрозити једнакост свих акционара. Наиме, мањински акционари, сходно свом уделу у власништву, имају мања управљачка права, али се истовремено налазе у позицији да та права буду додатно умањена својевољом већинских акционара. С друге стране, што је заштита мањинских акционара већа, по правилу, управљачка права већинских акционара су угроженија, чиме се недвосмислено угрожава прокламована једнакост акционара. Дакле, што је заштита акционарске мањине већа, то су управљачка права већинских акционара више угрожена, а то свакако није добро, јер се тиме угрожава једнакост права акционара, односно демократско начело – једна акција, један глас. Све то указује на неопходност успостављања баланса између принципа већине, као темељне филозофије акционар-

89 Детаљније видети: С. Бунчић, „Право акционара на једнак третман“, *Правни живот*, 11/2001, 141–150.

90 Henn, *Die Rechte des Aktionars*, Köln, 1984, стр. 9.

91 И. Јанковец, „Елементи демократских односа у акционарском друштву“, *Правни живот*, 11/2003, стр. 9.

92 М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 334.

93 Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, стр. 379.

94 М. Васиљевић, *op. cit.*, стр. 334–335.

ског друштва, и принципа заштите мањине, као демократског принципа.⁹⁵ Ови принципи представљају специфичан аспект принципа једнаког третмана. Национална права познају више мера које треба да, с једне стране, афирмишу правило већине и истовремено спрече његову злоупотребу (теорија злоупотребе већине), а с друге стране, да заштите мањину и искључе могућност њене злоупотребе (теорија злоупотребе мањине), као и злоупотребе гласачких права у случају једнаке поделе гласова (теорија злоупотребе једнакости). Ове мере могу бити превентивне (извансудске), судске и административне.

Кључ за успостављање равнотеже интереса у акционарском друштву је јасно дефинисана обавеза лојалности директора компанији и свим акционарима. Вођено овом идејом, англосаксонско право је формирало став да су већински акционари према мањинским у фидуцијарној дужности. Они, дакле, морају увек делати, самим тим и гласати у интересу компаније (што је обавеза и чланова управе).⁹⁶

4. Положај мањинских акционара у Србији

Проблем правне заштите мањинских акционара јавља се као акутан у транзиционим економијама, у којима се током процеса приватизације предузећа, на супрот једном већинском власнику (са преко 80% или 90% акција) налази велики број малих акционара (нпр. више стотина или више хиљада запослених као власници најчешће 10% до 20% акција основног капитала).⁹⁷ У вези с тим, у овим земљама се указала потреба изналажења ефикасних правних инструмената и механизма заштите акционарске мањине по капиталу, какви постоје у развијеним тржишним привредама. У Србији, релативни значај мањинских акционара у власничкој структури, детерминисан је пре свега, правном традицијом, али и квалитетом институција, моделом приватизације и другим факторима.⁹⁸ Полазећи од

95 М. Васиљевић, *Корпоративно управљање (правни аспекти)*, *op. cit.*, стр. 124.

96 *Ibid.*

97 Д. Марковић-Бајаловић, „Положај мањинских акционара (у упоредном законодавству и према закону о привредним друштвима)“, *Ново привредно законодавство*, 2005, Крагујевац, стр. 79–80; М. Кнежевић, „Начело једнакости акционара“, *Право – теорија и пракса*, 3–4/2008, Нови Сад, стр. 55–56.

98 Б. Беговић et al., *Корпоративно управљање: пет година касније*, Центар за либерално-демократске студије, Београд, 2008, стр. 72. и даље.

законских решења и позитивних искустава земаља са развијеном тржишном привредом, наш законодавац акционарској мањини по капиталу гарантује одређена права, као и заштиту истих.

ЗОПД/2011 не доноси ништа суштински ново у односу на регулативу из 2004. године што се, имајући у виду тренд јачања положаја мањинских акционара у упоредном законодавству и актима међународних организација, не може позитивно оценити. Слаба информисаност мањинских акционара и непознавање услова за утврђивање одговорности менаџмента друштва, уз одређене законске ограничавајуће факторе представљају најзначајнију препреку ширем остваривању заштите права акционарске мањине по капиталу у пракси⁹⁹.

Акционарска друштва представљају камен темељац привредног система Републике Србије. Њихову власничку структуру карактерише један већински (често страни) власник и наши грађани са статусом мањинских акционара, што актуелизује питање њихове заштите. У Републици Србији највећи број мањинских акционара овај статус је стекао кроз процес приватизације друштвених предузећа – бесплатном поделом акција или пак, куповином под знатно повољнијим условима. Ипак, домаћи мањински акционари, имајући у виду специфично пословно окружење Србије, углавном су слабо заинтересовани за своја законска права, сматрајући често поделу акција неправедном. Наиме, приватизације предузећа у већини случајева су спроведене њиховом продајом стратешком инвеститору, што мањински акционари доживљавају као непријатељско преузимање. Слабу заинтересованост мањинских акционара за њихова законска права најсликовитије осликава крајњи циљ ових акционара – што је могуће скупље продати своје акције, и уколико околности то дозвољавају сачувати своје радно место¹⁰⁰.

5. Закључак

Адекватна правна заштита мањинских акционара спречава злоупотребу права већине, појачава интересе за оснивање друштва капитала, привлачи институционалне инвеститоре који доносе свеж капитал. Тиме се доприноси успостављању повољнијег пословног амбијента, а самим тим и убрзаном привредном и економском развоју. Са друге

99 *Ibid.*

100 *Ibid.*, стр. 175 и даље.

стране, пренаглашена заинтересованост за заштиту права акционарске мањине по капиталу, редовно резултира угрожавањем управљачких права акционарске већине, а тиме се недвосмислено угрожава прокламован принцип једнаког третмана акционара. Дакле, кључ успеха је у успостављању баланса између два једнако легитимна, али супротстављена и сукобљена интереса – интереса већинског или већинских акционара и интереса мањинских акционара.

На крају, можемо констатовати да, с обзиром на специфичан домаћи пословни амбијент, позитивна законска решења у Републици Србији ипак представљају солидну основу за заштиту права мањинских акционара.

Violeta Veković Ćulafić, MA
PhD candidate, University of Belgrade,
Faculty of Law

Protection of Minority Shareholders and Principle of Equal Treatment

Summary

The author analyzes the basic principles of protection of minority shareholders' rights – the principle of equal treatment (equality) and the principle of majority share-

holders and minority protection. It is the universal principles that are accepted in the company law today as the basic postulates. In some jurisdictions they are explicitly stated in corporate law, in others – implicitly in others – implicitly, but they are undoubtedly present.

The current economic and social life companies impose no easy task – coordinating various, often competing interests. In such a business environment the most vulnerable are the minority shareholders, and there is a need to create mechanisms that will be adequately protected, and that in turn are based on these principles. The goal of this paper is to establish sound scientific conclusions of the existing legislation in the field of protection of minority rights in Serbia, as well as the formulation of proposals for possible solutions for effective protection of minority shareholders.

Key words: *minority shareholders, the principle of equal treatment of shareholders, the principle of majority and minority protection, the rights of minority shareholders.*

ЗЛОУПОТРЕБА ИНСАЈДЕРСКИХ ИНФОРМАЦИЈА НА ТРЖИШТУ КАПИТАЛА

Крстић Никола,
докторант на Правном факултету
у Новом Саду;
приправник Основног суда у Новом Саду.

Резиме

Развој финансијског тржишта условљен је како успостављањем одговарајућих услова за пословање, тако и регулацијом којом се стварају једнаки услови улагања на тржишту и спречавају злоупотребе. У раду је изнета материја у вези са инсајдерским информацијама уз освртање на претходна законодавна решења као и утицај који је извршило законодавство ЕУ на садашњи закон. Такође обрађено је и разграничење између инсајдерских информација и пословне тајне, као и између примарних и секундарних инсајдера. Изнета су и ограничења по питању инсајдера, обавеза *ad hoc* информисања, дефинисање забрањених радњи, као и питање грађанско-правне и кривично-правне одговорности. Критички приказ данашњег законодавства је дат у току целог рада а посебно је изложен у закључку где се таксативно наводе добре и лоше стране садашње регулативе.

Кључне речи: *тржиште капитала, инсајдерска информација, појам инсајдера, ad hoc информисање, пословна тајна, злоупотреба, накнада штете.*

1. Појам инсајдерских информација

Инсајдерске информације су информације о тачно одређеним чињеницама које нису јавно објављене, а односе се директно или индиректно на једног или више издавалаца финансијских инструмената, односно на један или више финансијских инструмената. Ове информације, да су јавно објављене, вероватно би имале значајан утицај на цену тих финансијских инструмената, или на цену изведених финансијских инструмената.¹

Из ове дефиниције можемо извести следеће кључне елементе: *прво*, да је реч о информацијама о тачно одређеним чињеницама, *друго*, да нису познате јавности, *треће* да се односе на једног или више издавалаца, односно на један или више финансијских инструмената,

и *четврто*, да су јавно објављене, вероватно би имале значајан утицај на цену финансијских инструмената на које се односе.

Радиће се о информацијама о тачно одређеним чињеницама ако оне наводе скуп околности који постоји, или ће постојати, као и ако наводе догађај који је настао, или ће настати. Потребно је да су довољно одредиве да омогуће доношење закључака о могућем дејству тог скупа, околности, или догађаја на цене финансијских инструмената.² Чињенице су спољашња опажања, подобни догађаји и стања у спољном свету и личном животу, подложна доказивању.³ Чињенице нису процене квалитета, мишљења, савети, препоруке или упозорења, јер је ту реч о изјавама субјективних поређења и схватања која нису подложна доказивању.⁴ Свакако, мишљење или опажање може добити квалитет чињенице, ако је изнето од стране одговорног лица које треба да донесе одлуку, на коју се то мишљење односи.⁵ Онда ће то представљати чињеницу. *Прогноза*, као мишљење о будућим догађајима, не поседује квалитет чињенице, али ће бити чињеница уколико је тржиште препознаје као такву.⁶ Дакле, у питању је чињеница која има квалитет инсајдерске информације уколико тржиште одреагује на такву прогнозу било позитивно или негативно. На пример, ако је прогноза будућег пословања лоша, то ће се сигурно одразити на тржиште. *Гласине*, иако у себи носе дозу неизвесности и непрецизности такође могу бити чињенице које имају квалитет да постану инсајдерска информација.⁷ Одлучујуће је да ли њих тржиште третира као такве чињенице, односно да ли ће одреаговати на њих. Вероватноћа једне чињеничне претпоставке или гласине не игра никакву улогу за њено прихватање као чињенице.⁸ Једино је битно да је одређено лице чуло за гласину пре него што је она постала јавно по-

2 ЗТК, чл. 75, ст. 5.

3 M. Lenenbach, *Kapitalmarkt und Börsenrecht*, Köln, 2002, стр. 491.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

6 M. Lenenbach, *Kapitalmarkt und Börsenrecht*, Köln, 2002, стр. 491.

7 *Ibidem*.

8 *Ibidem*.

1 Закон о тржишту капитала, (Сл. гласник РС, бр. 31/2011, даље у тексту: ЗТК), чл. 75, ст. 1.

зната, те да је услед тога могло да искористи своје инсајдерско сазнање и каснији утицај на цену, који ће изазвати та гласина када постане јавно позната.

Информација је инсајдерска *када није јавно позната*. Међутим, не само што информација не сме бити опште позната већ она мора бити *тајна или поверљива*. Неки аутори чак сматрају да, све дотле док информација не буде објављена у масовним медијима, она представља инсајдерску информацију.⁹ Истог мишљења у вези са објавом информације у масовним медијима је и законодавац када налаже ванредно, односно *ad hoc* обавештавање најшире јавности о свим инсајдерским информацијама које се непосредно односе на издаваоца, јер се са њиховим објављивањем губи квалитет инсајдерске информације. Такође је потребно да средство информисања у коме се објављује информација има потенцијал да обавести најширу јавност. Неће се сматрати да је ваљано објављена информација у регионалним новинама са малим тиражом или на конгресу финансијских аналитичара.

Трећи елемент не дефинише појам привилеговане информације него говори о њеној сврси да утиче на ценовна кретања једног или више издаваоца, или на један или више финансијских инструмената на тржишту. Информација може да се односи и на све инструменте, односно емитенте.¹⁰ Овде је, пре свега, реч о томе да се као инсајдерске информације могу јавити одлуке централне банке о каматним стопама, подаци о незапослености, или коњукурним кретањима, али такође и природне катастрофе или политичке кризе које погађају емитенте.¹¹

Значајан утицај ће се остварити ако разумни улагач узме у обзир такву информацију као део основе за доношење својих инвестиционих одлука.¹² Под значајношћу се мисли на квалитет утицаја који информација проузрокује на кретање курса. Питање утицаја на цену је чињеница која се мора оцењивати код околности сваког појединачног случаја. При вршењу прогнозе да ли инсајдерска информација има значајан утицај, у обзир се морају узети и други тржишни чиниоци који имају значај за промену курса. На утицај тих других чинилаца указују ликвидност и волатилност (флукуација у одређеном временском периоду) финансијског инструмента, као и свеопште тенденције на тржишту. У обзир се морају узети и

утицаји који су специфични само за одређену врсту привредних друштава, односно браншу и утичу на кретање цена њихових финансијских инструмената. Такође, потребно је размотрити временско раздобље између инсајдерске трговине и објаве инсајдерске информације због тога што се утицај информације на ток курса са временским одстојањем смањује, јер бива потиснут од других околности релевантних за кретање курса.¹³

Објективно проширење дефиниције

У ЗТК, под утицајем европског законодавства, долази до проширења дефиниције инсајдерске информације у односу на објект примене.¹⁴ Први пут се у објект инсајдерских информација уводе робни деривати.¹⁵ Код робних деривата инсајдерске информације су информације о тачно одређеним чињеницама, које нису јавно објављене, а односе се директно или индиректно на један или више таквих деривата, а које би корисници тржишта на којима се тим дериватима тргује очекивали да добију у складу са устаљеним тржишним праксама на тим тржиштима.¹⁶

Сматра се да корисници тржишта очекују да добију информацију ако је она редовно била објављивана, па отуда и утиче на кретања цена на тржишту, попут прогноза будућег рода пољопривредних производа, потражње, понуде и сл. Корисници ће очекивати информацију ако је њено објављивање потребно у складу са законским прописима, правилима тржишта, уговорима или обичајима.¹⁷

Устаљене тржишне праксе престављају узансе које би организатор тржишта требало заједно са учесницима на тржишту да усвоји, у складу са Правилником о устаљеним тржишним праксама који је донела Комисија. Међутим, ове узансе још нису усвојене.

1.2 Субјективно проширење дефиниције

Дефиниција је проширена и с обзиром на субјекте на које ће се примењивати.¹⁸ То су посредници, односно лица која извршавају налоге клијената на тржишту.¹⁹ Привредна друштва

13 Више о овоме погледати: М. Lenenbach, *op. cit.*, стр. 494–496.

14 С. Бунчић, „Појам привилеговане информације у европском и српском праву”, *Право и привреда*, 9–12/2007, 51–60, стр. 56.

15 *Ibidem*.

16 ЗТК, чл. 75, ст. 3.

17 ЗТК, чл. 75, ст. 4.

18 С. Бунчић, „Појам привилеговане информације у европском и српском праву”, стр. 56.

19 *Ibidem*.

9 *Ibidem*, стр. 493.

10 *Ibidem*, стр. 492.

11 *Ibidem*.

12 ЗТК, чл. 75, ст. 2.

регистрована за обављање брокерских услуга у току обављања својих редовних активности могу доћи до инсајдерских информација, нпр. о продаји или куповини великог броја акција, о статусним променама и сличним информацијама, које би имале утицај на цену тржишних ефеката, да су јавно објављене.

За лица одговорна за спровођење налога у вези са финансијским инструментима, инсајдерске информације су информације о тачно одређеним чињеницама, добијене од клијентата у вези са будућим налозима, а односе се директно или индиректно на једног или више издавалаца финансијских инструмената, односно на један или више финансијских инструмената, а које би, да су јавно објављене, вероватно имале значајан утицај на цене тих финансијских инструмената или на цену изведеног финансијског инструмента.²⁰

Општи услови који информацију чине инсајдерском важе и за ову групу лица.

2. Разграничење инсајдерске информације и пословне тајне

Пословна тајна је податак чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву, као и податак који има или може имати економску вредност, зато што није опште познат, нити је лако доступан трећим лицима која би његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист и који је од стране друштва заштићен одговарајућим мерама, у циљу очувања његове тајности.²¹ Пословна тајна је и податак који је законом, другим прописом или актом друштва одређен као пословна тајна.²²

Пословна тајна има два конститутивна елемента: фактички – да је доступна само уском и одређеном кругу лица, и нормативни – да постоји обавеза да њено сазнање не буде омогућено лицима која тој групи не припадају.

Законска дефиниција садржи следеће елементе: прво, постојање податка као нематеријалног добра, друго, пословно обележје информације, треће, корисност односно употребна вредност података, четврто, тајност односно поверљивост.²³

Уколико упоредимо институт инсајдерске информације са институтом пословне тајне,

приметићемо сличности али и велике разлике јер су они прављени како би задовољили различите друштвене појаве.²⁴ Привилегована информација представља ужи и изведени појам из института пословне тајне.²⁵ Навођењем неких од разика, може се направити разграничење.

Прво, *објект заштите* пословне тајне у многоме се разликује од објекта заштите код инсајдерске информације. Разлике се пре свега јављају у обиму. Код пословне тајне објект заштите може бити производни, технички, технолошки, финансијски или комерцијални податак, студија, резултат истраживања, као и документ, формула, цртеж, објекат, метод, поступак, обавештење или упутство интерног карактера и слично.²⁶ Инсајдерска информација обухвата само тачно одређене чињенице које могу, али и не морају бити прописане као пословна тајна. Те тачно одређене чињенице су у вези са пословањем самог привредног друштва, или пак могу бити и одлуке које доносе органи управе. Одлуке органа управе никако не могу бити предмет заштите пословне тајне, већ уколико би и биле заштићене онда би се радило о службеној тајни. Што се тиче информација у вези са пословањем привредног друштва, ту је већином реч о подацима који су ценовно осетљиви и стога поверљиви, али не и тајни, јер их само друштво није као такве означило у својим актима. Међутим, веома проблематично јесте разграничење између пословне тајне, или инсајдерске информације која је заштићена као пословна тајна. Теоријски, реч је о оба института, односно не би се могло направити разграничење. Разлика би се јављала у вези са последицама које би настале. У грађанско-правном смислу, односно када је у питању ова врста последица, разграничење би било јако компликовано, јер би у опцију долазила фидуцијарна и деликтна одговорност. Код кривично-правних последица, разграничење би зависило од тога како би јавно тужилаштво формулисало ову радњу кривичног дела, а то ће зависити од запређених казни и начина извршења дела.

Друга разлика, се огледа у *обиму заштите* који пружају ова два института и разликама међу њима, односно која радња ће се сматрати забрањеном по једном, а која по другом институту. Кривични законик каже да ко неовлашћено другом саопшти, преда или на други начин учини доступним податке који представљају пословну тајну, или ко прибавља такве по-

20 ЗТК, чл. 75, ст. 7.

21 Закон о привредним друштвима, (Сл. гласник РС, бр.36/2011 и 99/2011, даље у тексту: ЗПД), чл. 72, ст. 3.

22 ЗПД, чл. 72, ст. 4.

23 С. Граић-Степановић, „Пословна тајна као предмет права интелектуалне својине“, *Правни живот*, бр. 13/2007, 391–409, стр. 391.

24 *Ibidem*, стр. 404.

25 *Ibidem*.

26 ЗПД, чл. 72, ст. 6.

датке у намери да их преда непозваном лицу, казниће се затвором од шест месеци до пет година.²⁷ Уколико упоредимо решење ЗТК-а, и кривично дело „коришћење, откривање и препоручивање инсајдерских информација“ које је у њему дефинисано, можемо уочити да су њиме алтернативно одређене три радње кривичног дела. Овим делом је обухваћено не само откривање и чињење доступним података, што је учињено и у случају одавања пословне тајне, већ и коришћење инсајдерских информација при стицању, или отуђењу, као и препоручивање, или навођење другог лица да на основу инсајдерске информације стекне, или отуђи финансијске инструменте на које се та информација односи. Уколико би радња била учињена употребом информације за стицање или отуђење финансијских инструмената, или путем давања препорука, или навођења других лица да их стекну или отуђе, онда би се радило само о злоупотреби инсајдерске информације. Ако је у питању даљи пренос података, онда би разграничење зависило од оцене тужиоца, а велика је вероватноћа да би се он тада одлучио за дело за које је забрањена тежа казна, као и од оцене суда изнете у пресуди.

Разлике постоје и у погледу *корисности, односно употребне вредности*. У случају пословне тајне је речо подацима који могу утицати на рад привредног друштва. Њихово одавање може узрокује штету самом друштву, на тај начин што ће, на пример бити откривени неки производни процеси, техничка решења, цртежи и сл. У случају инсајдерских информација реч је, пре свега, о информацијама које своју употребну вредност манифестују на тржишту капитала путем утицаја на цену финансијских инструмената и ван самог тржишта ретко имају неку вредност.

Што се тиче *поверљивости* она је карактеристика обе групе података те и једни и други морају бити заштићени, с тим да је код инсајдерских информација ова обавеза појачана путем обавезе састављања спискова инсајдера, путем којих надлежни државни органи добијају значајну помоћ приликом откривања злоупотреба. Што се тиче контроле откривања пословних тајни, њу ће, пре свега, вршити органи привредног друштва, док ће у случају инсајдерских информација то радити Комисија. Разлике постоје и у вези са периодом у коме се мора очувати поверљивост инсајдерских информација и пословних тајни. Инсајдерске

информације се морају што брже објавити и учинити јавним, те им се на тај начин одузети употребна вредност. Пословна тајна ће се чувати све док постоји потреба за тим. Законом је предвиђено да ће лица која имају посебне дужности према друштву бити дужна да пословну тајну чувају и након престанка тог својства, у периоду од две године од дана престанка тог својства.²⁸ Оснивачким актом, статутом, одлуком друштва или уговором закљученим са тим лицима може се предвидети да тај период буде дужи, али не дужи од пет година.²⁹

3. Примарни и секундарни инсајдери

ЗТК у потпуности прати Директиву ЕУ³⁰, те мења до сада важећу поделу на примарне и секундарне инсајдере на основу фидуцијарног приступа. Према фидуцијарном приступу примарни инсајдер је лице које поседује инсајдерску информацију на основу свог сталног положаја у привредном друштву, због чега има фидуцијарну дужност према компанији. Секундарни инсајдер је лице које је до информације дошло на директан или индиректан начин од примарних инсајдера, те је он даље незаконито користи у правном промету.³¹ На тај начин и секундарни инсајдер крши фидуцијарну дужност и постаје технички фидуцијар, а његова фидуцијарна одговорност се изводи из повреде фидуцијарне одговорности примарног инсајдера.³² Да би инсајдер био одговоран, потребно је да исту искористи ради стицања добити или избегавања губитка и на тај начин повреди фидуцијарну дужност.³³ Али и свако лице које је информацију стекло на неки други начин, а не од примарних инсајдера, укључено је у ланац забране злоупотребе инсајдерских информација.³⁴

Законодавац путем употребе енумерације, јасно указује на напуштање фидуцијарног приступа.³⁵ Код ЗТК се инсистира на томе да је

28 ЗПД, чл. 72, ст. 2.

29 ЗПД, чл. 72, ст. 2.

30 Directive of the European Parliament and Council 2003/6, on insider dealing and market manipulation (market abuse), OJ L 096, 12.04.2003.

31 Ј. Лепетић, „О појму инсидера у праву Сједињених Америчких Држава“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2010, 159–169, стр. 166–168.

32 *Ibidem*.

33 *Ibidem*.

34 С. Бунчић, „Субјекти инсајдер дилинга и њихова одговорност у европском и српском праву“, *Право и политика*, бр. 1/2008, 59–75, стр. 60.

35 Ј. Лепетић, „О појму инсајдера у праву Европске уније“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2011, 672–687, стр. 680.

27 Кривични законик, (Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009, даље у тексту: КЗ), чл 240, ст. 1.

секундарни инсајдер добио информацију од примарног.³⁶ Дакле, критеријум поделе према вези са компанијом (фидуцијарни однос), али ни критеријум начина стицања инсајдерске информације (непосредни или посредни) није прихватљив.³⁷

Законска дефиниција примарних инсајдера гласи: „Забрана злоупотребе инсајдерских информација примењује се на лице које поседује инсајдерске информације путем: 1) Чланства у управним или надзорним органима издаваоца или јавног друштва, 2) Учешћа у капиталу издаваоца или јавног друштва, 3) Приступа информацијама до којих долази обављањем дужности на радном месту, вршењем професије или других дужности, 4) Кривичних дела које је починило.³⁸ Уколико је у питању правно лице, забрана се односи и на физичка лица која учествују у доношењу одлуке о вршењу трансакција за рачун правног лица о коме је реч.”³⁹ Фидуцијарни приступ је напуштен с обзиром на чињеницу да се међу лицима која се сврставају у примарне инсајдере налазе и лица која су до инсајдерске информације дошла чињењем кривичних дела, а та лица очигледно нису ни у каквој вези са компанијом.⁴⁰

Забрана злоупотребе се такође односи и на друго лице које поседује инсајдерске информације, а зна или је требало да зна да је речо инсајдерским информацијама⁴¹ (секундарни инсајдери).

Поделу на примарне и секундарне инсајдере у садашњем законодавству можемо извести једино на основу терета доказивања.⁴² Примарни инсајдери су лица на која је пребачен терет доказивања.⁴³ Они морају доказати да нису искористили привилеговану информацију јер постоји оборива претпоставка да су искористили повлашћену информацију уколико су исту поседовали и трговали финансијским инструментима на које се та информација односи. С друге стране, секундарни инсајдери не носе терет доказивања већ тужилац мора доказати да су знали или морали знати да поседују повлашћену информацију.

36 *Ibidem*.

37 *Ibidem*.

38 ЗТК, чл. 76, ст. 2.

39 ЗТК, чл. 76, ст. 3.

40 Ј. Лепетић, „О појму инсајдера у праву Европске уније”, стр. 680.

41 ЗТК, чл. 78.

42 Ј. Лепетић, „О појму инсајдера у праву Европске уније”, стр. 681 и 686.

43 *Ibidem*.

4. Списак инсајдера и пријава промета финансијских инструмената на коју се односе инсајдерске информације

У циљу спречавања злоупотреба инсајдерских информација прописано је да је издаваоца, или лице које делује у име или за рачун издаваоца, дужно да саставља списак лица која за њих раде на основу уговора о раду, или на неки други начин, и која имају редовно или повремено приступ инсајдерским информацијама које се непосредно или посредно односе на тог издаваоца.⁴⁴ Језичким тумачењем долазимо до закључка да су сва та лица инсајдери без обзира на стварно поседовање или свест о поседовању повлашћене информације.⁴⁵ То даље може значити да није потребно доказивати да су заиста и поседовали повлашћену информацију, тј. да су знали, или морали знати да је информација коју поседују повлашћеног карактера јер се то претпоставља.⁴⁶ Лица задужена за састављање списка дужна су да га редовно ажурирају и доставе Комисији на њен захтев, као и да га чувају најмање пет година након што је састављен и ажуриран.⁴⁷ Он се мора ажурирати одмах када дође до промене разлога због кога је неко лице на списку, као и када неко лице које је на списку изгуби приступ инсајдерским информацијама.⁴⁸ Списак мора најмање да садржи: име и презиме, датум рођења, адресу пребивалишта односно боравишта, разлог због кога се то лице налази на предметном списку и датум када је списак тих лица састављен, односно ажуриран.⁴⁹ Како би се обезбедило да свако лице са овог списка буде упознато са овим прописима, законодавац налаже лицу задуженом за састављање тог списка да предузме мере потребне да сва лица са списка обезбеди буду упозната са прописима који се односе на њихове дужности, да буду свесна санкција које произилазе из злоупотребе или противправног ширења тих информација.⁵⁰

Све горе наведено ипак не треба да води до погрешног закључка да је тржиште капитала недоступно инсајдерима и да они не могу да тргују финансијским инструментима привредних друштава у којима имају приступ инсајдерским информацијама. Таква забрана не постоји

44 ЗТК, чл. 83, ст. 1.

45 Ј. Лепетић, „О појму инсајдера у праву Европске уније”, стр. 682.

46 *Ibidem*.

47 ЗТК, чл. 83, ст. 2.

48 ЗТК, чл. 83, ст. 4.

49 ЗТК, чл. 83, ст. 3.

50 ЗТК, чл. 83, ст. 5.

јер би представљала кршење принципа једнаког положаја инвеститора, као и права приступа тржишту капитала. Оно што је забрањено јесте коришћење таквих информација на тржишту у циљу избегавања штете или стицања добити.

Како би се омогућило инсајдерима да тргују, али такође и заштита од погубног утицаја инсајдерских информација на кретање цена, законом је прописана обавеза руководиоца, као и са њима повезаних лица, да пријаве Комисији сва стицања или отуђења за сопствени рачун акција издаваоца у коме руководиоца обавља руководеће дужности, а које су укључене на регулисано тржиште, као и других финансијских инструмената повезаних са тим акцијама и то у року од 5 дана од дана предметног стицања или отуђења.⁵¹

Обавештење садржи име лица које обавља дужности руководиоца код издаваоца, или са њим повезаног лица, разлог обавештавања, назив издаваоца, опис финансијског инструмента, природу трансакције (стицање или отуђење), датум и место трансакције, цену и обим трансакције, као и друге информације у вези са наведеним стицањем и отуђењем.⁵²

Закон регулише која су то лица која обављају дужност руководиоца, те каже да то може бити, члан управног, или надзорног органа издаваоца; извршни руководиоца, као и лице које није члан претходно наведених органа, а има редован приступ инсајдерским информацијама које се посредно, или непосредно односе на издаваоца, као и могућност доношења одлука које могу утицати на будући развој догађаја и пословне изгледе овог издаваоца.⁵³

Као лице повезано са руководиоцем може се појавити његов брачни друг и лице које се у складу са законом може сматрати брачним другом, лице које он издржава, као и друга лица која су са тим лицем живела у заједници најмање годину дана пре дана извршене трансакције.⁵⁴ То може бити и било које правно лице, којим управља лице које обавља дужност руководиоца, као и лице које он директно, или индиректно контролише.⁵⁵ Повезано лице је и правно лице које је основано ради користи руководиоца, као и правно лице чији је економски интерес значајно сличан интересу тог руководиоца.⁵⁶

51 ЗТК, чл. 84, ст. 3.

52 ЗТК, чл. 84, ст. 5.

53 ЗТК, чл. 84, ст. 1.

54 ЗТК, чл. 84, ст. 2, тач. 1, 2 и 3.

55 ЗТК, чл. 84, ст. 2, тач. 4.

56 ЗТК, чл. 84, ст. 2.

Овакве мере су пре свега конципиране као један вид превенције али и као олакшање за истражне органе јер добијају све информације о потенцијалним инсајдерима као и трансакцијама које су они обавили. Међутим повећање бирократских процедура утиче на тржиште, ствара додатне трошкове за привредна друштва, али и неке практичне проблеме.⁵⁷ Састављање листе инсајдера се показало као тежак посао за адвокатске канцеларије због широког круга лица која могу доћи у посед инсајдерских информација.⁵⁸ У тај круг лица могу ући како секретарице, информатичари, па до финансијских, правних саветника, итд. Иако благовремено и правилно обавештавање надлежних регулаторних тела о списковима инсајдера, као и о трговини финансијским инструментима на које се односе инсајдерске информације, искључује у великој мери могућност злоупотребе инсајдерске информације.⁵⁹

5. Забрањене радње

Забрањено је сваком лицу које поседује инсајдерску информацију да ту информацију употреби непосредно или посредно при стицању, отуђењу и покушају стицања или отуђења финансијских инструмената на које се та информација односи, за сопствени рачун, или за рачун трећег лица.⁶⁰

Из законског текста можемо закључити да се ова забрана једнако примењује на примарне и на секундарне инсајдере. Такође је предвиђено да ће ове радње бити забрањене ако су учињене у своје име и за свој рачун, или за рачун трећег лица. Под појмом „за рачун трећег лица“ можемо подразумевати предузимање радњи у своје име, а за рачун трећег лица (комисион), као и у туђе име и за туђ рачун (заступање). Међутим, да би ова лица била одговорна за инсајдерску трговину, она морају знати, или би пак требало да знају да је реч о инсајдерској трговини. Који правни стандард ће суд узимати у обзир приликом оцене да ли је одређено лице знало или требало да зна да је у питању инсајдерска информација, зависи од случаја до случаја. Уколико је реч о стручном лицу, нпр. руководиоцу, суд ће овај субјек-

57 Ј. Лепетић, „О појму инсајдера у праву Европске уније“, стр. 682.

58 *Ibidem*.

59 В. Јовановић, Н. Аврамовић, „Привилегована информација у берзанској трговини“, *Право-теорија и пракса*, бр. 4–6/2011, 18–33, стр. 26–27.

60 ЗТК, чл. 76, ст. 1.

тивни елемент оцењивати на основу правног стандарда „доброг привредника“, а уколико би се, међутим, радило о неком неуком лицу, онда се узима у обзир стандард „доброг домаћина“, а самим тим и одговорност би била у некој мери мања. Наравно, неће бити ни свеједно да ли је реч о примарном или секундарном инсајдеру, јер је у случају примарног инсајдера терет доказивања ове субјективне чињенице на примарном инсајдеру, док у случају секундарног тај терет пада на тужиоца.

Ове забране се неће примењивати на трансакције које се обављају приликом извршавања доспеле обавезе стицања или отуђења финансијских инструмената, када је таква обавеза резултат уговора који је закључен пре него што је лице поседовало инсајдерске информације.⁶¹ У овом случају нема основа за раскид уговора јер инсајдерска информација није ни постојала приликом закључења правног посла па стога закључење оваквог уговора није ни могло бити противправно.

Поред опште забране, закон даље по угледу на Директиву ЕУ, уводи и конкретизацију, односно установљава које су то тачно радње забрањене. Примарном и секундарном инсајдеру забрањено је да открива и чини доступним инсајдерске информације било ком другом лицу, осим ако се информација открије и учини доступном у редовном пословању, професији или дужности.

Забрањено је препоручивање или навођење друге особе да на основу инсајдерске информације стекне, или отуђи финансијске инструменте на које се та информација односи.⁶²

Из дефиниције опште и посебне забране неведених у ЗТК можемо закључити да се забрањене радње могу разврстати у три групе: 1) Забрану употребе инсајдерске информације, 2) Забрану дистрибуције, тј. даљег ширења инсајдерске информације и 3) Забрану давања препорука или навођења.

5.1 Забрана употребе инсајдерске информације

Забрана употребе инсајдерске информације претпоставља забрану спровођења правних послова који воде до промене стварно-правног положаја, односно до преласка својине на финансијским инструментима, који су мотивисани противправним стицањем профита на основу примене инсајдерске информације.

Уколико би се стицање или отуђење финансијских инструмената користило за неку другу сврху, а не за противправно стицање профита, не би се радило о недозвољеној употреби инсајдерске информације.⁶³ Неће се радити о злоупотреби ако се отуђење или стицање обавља ради стабилизације пословања, као на пример у случају да се једно привредно друштво, услед сазнања о финансијским проблемима, повеже са неким другим ради стабилизације пословања или у случају да је потребно извршити конверзију власништва у циљу измирења доспелих, а неизмирених потраживања итд.⁶⁴

Сматра се да стицање и отуђење претпоставља активно предузимање послова, односно чињење, али не и пасивно понашање, тј. нечињење.⁶⁵ Посматрајући проблем са друге стране и нечињењем се може остварити корист. На основу инсајдерске информације, особа која је желела да прода акције уздржаће се од продаје и на тај начин остварити имовинску корист, јер ће цена расти. Уздржавањем од продаје акција, које би иначе биле продате, оствариће се профит уз помоћ инсајдерских информација.⁶⁶ Али постоји једна суштинска правна разлика: пропуштање да се прода није кривично дело.⁶⁷

Инсајдер ће употребити инсајдерску информацију када за себе или за неког другог стекне добит, а иначе је не би могао остварити да је информација била јавно објављена. Информација ће бити употребљена само када је она неопходна за доношење одлуке о склапању одређеног правног посла, као и када је она мотивисала његово склапање.⁶⁸ Међутим, неће није реч о злоупотреби уколико је одлука о одређеном улагању донета у току једног аутономног процеса на који инсајдерска информација није утицала.⁶⁹ Па тако, уколико је један велики акционар у току дужег временског периода планирао повећање свога удела у привредном друштву, па се и поред сазнања за одређену инсајдерску информацију која му је ишла на руку он држао свог првобитног непромењеног плана и њега спроводио, неће се радити о злоупотреби инсајдерске информације.⁷⁰

63 M. Lenenbach, *op. cit.*, стр. 500.

64 M. Lenenbach, *op. cit.*, стр. 500.

65 *Ibidem.*

66 М. Дракић, „Моралност инсајдерске трговине“, *Морал и економија*, Београд, 2008, 178–184, стр. 179.

67 *Ibidem.*

68 M. Lenenbach, *op. cit.*, стр. 501.

69 *Ibidem.*

70 *Ibidem.*

61 ЗТК, чл. 76, ст. 4.

62 ЗТК, чл. 77.

5.2 Забрана ширења или чињења доступном инсајдерске информације

Забрана злоупотребе инсајдерских информација се такође простире и на радње које претходе трансакцијама финансијских инструмената, како би се постигла једна свеобухватна заштита од недозвољених радњи. Забрањено је, како примарним тако и секундарним инсајдерима, да неовлашћено шире или чине доступним инсајдерске информације. Законодавац је намерно раздвојио ове две радње, јер под ширењем се подразумева чињење, тј. активно поступање, а „чинити доступним“ може да подразумева и пасивно држање. Код чињења једне информације доступном инсајдер омогућава неком трећем да он сам прибави ту информацију.⁷¹ Неопходно је да инсајдер те информације држи на сигурном са што мање могућности за друге да јој приступе.⁷²

Код овог облика забрањене радње неће бити од важности да ли је то треће лице које је неовлашћено дошло до инсајдерске информације искористило ту информацију. Тако се може десити да инсајдер омогући приступ или саопшти информацију неком трећем лицу, а да је ово лице ипак не искористи. У овом случају би одговарао само инсајдер, јер је он био обавезан да чува ову информацију као поверљиву и не чини је доступном, док би то треће лице остало некажњено, јер није искористило информацију или је није даље пренело.

У закону је предвиђен изузетак у случају овог облика радње јер се каже да неће постојати одговорност ако се информација открије и учини доступном у редовном пословању, професији, или дужности.⁷³ Овлашћени, односно дозвољени пренос информација постојаће на пример, у случају вршења ревизије, затим када је то потребно да би адвокат или друго стручно лице испунило своје уговорне обавезе према том привредном друштву.⁷⁴ Наравно, и ова лица би била у обавези да чувају инсајдерске информације као поверљиве.

5.3 Забрана давања препорука или навођења друге особе да на основу инсајдерске информације стекне или отуђи финансијске инструменте на које се та информација односи

Путем забране давања препорука или навођења се затвара једна могућа правна празнина у закону која би омогућила инсајдеру да

без употребе или даљег преноса инсајдерске информације постигне свој преварни циљ радећи заједно са лицем које наводи или којем даје препоруке.⁷⁵ На овај начин инсајдер би успео да избегне кажњавање, али би такође и убирао користи од инсајдерске информације.⁷⁶ Под ову забрану потпада једино препорука, односно навођење да се одређени финансијски инструмент стекне или отуђи, али не и да се он не прода.⁷⁷ У случају да одређено лице стекне односно отуђи одређени финансијски инструмент без знања да је та препорука дата на основу инсајдерске информације, оно неће одговарати осим уколико тужилац успе да докаже да је оно знало, или према околностима морало знати, да је реч о злоупотреби инсајдерске информације.

У циљу избегавања могућих злоупотреба у вези са давањем препорука, ЗТК темељно регулише шта се то сматра препоруком, која лица могу давати препоруке, какву садржину препорука мора имати, као и да се идентитет лица које саставља препоруку мора јасно означити. Наводи такође и да је давалац препоруке дужан да обелодани све околности за које се у разумној мери може претпоставити да ће утицати на његову објективност, а посебно када се налази у сукобу интереса. Уколико би неко треће лице дистрибуирало туђу препоруку, оно на јасан и видљив начин мора истаћи свој идентитет, а ако то лице значајно измени туђу препоруку коју дистрибуира, оно мора назначити те измене на јасан и детаљан начин.⁷⁸

6. Обавеза објављивања инсајдерских информација које се непосредно односе на издаваоца

Обавеза *ad hoc* информисања је основни елемент информационог система тржишта капитала који путем транспарентности одржава и штити функционисање тржишта капитала. Уколико би улагачи били брзо информисани о чињеницама релевантним за кретање курса, тада би информациона асиметрија била смањена. Поверење улагача у исте тржишне шансе то и захтева.⁷⁹ Поред смањења информационе асиметрије још један циљ који треба постићи је да кроз што раније објављивање инсајдерских информација буду спречене злоупотребе.⁸⁰ *Ad*

⁷⁵ *Ibidem*, стр. 504.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Више о овоме погледати: ЗТК, чл. 87–92.

⁷⁹ M. Lenenbach, *op. cit.*, стр. 506.

⁸⁰ *Ibidem*..

⁷¹ *Ibidem*, стр. 502.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ ЗТК, чл. 77, ст. 1, тач. 1.

⁷⁴ M. Lenenbach, *op. cit.*, стр. 503.

hos информисање треба да попуни празнину између годишњег и полугодишњег извештавања и тиме допринесе да инвеститори буду обавештени о информацијама које захтева донешење сигурних инвестиционих одлука.⁸¹ Путем надзора над прометом финансијских инструмената од стране Комисије требало би спречити могуће злоупотребе, а нарочито да се путем брзог обнављања инсајдерских информација, простор за тржишне злоупотребе временски сузи и на тај начин отежа њихова примена.⁸²

Ова обавеза терети јавна друштва чији су финансијски инструменти укључени, или је за њих упућен захтев за укључење, на регулисано тржиште. ЗТК-ом, чл. 73, прописано је да се ова обавеза неће односити на инвестиционе јединице, па самим тим ни на друштва за управљање отвореним инвестиционим фондовима.

6.1 Обавеза објаве у случају откривања инсајдерске информације трећој страни у редовном обављању посла, професије, или дужности

Кад издавалац, или лице које делује у његово име или за његов рачун, открије инсајдерску информацију трећој страни у редовном обављању свог посла, професије или дужности, обавезан је да ту информацију у потпуности јасно објави јавности и то истовремено у случају намерног откривања и без одлагања у случају ненамерног откривања, осим ако је лице које је примило информацију везано обавезом поверљивости.⁸³ Ова обавеза је у вези са изузетком одређеним код забрањених радњи у вези са инсајдерским информацијама, тј. забраном да се откривају, или чине доступним инсајдерске информације било ком другом лицу, осим ако се информација открије и учини доступном у редовном пословању, професији или дужности. Тако, уколико би инсајдер информацију открио намерно, могао би се ослободити одговорности уколико би истовремено јавно објавио ту информацију, тј. у изузетно кратком року који би онемогућио коришћење информације. У случају ненамерног откривања, тај рок је дужи, пошто је и степен кривице мањи, али би он опет морао бити довољно кратак да би се спречиле евентуалне злоупотребе. Ако је реч о информацији која је

неопходна за редовно пословање, обављање професије, или дужности, онда ће откривање бити овлашћено и неће постојати обавеза објаве. Међутим, тај нови инсајдер ће бити везан обавезом поверљивости и одговоран уколико такву информацију буде искористио или даље ширио.

6.2 Обавеза објаве последица које се непосредно односе на издаваоца

Инсајдерска информација може бити злоупотребљена и у случају административних и политичких одлука које су испланиране, припремљене, или су ступиле на снагу, као на пример у министарствима, парламентима, општинама, или другим облицима власти.⁸⁴ Уколико оне утичу на кретање курса финансијских инструмената, њихово коришћење и дистрибуција биће обухваћени ограничењима и забранама везаним за инсајдерске информације.⁸⁵ Лица запослена у овим институцијама ће морати да чувају такве информације као службену тајну, и неће смети да их користе нити преносе другим лицима јер ће бити кривично-правно и грађанско-правно одговорна. Међутим, после њихове објаве се неће моћи одмах проценити последице на сваког појединачног издаваоца, стога је правилником Комисије прописано да сваки издавалац мора јавно објавити последице које се непосредно односе на њега, а проистичу из оваквих одлука. Правилник не одређује тачно који су то случајеви већ их примерично наводи, тако да одлука о томе да ли је потребно објављивање опет мора бити донета зависно од случаја до случаја.

Правилник као примере последица које се непосредно односе на издаваоца наводи да су то подаци и статистике које објављују јавне институције, извештаји агенција за процену пословне репутације, њихова истраживања, препоруке или сугестије у вези са вредношћу финансијских инструмената, затим одлуке банака које се односе на каматне стопе, потом одлуке Владе и других тела с јавним овлашћењима када су у питању порези, регулисање индустрије, политике управљања дугом, потом различите одлуке организатора тржишта и других надлежних тела које се односе на тржиште, промене у начину трговања, итд.⁸⁶

81 N. Elster, *Europäisches Kapitalmarktrecht – Recht des Sekundärmarktes*, München, 2002, стр. 115.

82 H-D. Assmann, R. Schütze, *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, München, 1997, стр. 515.

83 ЗТК, чл. 82.

84 H-D. Assmann, R. Schütze, *op. cit.*, стр. 519.

85 *Ibidem*.

86 Правилник о објављивању инсајдерских информација које се непосредно односе на издаваоца и о одређивању оправданих интереса издаваоца у сврху необја-

6.3 Начин објављивања

Издавалац финансијског инструмента обавезан је да без одлагања обавести јавност о инсајдерским информацијама које се непосредно односе на њега,⁸⁷ али не на начин који би могао да доведе у заблуду.⁸⁸ Он мора то урадити тако да омогући брз приступ информацији и могућност њене потпуне, тачне и правремене оцене. Издавалац је такође у обавези да објављује све инсајдерске информације на својој интернет страници,⁸⁹ без обзира на то да ли су оне пре тога објављене, као и начин на који су објављене. Начин објављивања инсајдерских информација подесан за информисање јавности није посебно регулисан, изузев што је законодавац наложио да све инсајдерске информације морају бити доступне на интернет страници издаваоца. Пошто не постоје прописи који регулишу ову област, основано се може претпоставити да је законодавац сматрао да је довољно што је ово питање регулисао у случају редовног информисања и да је имао у виду сходну примену ових прописа. Уколико дође до било какве промене информације која је већ објављена, издавалац мора ту промену да објави одмах након што је до ње дошло и то на исти начин на који је објављена изворна информација.⁹⁰

Сматраће се да је издавалац обавестио јавност о инсајдерској информацији ако је по настанку скупа околности или догађаја, који још не морају бити формулисани у облику званичног документа, о томе без одлагања обавестио јавност.⁹¹

6.4 Садржина објаве

Приликом процене да ли се одређена информација непосредно односи на издаваоца треба узети у обзир специфичне околности сваког случаја.

Комисија је као такве чињенице и догађаје, у свом правилнику, примерично навела да су то промене пословних процеса код издаваоца, промене у вези са системом контроле, променама у одборима, променама ревизора, као и активностима које се везују за капитал издаваоца и издавање хартија од вредности. Такође

вљивања, (Сл. гласник РС, бр. 89/2011, даље у тексту: ПОИ), чл. 3, ст. 2.

87 ЗТК, чл. 79, ст. 1.

88 ЗТК, чл. 79, ст. 2.

89 ЗТК, чл. 79, ст. 4.

90 ЗТК, чл. 80.

91 ПОИ, чл. 2, ст. 1 и 2.

су то статусне промене, понуде за преузимање других акционарских друштава, куповина или пренос удела, као и друге значајније имовине, реструктурирање или реорганизација, откуп сопствених акција, значајни правни спорови; раскиди уговора, упис хипотеке и регистрација залогне на имовини, питања о дивидендама, као и друге релевантне информације које су од утицаја за доношење одлуке о објављивању инсајдерских информација.⁹²

Ово набрајање је примерично и не представља коначни списак свих чињеница и ситуација које морају бити објављене, већ ће се потреба за објављивањем одређивати од случаја до случаја, а у граничним случајевима и сама Комисија може својим мишљењем одредити да ли је реч о инсајдерској информацији.

6.5 Одлагање објављивања

Постоји изузетак од обавезе објављивања инсајдерских информација који омогућава одлагање ове обавезе када постоје оправдани разлози за то. Претпоставка за ослобођење је да би у случају објаве информације постојала оправдана опасност да би емитент претрпео штету. Издавалац може на своју одговорност да одложи јавно објављивање инсајдерске информације како не би нарушио своје оправдане интересе, под условом да то одлагање не би довело јавност у заблуду и да издавалац може да осигура поверљивост те информације.⁹³ О овој одлуци издавалац мора без одлагања да обавести Комисију.⁹⁴ Она у овом случају мора да процени интересе инвеститора за тачном, потпуном и актуелном информацијом, на супрот интереса емитента да информацију чува у тајности.⁹⁵ Само онда када су интереси емитента претежнији, одлагање ће бити прихваћено.⁹⁶

Као оправдани интерес може да се прихвати околност да су преговори у току, или елементи тих преговора, те би јавно објављивање могло утицати на исход или редован ток тих преговора. Јавно објављивање информација се може одложити на ограничени временски период, посебно у случају да је финансијска одрживост издаваоца у озбиљној и непосредној опасности, те да би објављивање озбиљно угрозило интерес постојећих и потенцијалних акционара тиме што би се угрозило постизање споразума у преговорима који имају за циљ да

92 Више о овоме: ПОИ, чл. 2, ст. 4.

93 ЗТК, чл. 81, ст. 1.

94 ЗТК, чл. 81, ст. 2.

95 M. Lenenbach, *op. cit.*, стр. 515.

96 *Ibidem.*

осигурају дугорочни финансијски опоравак издаваоца.

Реч је о ситуацији у којој је угрожена финансијска сигурност емитента, те би ради заштите инвеститора било оправдано да се објави таква инсајдерска информација, али уколико би преговори били успешни, ти проблеми би били решени. Стога је правилником одступљено од обавезе објављивања да би се заштитили улози постојећих акционара, јер би евентуална објава довела до пада вредности финансијских инструмената емитента, а самим тим и до умањења изгледа за склапање посла који би извршио финансијску стабилизацију.

Такође се као оправдани интерес може прихватити случај одлуке које је донео орган управљања издаваоца, или уговора које је склопио, а за које је потребно одобрење неког другог органа издаваоца како би ступили на снагу, у случају када су ти органи у оквиру издаваоца организационо одвојени, под условом да би јавно објављивање тих информација пре тог одобрења заједно са истовременом објавом да се на одобрење још чека угрозило тачну процену информација од стране јавности.⁹⁷

Овај случај одлагања је оправдан пошто је претежније заштитити интересе постојећих акционара, него евентуалних улагача јер би ова објава сигурно довела до обарања цене инструмената, до потенцијалне панике међу тренутним акционарима и продаје акција испод тржишне цене, па самим тим и појаве простора за шпекуланте да у кратком року зараде. Ово је оправдано и због тога што финансијска ситуација привредног друштва није промењена, и што о судбини правног посла у питању још није одлучено, те се на овај начин смањује могућност за шпекулације.

Ови случајеви су примерично наведени, тако да се осим ових могу јавити и други случајеви у којима би Комисија одобрила одлагање.

7. Грађанско-правна одговорност

7.1 Питање пуноважности уговора

Прво питање које се поставља јесте да ли је уговор закључен са лицем које врши злоупотребу на тржишту капитала пуноважан?

Пошто ЗТК не регулише област грађанско-правне одговорности у овом случају, одговор се мора потражити у општим правилима об-

лигационог права. Закон о облигационим односима наводи да је уговор противан принудним прописима и добрим обичајима ништав.⁹⁸ Међутим, уколико је закључење одређеног уговора забрањено само једној страни (што ће увек бити случај код берзанских злоупотреба), уговор ће остати на снази, а страна која је повредила законску забрану ће сносити последице.⁹⁹

Можемо закључити да је уговор рушљив тј. да га оштећени саговорник може поништити због мане воље. Он то може учинити због преваре или заблуде о битним својствима предмета уговора. У том случају свака страна има вратити оно што је из тог уговора добила, а ако то није могуће (на пример, зато што је дошло до отуђења), мора се дати одговарајућа надокнада.¹⁰⁰ Надокнада у новцу се даје према ценама у време враћања, односно доношења судске одлуке.¹⁰¹

Уговарач на чијој је страни узрок рушљивости (оштећени), одговоран је свом саговорачу за штету коју трпи због поништења уговора, ако овај није знао нити морао знати за постојање узрока рушљивости уговора.¹⁰² Тумачењем *a contrario* ове норме, долазимо до закључка да је штетник одговоран оштећеном (уговарачу на чијој страни је мана воље) уколико је знао, или морао знати за узрок рушљивости. Очигледно је да се у овом случају одштета досуђује на основу уговорне одговорности.

Поставља се питање да ли је у овом случају могуће, поред обичне штете, досудити и изгубљену добит, као у другим случајевима уговорне одговорности. Овај проблем се јавља из разлога специфичности берзанских послова.

Можемо закључити да надокнада изгубљене добити неће бити могућа и поред тога што се у овом случају ради о уговорној одговорности. Пошто наш закон не прави разлику у погледу уговорне и деликтне одговорности, ако је реч о висини штете, те предвиђа накнаду обичне штете и изгубљене добити и у једном и у другом случају, може се сходно прихватити исто оно објашњење у погледу висине штете коју треба надокнадити, које је у овом раду изнето за деликтну одговорност.

98 Закон о облигационим односима, (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, даље у тексту: ЗОО), чл. 103, ст. 1.

99 ЗОО, чл. 103, ст. 2.

100 ЗОО, чл. 113, ст. 1.

101 ЗОО, чл. 113, ст. 2.

102 ЗОО, чл. 115.

97 ПОИ, чл. 4.

7.2 Питање основа за накнаду штете у случају да се не тражи раскид уговора

Од схватања правне природе одговорности у вези са злоупотребама на тржишту капитала, због одсуства специфичних законских одредби зависи која лица могу бити адресати одговорности по општим принципима грађанског права, како одредити обим штете због ове врсте одговорности, као и која права – врсте захтева стоје на располагању оштећеном лицу.¹⁰³

Да ли ће се примењивати уговорна или деликтна одговорност? У зависности од тога која врста одговорности буде прихваћена зависиће да ли ће се надокнадити само обична (претрпљена) штета (лат. *damnum emergens*), или и изгубљена добит (лат. *lucrum cessans*), да ли право на накнаду штете има само друга уговорна страна, или сва лица која су услед штетникове радње претрпела последице.

Уговорна одговорност јесте одговорност за штету због повреде уговорне, односно неке имовинске или правне обавезе која је већ постојала у односу између одговорног и оштећеног лица.¹⁰⁴ Сврха накнаде штете у области уговорне одговорности јесте довести оштећеног у положај у коме би се налазио да је уговор уредно извршен.¹⁰⁵ По томе се уговорна одговорност разликује од вануговорне, чија је сврха да накнадом штете доведе оштећеног у положај у коме се налазио пре наступања штете.¹⁰⁶ Тако да, уколико би се прихватило становиште уговорне одговорности, онда би штетник морао да надокнади како стварну штету, тако и изгубљену добит. У случају уговорне одговорности, може се прихватити надокнада изгубљене добити, због тога што се на основу уговора може претпоставити колику би корист оштећени имао, а у случају да је уговор у потпуности испоштован. Што се тиче круга лица која имају право на надокнаду штете, код уговорне одговорности једино друга уговорна страна има право на надокнаду штете.

Деликтна одговорност је обавеза штетника да оштећеном надокнади штету коју је проузроковао иако нису били у облигационом (уговорном или неком другом) односу.¹⁰⁷ У случају злоупотребе штета не настаје на ос-

нову облигационог односа у коме се штетник и оштећени налазе, јер је он уредно извршен. Штета настаје на основу деликтне радње штетника, а нужан услов за спровођење деликтне радње јесте постојање међусобног односа штетника и оштећеног. Пошто је питање да ли оштећеном треба дати и изгубљену добит у оквиру одштете сложено, оно ће бити посебно обрађено. Што се тиче круга лица која имају право да траже одштету, то ће бити не само оштећени из уговора који је он закључио, већ и сва остала лица која су претрпела штету због деликтне радње коју је спровео штетник.

Да закључимо, уговорна одговорност као основ за накнаду штете не може бити прихваћена када је упућени уговорне обавезе извршио онако како оне гласе.¹⁰⁸ Тада нема места примени правила о уговорној одговорности јер је то одговорност за штету због неизвршења, или лошег извршења уговорних обавеза.¹⁰⁹ Неупућеном оштећеном би остала могућност да захтева накнаду штете по правилима деликтне одговорности.¹¹⁰

7.3 Питање висине штете коју треба надокнадити

Тржиште капитала је специфично јер улагачи приликом склапања уговора свесно на себе преузимају ризик промене цене финансијских инструмената.¹¹¹ Штетник треба да надокнади штету коју је изазвао, али није одговоран за било коју измену цене на тржишту капитала услед кретања самог тржишта.¹¹²

Код деликтне одговорности у овом случају биће надокнађена само обична штета. Иако наш закон предвиђа могућност да се поред обичне штете у одређеним случајевима може надокнадити и изгубљена добит, то у овом случају неће бити могуће. Изгубљена добит се уобичајено не исплаћује код деликтне одговорности јер оштећено лице има на располагању одштету због нематеријалне штете (у случају повреде личности). У случају да је повређена нека ствар или добро, најчешће неће бити досуђивана (иако постоји законски основ за то), јер суд најчешће неће моћи да установи

108 Н. Јовановић, „Где се ‘дену’ санкција за трговину упућеног?”, *Право и привреда*, бр.5–8/2009, 478–501, стр. 493.

109 *Ibidem*.

110 *Ibidem*.

111 Н. Ивовић, „Накнада штете услед објављивања нетачних или обмањујућих информација при секундарној трговини хартијама од вредности на берзи”, *Правни живот*, бр. 7–8/2011, 478–501, стр. 204.

112 *Ibidem*.

103 В. Марјански, *Јавна понуда хартија од вредности – докторска дисертација*, Правни факултет у Новом Саду, 2009, стр. 186.

104 С. Аврамовић, *et al.*, *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, стр. 774.

105 *Ibidem*.

106 *Ibidem*.

107 *Ibidem*, стр. 71.

колико је оштећени добити изгубио због такве радње, јер једноставно не постоји критеријум за то. Уколико би деликтом, на пример била уништена ствар коју оштећени користи при обављању своје делатности, онда би могла бити досуђена и изгубљена добит, јер онда је она извесна и доказива. Код трговања финансијским инструментима теоријски је могуће израчунати изгубљену добит, али се поставља питање колико би то било тачно и да ли је то оправдано?

Изгубљену добит није оправдано досудити јер сваки улагач прихвата ризик промене цене инструмента. Ако би то било дозвољено, онда би представљало супротност самом устројству берзанског трговања јер би улагачи били заштићени од тржишних ризика. Путем покретања тужби они би могли да се осигурају од својих лоших инвестиционих одлука.¹¹³ Потпуна надокнада штете не би требало да буде на располагању јер би се тражило од штетника да обештети оштећеног за губитке изазване преварном радњом на тржишту и губитке изазване услед померања тржишта. Уколико би се омогућила накнада потпуне штете, када дође до укупног пада тржишта тужени би сносио накнаду разлике. Управо из овог разлога у америчком праву је установљено правило да би тужени био само одговоран за кретање у оквиру периода од 90 дана, јер је Конгрес проценио да је тај временски период довољан за прилагођавање тржишта.¹¹⁴ За сваког оштећеног купца се мора утврдити разлика између вредности коју је оштећени заиста примио и вредности коју би примио да није било погрешних информација.¹¹⁵ случају када није дошло до пада цене финансијских инструмената, било које досуђивање накнаде штете би било исувише спекулативно.¹¹⁶ Пошто наше право не регулише временски период у оквиру кога ће се сматрати да је дошло до тржишног прилагођавања цене, решење може бити нађено у правном стандарду „разумног рока“.

Због спекулативног карактера било које процене губитка, у неким правима је ограничен износ штете коју би штетник морао да надокнади.¹¹⁷ У англосаксонском праву она је ограничена на износ добити која је злоупотребом стечена.¹¹⁸ У нашем праву одговорност упућеног је неограничена по општим правилима и може

се десити да износ штете вишеструко премашује износ његове добити из злоупотребе, па и његове целокупне имовине. Чак и у случају да је злоупотреба извршена у име привредног друштва, постојаће поред одговорности привредног друштва и одговорност одговорних лица у том друштву на основу примене принципа пробоја правне личности.¹¹⁹ То значи да је штетник дужан да надокнади сву штету коју су оштећени претрпели услед његове злоупотребе. Овде се под оштећенима сматрају не само лица са којима је он склопио уговор, него и сва друга лица која су због његових деликтних радњи претрпела штету.

8. Кривична и прекршајна одговорност

Позитивноправно казнено законодавство се налази у ЗТК-у којим је дефинисано кривично дело „коришћење, откривање и препоручивање инсајдерских информација“ и у Закону о инвестиционим фондовима¹²⁰, под називом „саопштавање привилегованих информација“. Као извор прекршајног права јавља се ЗТК, док привредни преступи из ове материје не постоје.

Поред кривичне одговорности физичких лица постоји и кривична одговорност самог привредног друштва за кривична дела која су извршила одговорна лица у том друштву, а на основу Закона о одговорности правних лица за кривична дела.¹²¹ Посебна кривична дела овим законом нису регулисана, већ ће се примењивати дела предвиђена за физичка лица, али уз модификације предвиђене овим законом.

Кривично дело коришћења, откривања и препоручивања инсајдерских информација, установљава кривичну одговорност за оно лице које употреби инсајдерску информацију на један од три алтернативно одређена начина, и то у намери да себи или другом лицу оствари имовинску корист, односно нанесе штету другом лицу.¹²² За основни облик овог кривичног дела ЗТК је предвидео новчану казну, или казну затвора до једне године. Које су то три алтернативно одређене радње кривичног дела?

Прва радња је само *коришћење инсајдерске информације при стицању или отуђењу финансијских инструмената, друга откривање*

113 Н. Ивовић, *нав. чланак*, стр. 197.

114 Н. Ивовић, *нав. чланак*, стр. 204–205.

115 *Ibidem*.

116 *Ibidem*.

117 Н. Јовановић, *нав. чланак*, стр. 494.

118 *Ibidem*.

119 ЗПД, чл. 18.

120 Закон о инвестиционим фондовима, (Сл. гласник РС, бр. 46/2006, 51/2009 и 31/2011, даље у тексту: ЗИФ).

121 Закон о одговорности правних лица за кривична дела, (Сл. гласник РС, бр. 97/2008).

122 ЗТК, чл. 282, ст. 1.

или чињење доступним инсајдерске информације, а трећа препоручивање или навођење. Оно што је карактеристично за ово дело јесте да може бити извршено једино са директним умишљајем.

Директни умишљај постоји онда када је учинилац био свестан свога дела и хтео његово извршење.¹²³ Пошто се тражи директни умишљај, мора се прво доказати свест учиниоца према објекту кривичног дела, радњи, последици и узрочно последичном односу.¹²⁴ У случају примарног инсајдера његов положај ће бити тежи јер за њега постоји претпоставка да је он знао да је реч о инсајдерској информацији (претпоставља се да не постоји стварна заблуда, која је основ искључења кривице), те је на њему терет доказивања, за разлику од секундарног инсајдера јер за њега та претпоставка не постоји, па ће терет доказивања бити на тужиоцу. Учиниоца такође мора бити свестан да је предузео радњу која води до наступања одређене последице, (узрочно последични однос), тј. да је хтео извршење, као и да је желео да изазове последице своје радње. Другим речима, потребно је да је учинилац хтео остварење имовинске користи или наношење штете другим лицима. Такође, карактеристично је да се ради о комисијском кривичном делу, односно потребно је чињење, те стога пропуштање да се прода финансијски инструмент неће бити кривично дело.

Законом су регулисана и три квалификована облика овог кривичног дела. Први облик гласи: Ако је кривичним делом прибављена имовинска корист, или другим лицима нанета имовинска штета у износу који прелази милион и петсто хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором до три године и новчаном казном.¹²⁵ Основ за строже кажњавање је износ прибављене користи, или причињене штете, те је због тога законодавац увео затворску казну као главну и новчану као споредну казну.

Ако је кривично дело учинило лице које поседује инсајдерске информације путем чланства у управним или надзорним органима издаваоца, или јавног друштва, учешћа у капиталу издаваоца, или јавног друштва, приступа информацијама до којих долази обављањем дужности на радном месту, вршењем професије, или других дужности, односно путем кривичних дела које је починило, учинилац ће се казнити новчаном казном, или казном затвора до три године.¹²⁶ Законодавац је овим квали-

фикованим обликом обухватио све примарне инсајдере, те прве три групе казнио строже због повреде добрих пословних обичаја, а последњу због начина на који је информација прибављена. И овде је прописана затворска казна као основна и новчана као споредна.

Ако је кривично дело починио примарни инсајдер, а прибављена имовинска корист, или другим лицима нанета имовинска штета, у износу који прелази милион и петсто хиљада динара, учинилац ће се казнити затвором од шест месеци до пет година и новчаном казном.¹²⁷ Овај облик је најтежи, не само због посебног својства која има учинилац, већ и због високог имовног цензуса.

Предвиђена је и *прекршајна одговорност*. Издавалац, јавно друштво и понуђач ће бити прекршајно кажњени ако се не придржавају обавеза у вези са објављивањем инсајдерских информација које се непосредно односе на издаваоца, састављањем списка инсајдера, као и ако не обавештавају о трансакцијама које је инсајдер извршио. Организатор тржишта, Централни регистар, члан Централног регистра, инвестиционо друштво, као и правно лице, биће кажњени ако не поступају у складу са одредбама о забрани злоупотребе инсајдерских информација.¹²⁸

ЗИФ-у је такође предвиђено кривично дело које као објект заштите има инсајдерску информацију, под називом „саопштавање привилегованих информација“. Проблем у вези са овим законом је што у чл. 15 ствара обавезу чувања пословне тајне и то за неке информације које се могу окарактерисати као инсајдерске. У закону се наводи да су директор и чланови управе друштва за управљање, запослена лица друштва за управљање и повезана лица тог друштва, дужна да чувају као пословну тајну и не могу давати информације о: 1) Инвестиционом фонду, или друштву за управљање тим фондом које би могле створити погрешну представу о пословању друштва, односно инвестиционог фонда; 2) Будућим активностима и пословним плановима друштва за управљање, осим у случајевима предвиђеним законом; 3) Стању и промету на рачунима инвестиционог фонда и његових чланова; 4) Другим подацима који су од значаја за пословање инвестиционог фонда, а које су сазнали у обављању послова друштва за управљање.¹²⁹

Оно што је проблематично јесте да ће се, у случају одавања ових информација јавити проблем у вези са разграничењем инсајдерске информације и пословне тајне, то јест да ли

123 Б. Чејовић, *Кривично право*, Београд, 2006, стр. 197.

124 *Ibidem*.

125 ЗТК, чл. 282, ст. 2.

126 ЗТК, чл. 282, ст. 3.

127 ЗТК, чл. 282, ст. 4.

128 За више информација погледати: ЗТК, чл. 290–296.

129 ЗИФ, чл. 15, ст. 1.

ће се примењивати кривично дело одавање пословне тајне из КЗ-а или саопштавање привилегованих информација из овог закона, или чак коришћење, откривање и препоручивање инсајдерских информација из ЗТК-а. Овакав проблем разграничења се јавља због још једне грешке законодавца у ЗТК-у, јер исти у завршним и прелазним одредбама није брисао кривично дело саопштавања привилегованих информација. Ово дело је у ЗИФ дефинисано на следећи начин: „Ко, у намери да себи, или другом лицу прибави противправну имовинску корист, другом лицу саопшти привилеговане информације, или на основу тих информација препоручи другоме да стекне, купи, прода, или на други начин располаже хартијама од вредности, или другом имовином инвестиционог фонда, казниће се затвором од три месеца до три године.”¹³⁰ Пошто законодавац користи израз „хартије од вредности”, а како инвестиционе јединице нису хартије од вредности, нити имовина фонда, може се извести закључак да је законодавац желео да се ово дело односи само на злоупотребу инсајдерских информација у затвореним инвестиционим фондовима.

Још један пропуст се може увидети, а то је да није регулисан случај када лице које има инсајдерску информацију купује акције затвореног инвестиционог фонда само за свој или туђ рачун. Стога пре доношења ЗТК-а није постојала кривична санкција за ову радњу, јер би се данас на њу примењивало дело из ЗТК-а. На инвестиционе јединице отворених инвестиционих фондова примењиваће се ЗТК и кривично дело „коришћење, откривање и препоручивање инсајдерских информација”. Примена овог закона произилази из његовог чл. 73, којим је предвиђено да ће се поглавље „Злоупотребе на тржишту капитала” примењивати и на финансијски инструмент који није укључен у трговање на организованом тржишту, али чија вредност зависи од финансијског инструмента из кога је изведен. Дакле, реч је о инвестиционим јединицама.

9. Закључак

Анализирајући тренутно законодавство Републике Србије везано за област злоупотреба инсајдерских информација и злоупотреба на тржишту капитала уопште, може се уочити видљив напредак у односу на ранија решења. Ове промене су, пре свега, настале као производ имплементације директива ЕУ из ове области, али и као потреба да се коначно уреди једна област која није имала одговарајући значај и регулацију у нашем праву. Иако у нашој

судској пракси нису забележени примери из ове области, не можемо рећи да злоупотреба у пракси није било. Анализирајући историјски развој ове врсте законодавства у Србији, може се закључити да у време најинтезивније приватизације није постојала одговарајућа законска могућност кажњавања за злоупотребе на тржишту капитала, што је отварао могућност легалног избегавања одговорности.

Значајни помаци у овој области су следећи:

Прво, дефиниција инсајдерске информације је много свеобухватнија од нашег претходног законодавства. Уколико се упореди са данашњим стањем тржишта капитала у Србији, уочава се да је прављена за много напреднија тржишта и да регулише поједине инструменте који не постоје код нас, пре свега се мисли на терминске послове. Међутим, то ствара добру законодавну подлогу за спречавање злоупотреба и даљи развитак нашег тржишта. Позитивно је да је Комисија за хартије од вредности донела одговарајуће подзаконске акте који обухватају инсајдерске информације и на тај начин употпунила регулацију. Још остаје да се донесу узансе (устаљене тржишне праксе) из ове материје. Такође, путем увођења списака инсајдера олакшана је контрола инсајдерског трговања.

Друго, више пажње је дато питању разграничења инсајдерске информације и пословне тајне. Ово питање практичан значај има пре свега у материји кривично-правне одговорности, док код грађанско-правне има теоријски без већег практичног значаја. Инсајдерска информација је у претходном закону сматрана за пословну тајну па је стога у њеној заштити коришћено кривично дело „одавање пословне тајне”, што је у потпуности неприхватљиво због недовољног обухвата овог дела у случају примене на инсајдерске информације. Законодавац је тако у ЗТК-у увео кривично дело „коришћење откривање и препоручивање инсајдерских информација” како би решио овај проблем. Међутим, проблем разграничења је још увек остао и у ЗИФ-у заједно са низом других неуједначености са ЗТК.

Треће, детаљно су регулисана и питања у вези са давањем препорука, њиховом садржином, лицима која их састављају, њиховом дистрибуцијом и правилима о сукобу интереса који може настати. Овакво регулисање значајно спречава могућност спровођења злоупотреба које изводе лица која дају препоруке.

Четврто, обавеза *ad hoc* информисања је много боље дефинисана и законом и подзаконским актима, те је на тај начин ефикасније смањена информациона асиметрија.

Што се тиче грађанско-правне одговорности, она није уопште обрађена овим законом и по-

¹³⁰ ЗИФ, чл. 85.

ред бројних специфичности ове области, што је велики пропуст. Није у потпуности јасно питање правне природе одговорности, пуноважности уговора, као ни висина накнаде штете и границе одговорности штетника. Ово су питања која би у пракси правила велике проблеме.

Кривично-правна одговорност је регулисана на одговарајући начин у ЗТК-у. Међутим, недостаци се манифестују у ЗИФ-у, у виду недо-вољно широког обухвата кривичног дела као и лошег разграничења са пословном тајном.

Krstić Nikola,
Phd candidate at Law faculty of Novi Sad;
Paralegal at Municipal court of Novi Sad.

MISCONDUCT OF INSIDER INFORMATIONS IN CAPITAL MARKET

Abstract

Development of financial market is influenced by appropriate business requirements, as well as the regulations that will provide equal investment conditions on capital market and preclude

misconduct. In this paper, issues connected to inside information are raised. Moreover, comparison to former legal solutions and influence of EU legislation on Serbian law is provided. Another discussed issue is delineation, not only between inside information and trade secret, but between primary and secondary insiders as well. Other problems that are brought up are restrictions concerning insiders, obligation of ad hoc reporting, defining prohibited actions, as well as the question of civil law compensation and criminal responsibility. Critical review of current legislation in Serbia is given throughout this paper, but especially in conclusion where enumerative review of shortcomings and good features of today's legislation is given.

Key words: capital market, inside information, insider, ad hoc reporting, trade secret, misconduct, financial compensation.

ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА ДИРЕКТИВЕ О УГОВОРИМА О ПОТРОШАЧКОМ КРЕДИТУ У НАШЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Јована Брашић
студент 4. године основних студија
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

У циљу заштите потрошача у области потрошачког кредитирања донета је Директива ЕУ 2008/48 о уговорима о потрошачком кредиту, чија је основна сврха хармонизација правних правила у државама чланицама. Директивом се тежи смањењу разлика у постојећим механизмима заштите потрошача на пољу кредита и стварању јединственог правног режима коме би били подвргнути потрошачи. Такође, дошло је до појаве нових кредитних инструмената, па је била неопходна и њихова успешна имплементација.

Циљ овог рада јесте представљање основних субјеката код уговора о кредиту и указивање на основна права потрошача установљена Директивом. У ту сврху представљени су као основни субјекти уговорног односа потрошачи и даваоци кредита, док су као основна права потрошача истакнути право на обавештавање и информисање, право на одустанак од уговора о кредиту и право на превремену отплату кредита. У раду је такође направљен упоредноправни приказ са домаћим Законом о заштити корисника финансијских услуга, који регулише проблематику овог питања усвајајући правила Директиве уз одређена одступања.

Кључне речи: *потрошачки кредит, потрошач, давалац кредита, право на обавештавање, процена бонитета потрошача, једнострани раскид уговора, превремена отплата кредита.*

1. Увод

Уговор о потрошачком кредиту је уговор којим кредитор даје или обећава доделу потрошачког кредита у облику одложеног плаћања, зајма или другог сличног облика финансирања. Потрошачки кредит, временом и са развојем модерног тржишта, постаје све доступнији грађанима, постаје један од основних облика финансирања и подстицања личне потрошње, што је имало велики утицај на пораст животног стандарда. Он представља сложен финансијски инструмент, па је неопходно да држава активним мерама заштите потрошача обезбеди не само информисање грађана о

условима кредитирања, већ и појачану заштиту потрошача све до престанка уговора.

Основни циљ доношења Директиве 2008/48/ЕЗ о уговору о потрошачком кредиту (у даљем тексту: Директива)¹ био је смањење разлика у прописима држава чланица на пољу потрошачког кредита, које су условљене различитим правним и економским стањем у њима, а што за последицу има и различите механизме заштите под које су подвргнути потрошачи. Постојеће различитости узроковале су ограничене могућности потрошача приликом закључивања уговора о потрошачком кредиту у различитим државама, а истовремено појавили су се и нови кредитни инструменти, па је било неопходно и њихово адекватно уношење у постојећи правни систем. Како се развијало тржиште без унутрашњих граница, развијала се и потреба да се правни прописи држава чланица хармонизују и тиме пружи задовољавајући ниво заштите потрошача. Доношењем Директиве тежи се постизању потпуне хармонизације правних оквира, која се остварује кроз пружање високог и подједнаког нивоа заштите од стране држава. Пуна хармонизација је неопходна како би сви потрошачи уживали висок и једнак ниво заштите њихових интереса. Стога државама чланицама не би требало дозволити да задрже постојеће или промовишу нове националне норме, осим оних утврђених Директивом. Међутим, ово ограничење не би требало примењивати само тамо где постоје одредбе усклађене са одредбама Директиве. У случају непостојања усклађених одредби, државе чланице би требало да саме одлуче о задржавању постојећег или увођењу новог националног законодавства.

Директива се примењује на потрошаче, под којима се подразумевају физичка лица, и на даваоце кредита, у чијој се улози могу наћи и физичка и правна лица. Како је реч о уговорним странама које су у различитим економским позицијама, потребно је пружити ефикасну заштиту потрошачу као економски слабијој

1 Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23. April 2008. on credit agreements for consumers (Директива 2008/48/ЕЗ Европског парламента усвојена 23. априла 2008, о уговорима о потрошачким кредитима) – даље: Директива 2008/48/ЕЗ

уговорној страни. Посебно је наглашена обавеза држава чланица да их заштите од непоштеног пословања и обмањујуће праксе, да им обезбеде адекватне механизме за пружање свеобухватних информација, пропишу мере за подстицање одговорног понашања током свих фаза односа кредитирања, пруже додатну помоћ и осигурају остварење њихових посебно установљених права.

Правила о потрошачком кредиту у Републици Србији налазе се у посебном закону, а делимично су садржана и у Закону о заштити потрошача (у даљем тексту: ЗПП)² и Закону о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО)³. Закон о заштити корисника финансијских услуга (у даљем тексту: ЗЗКФУ)⁴ инспирисан је потребама хармонизације домаћих правила о заштити потрошача са Директивом. Постојање једног оваквог закона од посебне је важности јер су у њему садржане не само норме којима се штити корисник кредита, већ и оне које се односе на даваоце кредита. У великој мери ЗЗКФУ је постигнута сагласност домаћих прописа са правом ЕУ у области потрошачког кредитирања, што се нарочито одразило на гарантовање истих оних права потрошача која су прописана и Директивом. ЗОО садржи одређени број одредби којима регулише уговор о кредиту и које важе као општи режим за регулисање односа који се успоставља закључењем уговора о кредиту.

Директивом је прописана когентна обавеза предуговорног обавештавања потрошача која се односи на пружање основних информација у вези са понудом на закључење уговора о кредиту, обавезне састојке уговора који ће бити закључен и информисање током трајања уговорног односа. Установљено је право потрошача на једнострану раскид уговора у одређеном року без навођења разлога, као и право на превремену отплату којим је омогућено потрошачу да своју уговорну обавезу испуни и пре истека рока доспелости без икаквих неповољних последица по њега. Сва ова права детаљно су представљена у даљем излагању, а како су иста предвиђена и ЗЗКФУ направљен је и упоредноправни приказ Директиве и ЗЗКФУ уз истицање постојећих разлика у ова два правна акта.

2 Закон о заштити потрошача (Службени гласник РС, бр.73/2010)

3 Закон о облигационим односима (Службени лист СФРЈ, бр.29/1978, са каснијим изменама и допунама)

4 Закон о заштити корисника финансијских услуга (Службени гласник РС, бр.36/2011; даље: ЗЗКФУ)

2. Субјекти код уговора о кредиту

Уговор о кредиту је двостранообавезни правни посао, па у његовом закључивању и реализацији увек учествују две врсте правних субјеката. На једној страни су лица којима за одређене активности недостају финансијска средства, док су на другој страни субјекти чија је делатност везана за кредитирање корисника кредита. Закључујући уговор о кредиту они формирају један дужничко-поверилачки однос.

Као давалац кредита одређено је физичко или правно лице које одобрава или обећава доделу кредита у склопу своје делатности, пословања или професије.⁵ У уговорном односу са потрошачем јавља се као јача уговорна страна с обзиром на то да је закључивање уговора о кредиту део његове редовне пословне делатности. У Републици Србији као давалац кредита најчешће се појављује банка, али то могу бити и друге финансијске институције и субјекти који испуњавају услове за обављање кредитних послова. То могу да буду сва физичка или правна лица која одобравају кредит у оквиру трговачке или професионалне активности коју обављају.⁶ У циљу контроле финансијског пословања даваоца кредита и заштите економских интереса потрошача, предвиђен је надзор над њима. Директива намеће обавезу државама чланицама да осигурају да давоци кредита буду надзирани или регулисани од стране органа или власти независних од финансијских установа. ЗЗКФУ, усвајајући обавезу прописану Директивом, предвиђа да надзор над пословањем банака спроводи Народна банка Србије, у складу са ЗЗКФУ, законом којим се уређује Народна банка Србије и законима којима се уређују банке. У циљу заштите корисника, Министарство надлежно за заштиту потрошача врши надзор над даваоцима финансијских услуга, у складу са законом којим се уређује заштита потрошача.

Ради растерећења и лакшег закључивања и реализације уговора, давоци кредита врло често ангажују трећа лица. Та лица су кредитни посредници, под којима се подразумева физичко или правно лице које не наступа као давалац кредита и које у склопу своје делатности, пословања или професије, за накнаду која може имати новчани или неки други усаглашени облик финансијског плаћања алтернативно предочава или нуди потрошачима уговоре о

5 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 3.

6 М. Мићовић, „Заштита корисника потрошачког кредита“, *Правни живот*, бр.11/2004, Београд, 737–746, стр. 739.

кредиту, помаже потрошачима приликом припремних радова у вези са уговором о кредиту или закључује уговоре о кредиту са потрошачима у име даваоца кредита.⁷ Када иступају у односима са потрошачима кредитни посредници морају поштовати своје професионалне обавезе у погледу информисања потрошача и наплаћивања својих услуга. Тако је потребно да назначе обим својих овлашћења, а посебно да ли раде искључиво са једним или са више давалаца кредита или као независни брокери, да обавесте потрошача о накнади коју је потребно платити за пружене услуге, као и да та накнада буде усаглашена између потрошача и њих и да о њој буде обавештен давалац кредита у циљу израчунавања годишње ефективне каматне стопе.⁸ ЗЗКФУ не садржи одредбе о кредитним посредницима.

Друга уговорна страна код уговора о кредиту јесте лице коме даваоци кредита чине одређене финансијске позајмице. У Директиви то лице је означено као потрошач, док ЗЗКФУ користи термин корисник финансијских услуга, а у општем режиму уговора о кредиту користи се термин корисник кредита. Према Директиви потрошач је физичко лице које у финансијским трансакцијама делује у сврхе које су ван његове делатности, пословања или професије.⁹ Са друге стране, према ЗЗКФУ корисник финансијске услуге је физичко лице које користи или је користило финансијске услуге или се даваоцу финансијских услуга обратило ради коришћења тих услуга, а финансијске услуге користи у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.¹⁰ На основу овако одређених појмова уочљиво је да се о потрошачу може говорити уколико су испуњена два услова: да је речо физичком лицу и да се прибављање кредитних средстава врши у циљу задовољења личних потреба, а не у циљу обављања пословне делатности. Општи је став да је заштитни субјект јавноправне регулативе физичко лице које кредит користи у циљу задовољења личних потреба.¹¹

3. Право потрошача на обавештавање

Заштита потрошача, који све масовније приступају закључењу различитих облика уговора о кредиту, унапређена је обавезом на

поштовање њиховог права на обавештавање. Читавом Директивом ово право се протеже у циљу његовог детаљног уређења и осигурања његове примене у пракси. ЗЗКФУ је право на обавештавање подигао на ранг начела. Имплементирајући одредбе Директиве у овом сегменту, ЗЗКФУ је ово право прокламовао као једно од најзначајнијих права корисника кредита. Остварује се кроз различите облике обавезе пружања података од стране даваоца кредита, како у предговорној фази, тако и након закључења уговора. Ово право изражава се још и кроз обавезу даваоца кредита да све обавезне податке наведе у уговору. Подаци које даваоци кредита пружају односе се на предговорну фазу, навођење обавезних података у самом уговору, али и на обавезу извештавања о променама насталим током трајања уговорног односа.

При креирању потрошачке политике највише рачуна води се о информисаности потрошача.¹² Како кредит најчешће узимају лица слабог имовног стања којима је то једини начин да задовоље своје потребе за одређеном врстом роба или услуга, потребно је омогућити им ефикасан начин за упознавање са специфичностима уговора о кредиту. Право потрошача на обавештавање испољава се као један вид обавезне финансијске писмености потрошача, значајне за развој финансијског тржишта и обезбеђења правичности и учинковитости уговорних одредаба по њих.

3.1. Информисање у предговорној фази

Сви подаци на које потрошачи имају право у фази која претходи закључењу уговора, имају за циљ да се потрошачи упознају са свим правима и обавезама које ће преузети закључењем уговора, да буду упознати са чињеницама које могу бити од пресудног значаја приликом одлучивања. Потрошачи који имају намеру закључења уговора имају право да добију јасне, тачне, потпуне и разумљиве информације пре него што се одлуче на приступ уговору, како би могли донети правилне одлуке које највише одговарају њиховој платној способности. Приликом израде Директиве стало се на становиште да ово право има више аспеката. Први се односи на стандардне податке који обавезно морају бити објављени од стране даваоца кредита пре закључења уговора. Други аспект остварује се у предговорној фази када се потрошачима представљају подаци у вези са конкретним уговором, а у циљу њихо-

7 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 3.

8 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 3.

9 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 3.

10 ЗЗКФУ, чл. 2.

11 С. Табороши, Т. Јованић, „Нове регулативе потрошачког кредита у ЕУ“, *Правни живот*, бр. 2/2008, Београд, 709–729, стр. 716.

12 S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, Elgar European Law, UK, 2005, str. 88.

вог разјашњења и могућности упоређивања са другим понудама. Кроз Директиву је исказана и потреба да све државе чланице својим националним прописима, а у складу са њеним одредбама, обезбеде адекватне механизме заштите овог права.

Директивом је прописана дужност даваоца кредита да приликом оглашавања, које се односи на уговор о кредиту у коме су назначене каматна стопа или други износи везани за цену кредита, мора да укључи и стандардне податке. Стандардни подаци за оглашавања са свим потребним информацијама морају бити истакнути на јасан, сажет и видљив начин.¹³ Информације се односе на каматну стопу, укупан износ кредита, годишњу ефективну каматну стопу, трајање уговорног односа, укупан износ који потрошач треба да плати, као и износ рата.

Уколико је обавезно закључење уговора о споредним услугама у вези са уговором о кредиту, нарочито уговором о осигурању, да би кредит био уопште додељен под условима из огласа, а цена те услуге се не може одредити унапред, обавеза закључења таквог уговора се такође излаже на јасан, сажет и видљив начин заједно са годишњом ефективном каматном стопом.¹⁴

Приликом закључења уговора о кредиту положај потрошача је по правилу неповољан.¹⁵ Врло често потрошач је недовољно стручан да процени укупне услове и цену кредита или се налази у стању нужде, док се са друге стране налази давалац кредита, коме је одобравање кредита пословна делатност. Стручност и економска снага омогућавају даваоцу кредита да потрошачу наметне уговор који му одговара и који је унапред припремио, са клаузулама које су за потрошача често нејасне или двосмислене. Зато, да би потрошач могао да донесе правилну одлуку да ли да закључи уговор о кредиту или не, давалац кредита има обавезу да благовремено, пре доношења такве одлуке од стране потрошача, пружи податке потребне за упоређивање различитих понуда. За даваоца кредита предвиђена је обавеза предговорног обавештавања која подразумева да давалац кредита пре закључења уговора, у писаној форми, обавести потрошача о најзначајнијим уговорним обавезама будућег уговора.¹⁶ Сви

обавезни подаци, које мора добити у том случају, као и било какви додатни подаци у вези са понудом на закључење уговора о кредиту, морају бити исписани на папиру или другом трајном носачу података у оквиру Стандардног европског информационог листа о потрошачком кредиту из Анекса II или му на адекватан начин бити приложени. Сматра се да је давалац кредита испунио ову своју обавезу уколико је исти доставио потрошачу. Уз то, потрошач има право да на свој захтев бесплатно добије и копију нацрта уговора о кредиту.

Поред обавезе да му достави податке у предговорној фази, давалац кредита има и обавезу да потрошачу пружи адекватна објашњења о подацима како би га ставио у позицију у којој заиста и има могућност да процени да ли је предложени уговор о кредиту најповољнији по њега, да му разјасни све недовољно разумљиве податке пружене у овој фази, наведе све битне карактеристике и специфичне ефекте предложених одредби по њега, укључивши и последице закашњења приликом отплате кредита.

3.2. Обавезни подаци који морају бити садржани у уговору о кредиту

Подаци и права која се тичу уговора о кредиту, а који морају бити наведени у њему, садржани су у одредбама Директиве. То је скуп одредаба којима се потрошач обавештава о свим подацима од значаја за испуњење уговорних обавеза, бројкама везаним за износе цене кредита и камата, период на који је уговор закључен, али и о њиховим правима којима се штити његов положај као слабије уговорне стране, а која корелативно представљају и бројне дужности даваоца кредита. Сврха прописивања обавезних елемената уговора о кредиту је да у потпуности упозна потрошача са свим трошковима кредита.¹⁷ Обавезни састојци уговора о кредиту јесу подаци који се односе на врсту кредита, подаци о његовом даваоцу, укупном износу кредита, трајању уговорног односа, каматној стопи, одредбе на основу којих се годишња каматна стопа може мењати, одредбе о износу, броју, учесталости плаћања, начину плаћања камата, као и укупним трошковима кредита кад год је то могуће. Уговор мора бити у писменој форми, на папиру или другом трајном носачу података. Писмена исправа коју корисник кредита потписује треба да му усмери пажњу на тежину обавеза које преузима и натера га да о њима подробно и сталожено размисли.¹⁸

13 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 4.

14 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 4.

15 М. Мићовић, *op. cit.*, стр. 737.

16 М. Јовановић-Zattila, „Кодификација европског права потрошача са посебним освртом на потрошачки кредит“, *Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*, књ. 4, 2008., Ниш, 43–56, стр. 51.

17 М. Јовановић-Zattila, *op. cit.*, стр. 50.

18 М. Мићовић, „Директива ЕУ 2008/48 и заштита корисника потрошачког кредита“, *Правни систем Србије*

3.3. Обавеза пружања информација током трајања уговорног односа

Током периода трајања уговора о кредиту потрошач има право да буде обавештен о насталим променама или онима које ће тек уследити, као и да континуирано буде обавештаван о одређеним подацима. Осим ове обавезе усвојене из Директиве, ЗЗКФУ-ом је даваоцу кредита стављена и додатна обавеза. Она се састоји у прибављању писмене сагласности корисника кредита о измени неког од обавезних елемената уговора о кредиту, а пре него што она буде учињена. У случају да се корисник не сагласи са изменом, давалац кредита не може је једнострано изменити нити једнострано раскинути уговор.¹⁹

Према Директиви, након склапања уговора давалац кредита је дужан да потрошача писмено обавести о промени трошкова кредитирања пре него што измена ступи на снагу.²⁰ Пре свега, та обавештења односе се на информације о промени каматне стопе. Информација коју добија потрошач мора да садржи износ отплате који предстоји након ступања нове каматне стопе на снагу и податке о броју и учесталости отплате, уколико долази до њихове промене.

Обавеза обавештавања потрошача посебно је наглашена у вези са уговором о кредиту у облику дозвољеног минуса. Наиме, наведено је обавезно редовно обавештавање потрошача путем извода рачуна на папиру или другом трајном носачу података о периоду на који се извод односи, износима и датумима подизања новца, стању рачуна из претходног извода, новом стању, датумима и износима уплате коју је потрошач извршио, примењеној каматној стопи, свим зарачунатим трошковима и минималном износу који мора да се уплати, уколико постоји потреба за тим.²¹

Уколико се давалац кредита користи својим правом на пренос права из уговора о кредиту или самог уговора на треће лице, о томе мора обавестити потрошача како би потрошач могао сва права, приговоре и захтеве, у циљу заштите својих интереса, да користи према пријемнику уместо према даваоцу кредита, изузев када првобитни давалац кредита по споразуму са прибавиоцем настави да своје обавезе из уговора о кредиту сам испуњава.

и стандарди Европске Уније и Савета Европе, 2009, Крагујевац, 301–312, стр. 304.

19 ЗЗКФУ, чл. 28.

20 М. Мићовић, *op. cit.*, стр. 307.

21 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 12.

Обавеза обавештавања потрошача постоји и у случају закључења уговора којим се дозвољава прекорачење у подизању средстава са рачуна, када је давалац дужан да редовно доставља потрошачу податке од значаја за ову врсту правног посла. Та обавеза је посебно наглашена када је речо прекорачењу средстава на рачуну које је знатно и које потраје дуже од једног месеца. Потрошач се без одлагања обавештава о прекорачењу, износу, каматној стопи и евентуалним казнама, трошковима и камати на преосталим дуговима, на папиру или другом трајном носачу података. Што се тиче података у вези са стањем дуга и прекорачењем средстава са рачуна, у ЗЗКФУ је још додатно конкретизована обавеза даваоца кредита на редовно обавештавање корисника. ЗЗКФУ обавезује даваоца кредита да бесплатно најмање два пута годишње достави потребне податке кориснику о стању дуга, док то обавештење мора учинити најмање једном месечно у случају дозвољеног прекорачења рачуна.²²

4. Обавеза процене бонитета потрошача

У оквиру предуговорне фазе у поступку закључења уговора, а у вези са правом на информисање, Директивом је установљена обавеза давоца кредита да процене кредитну способност потрошача пре него што ступе у уговорни однос са њим. Стога Директива обавезује земље чланице ЕУ да обезбеде да се у поступку одобравања кредита обавезно процени бонитет потрошача увидом у податке добијене од потрошача и ако је неопходно увидом у доступне базе података установљене за ту сврху.²³ Оваквом одредбом намеће се обавеза активног учествовања давоца кредита, а која се састоји у обавези провере кредитне способности потенцијалног корисника кредита. Наиме, провера платне способности има два аспекта. Један који штити давоца кредита од потрошача који приступају склапању уговора, а да немају реалних средстава за његово отплаћивање. И други који пружа заштиту потрошачима омогућивши им да се на основу своје платне способности определе за уговорну понуду која највише одговара њиховим могућностима и тиме спрече сопствену презадуженост. Ова обавеза не престаје тренутком закључења уговора, већ и током трајања уго-

22 ЗЗКФУ, чл. 31.

23 З. Туцаков, „Заштита корисника кредита са аспекта потрошачког права“, *Правни живот*, бр. 11/2011, Београд, 567–587, стр. 575.

ворног односа, уколико се обе уговорне стране сагласе да промене укупан износ кредита, давалац кредита има обавезу да ажурира финансијске податке којима располаже, а који се тичу потрошача, и да процени његов бонитет пре било каквог значајнијег повећања укупног износа кредита.²⁴ ЗЗКФУ намеће овакву обавезу даваоцу кредита, уз одређене разлике у односу на Директиву. ЗЗКФУ је предвиђена процена кредитне способности корисника кредита на основу података добијених од корисника и увида у базу података, као и поновна процена кредитне способности корисника у случају повећања кредитног задужења. Међутим, оно што чини основну разлику ЗЗКФУ у односу на Директиву у овом сегменту јесте да се процена кредитне способности корисника врши на основу увида у базе података о његовој задужености, али уз његову писмену сагласност.²⁵ Такође, за разлику од одредаба Директиве, одредбе ЗЗКФУ не предвиђају обавезу ажурирања финансијских података којима давалац кредита располаже.

Ако је молба за кредит одбијена на основу увида у базу података, давалац кредита је дужан да бесплатно обавести потрошача о резултатима таквог увида и о детаљима односне базе података.²⁶ Обавеза пружања обавештења постоји увек, осим уколико је пружање таквих података забрањено неким другим прописом или је супротнo јавном поретку и јавној сигурности.

5. Право на одустанак од уговора о кредиту

Због свог великог значаја, у Директиви је садржано и право потрошача на једнострану раскид уговора о кредиту у прописаном року. Иако пуноважно закључен уговор обавезује обе уговорне стране, направљен је изузетак којим је омогућено потрошачу да без навођења разлога једностраном вољом раскине уговор о кредиту. Ово право, као одступање од основног начела уговорног права *pacta sunt servanda*, осим што је у нашем праву садржано у ЗПП-у, као и ЗОО-у, садржано је и у ЗЗКФУ. Пошто прими понуду за закључење конкретног уговора одмах по закључењу уговора, потрошач има на располагању краће време које се назива рок за размишљање, предомишљање („cooling-of“ period²⁷) да би у том периоду донео коначну одлуку да ли жели да га постојећи

уговор обавезује или не.²⁸ Он може вршећи своје право, једностраном изјавом воље, да одустане од свог ангажмана и тиме да раскине уговор, или ћутањем, невршењем права, да оснажи закључени уговор.²⁹

Потрошач има право да одустане од уговора о кредиту без давања било каквих објашњења у року од четрнаест календарских дана.³⁰ Период за одустанак почиње да тече од дана закључења уговора о кредиту или од дана када потрошач прими уговорне одредбе и услове и податке који морају бити наведени у уговору о кредиту као његова основна садржина, уколико тај моменат уследи након закључења уговора. Одредбе ЗЗКФУ о праву корисника кредита на једнострану раскид уговора у великој мери су усклађене са одредбама Директиве. Он предвиђа да корисник има право да одустане од закљученог уговора о кредиту без навођења разлога у року од четрнаест дана. Међутим, оно што је основна разлика ЗЗКФУ и Директиве јесте да ЗЗКФУ предвиђа само један моменат од кога почиње да тече рок, док су у Директиви наведена два тренутка, у зависности од тога који је од њих касније наступио. По ЗЗКФУ рок од четрнаест дана почиње тећи од тренутка закључења уговора о кредиту.

Да би потрошач могао да оствари своје право на одустанак од уговора о кредиту без навођења разлога и у прописаним периоду, он има обавезу да о томе обавести даваоца кредита пре истека рока од четрнаест дана, а у складу са подацима о постојању или непостојању права на одустанак, року и осталим условима под којима је дозвољена реализација овог права јасно и сажето садржаних у уговору о кредиту, а добијених од даваоца.³¹ Сматраће се да је потрошач испунио ову своју обавезу уколико ово обавештење, на папиру или другом трајном носачу података на располагању даваоцу, буде послато пре истека рока. Тренутак приспећа овог обавештења даваоцу сматра се и тренутком раскида закљученог уговора о кредиту. Друга обавеза потрошача јесте да исплати даваоцу кредита главницу и камате акумулиране од дана подизања кредитних средстава до дана отплате главнице, без непотребних одлагања и не касније од 30 календарских дана од момента слања обавештења о коришћењу права на раскид уговора. Камата, коју је потрошач обавезан да испла-

24 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 8.

25 ЗЗКФУ, чл. 18.

26 С. Табороши, Т. Јованић, *op. cit.*, стр. 721.

27 М. Јовановић-Zattila, *op. cit.*, стр. 51.

28 С. Табороши, Т. Јованић, *op. cit.*, стр. 722.

29 М. Мићовић, *op. cit.*, стр. 308.

30 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 14.

31 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 14.

ти, рачуна се на основу усаглашене номиналне каматне стопе. Давалац кредита нема право ни на какву другу накнаду од стране потрошача, изузев неповратних трошкова које је платио органима управе. ЗЗКФУ усвајајући решења из Директиве, а тежећи детаљнијем уређењу овог питања, још додатно наводи да када се ради о уговору о кредиту који је обезбеђен хипотеком, као и уговору чији је предмет куповина непокретности, односно финансирање куповине непокретности, корисник може одустати од уговора под условом да није почео користити кредит, односно финансирање.

Уколико је давалац кредита или трећа страна, на основу споразума са даваоцем кредита, пружио одређену споредну услугу, коришћењем свог права на одустајање од уговора о кредиту потрошач престаје бити везан и уговором о споредној услузи.

Директивом је регулисано питање повезаних уговора о кредиту³² и њиховог даљег правног дејства у случају коришћења права на одустанак од стране потрошача. Изричито је предвиђено да уколико је потрошач остварио право на одустанак у вези са уговором о испоруци робе или вршењем услуга, неће више бити везан повезаним уговором о кредиту.

Када је у питању револвинг уговор о кредиту³³, потрошач се може у свако доба и без накнаде користити својим правом на једностранни раскид уговора, осим уколико су се стране споразумеле о отказном року, који не може бити дужи од једног месеца.

6. Право на превремену отплату кредита

Право на превремену отплату кредита је један од института којим се настоји повећати степен заштите потрошача у оквиру потрошачког кредитирања. Право на превремену отплату кредита дужнику не може бити ограничено – то је императивно правно правило које познају готово све земље.³⁴ Директива предвиђа да сваком кориснику потрошачког кредита мора

бити остављена могућност да врати кредит пре рока доспелости, али се истовремено штити и друга уговорна страна. Давалац кредита не сме бити доведен у неповољнији положај нити му сме бити проузрокована штета коришћењем овог права од стране његовог носиоца. ЗЗКФУ је у потпуности прихватио одредбе Директиве и имплементирао их у наше национално законодавство. И ЗОО прописује право корисника кредита да кредит врати пре рока.

Потрошач има право да у било ком моменту изврши, у потпуности или делимично, своје обавезе из уговора о кредиту.³⁵ Овом одредбом потрошачу је дата могућност да врати кредит пре доспелости, пре рока одређеног за његово враћање. Истом одредбом предвиђено је да у таквом случају потрошач има право да захтева сразмерно смањење укупне цене кредита за износ камате и трошкова за преостали период трајања уговора. У тренутку извршења обавезе, односно отплате кредита, износ који је потрошач требало да плати се умањује за камату и трошкове за преостали период, односно временски размак од тренутка отплате до тренутка у коме је према уговору требало извршити обавезу.

Са друге стране, давалац кредита има право на фер и објективну оправдану накнаду могућих трошкова директно везаних за превремену отплату кредита под условом да је превремена отплата извршена у периоду када је номинална каматна стопа била фиксна.³⁶ Наиме, у случају превремене отплате кредита даваоци ових услуга губе камату, која је заправо и њихова добит, те због тога они добијају један вид накнаде, накнаде за измаклу добит. Та накнада не може бити већа од 1% износа превремено отплаћеног кредита уколико је период између превремене отплате и договореног момента престанка уговора о кредиту дужи од једне године. Уколико период није дужи од једне године, накнада не може бити већа од 0,5% износа превремено отплаћеног кредита. Накнада не може бити већа од износа камате коју би потрошач платио током периода између превремене отплате и договореног дана престанка уговора о кредиту.

Превремена отплата је ЗЗКФУ уз исте услове као у Директиви омогућена корисницима кредита. Даваоцу кредита гарантовано је право на накнаду за претрпљену штету у случају превремене отплате уз услов да је превремена отплата извршена у периоду кад је каматна стопа била фиксна, са изузетком уговора о кредиту

32 Повезани уговор о кредиту означава уговор о кредиту где кредит у питању искључиво служи за финансирање уговора о испоруци одређене робе или о пружању специфичних услуга и где та два уговора чине економску јединицу (Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 3)

33 Уговор о револвинг кредиту је уговор о кредиту који кориснику омогућава да једном одобрени износ кредита, у одређеном периоду, може да повлачи више пута под истим условима, с тим што се неискоришћени део кредита повећава за висину отплата тог кредита (ЗЗКФУ, чл. 2)

34 С. Табороши, Т. Јованић, *op. cit.*, стр. 723.

35 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 16.

36 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 16.

чији је предмет куповина непокретности када уговорена каматна стопа не мора бити фиксна, већ може бити и променљива.³⁷

Директива предвиђа три ситуације у којима даваоцу услуге није омогућено да захтева накнаду:

1. уколико је отплата била учињена на основу уговора о осигурању намењеног обезбеђивању гаранције превремене отплате;
2. у случају дозвољеног минуса; или
3. уколико се отплата врши у току периода када каматна стопа није фиксна.³⁸

Директива оставља на вољу државама чланицама да својим прописима предвиде да давалац кредита може захтевати накнаду само под условом да износ превремене отплате прелази граничну вредност одређену националним законодавством, при чему та гранична вредност не може бити већа од 10.000 евра у било ком периоду од дванаест месеци или ако давалац кредита може да докаже да губитак који је претрпео услед превремене отплате прелази износ објективних трошкова. Гранична вредност предвиђена ЗЗКФУ износи 1.000.000 динара. Међутим, уколико накнада коју захтева давалац кредита превазилази износ стварно претрпљеног губитка, потрошач може тражити одговарајуће умањење.³⁹ У оваквом случају губитак представља разлику између иницијално усаглашене каматне стопе и тржишне стопе по којој давалац кредита може да позајмљује износ добијен превременом отплатом у моменту превремене отплате, узимајући у обзир превремене отплате административних трошкова.⁴⁰ Оно што је посебно наглашено у Директиви јесте да накнада ни у ком случају не може бити већа од износа камате коју би потрошач платио током периода између превремене отплате кредита и договореног дана престанка уговора о кредиту.

Установљено право је од великог значаја за заштиту потрошача који приступају закључењу уговора о потрошачком кредиту. Даваоци кредита, у чије име се најчешће јављају банке, претрпевши штету превременом отплатом у виду изгубљених камата, настоје да на све могуће начине одврате потрошаче од њиховог коришћења овим правом. Будући да је уговор о кредиту заправо уговор по приступу, то слобод-

да уговарања постоји само у погледу одређених елемената.⁴¹ Из самог садржаја уговора може се закључити да су интереси даваоца кредита вишеструко заштићени наспрам интереса потрошача. Даваоци кредита често у уговоре уносе одређене клаузуле којима настоје да спрече потрошача да се користи својим правом на превремену отплату или којима обезбеђују своје интересе у погледу стицања добити. Иако је Директивом пружена заштита и једној и другој уговорној страни, даваоци кредита ове одредбе тумаче и примењују у своју корист. Наплатом накнаде даваоци кредита заправо наплаћују своју услугу стављања новца на располагање потрошачу, коју у случају превремене отплате не извршавају, па се може рећи да долази и до њиховог неоснованог обогаћења. У случају кредита са једнаким оброчним отплатама све је израженија појава да се камате смањују упоредо са смањењем главнице, тако да се највећи део камате наплати у првој половини трајања уговорног односа. Тада се поставља питање финансијске исплативости коришћења потрошача овим правом, с обзиром на то да се прво отплаћује већи део камате, а мањи део главнице. Из тог разлога и финансијска исплативост коришћења права на превремену отплату кредита за потрошача је највећа на самом почетку његове исплате.⁴² Како време протиче, она бива све мања, а једном када потрошач давоцу кредита исплати већи део камате, превремена отплата постаје финансијски неисплатива.⁴³

7. Закључак

Закључивање уговора о потрошачком кредиту се данас сврстава у најчешће финансијске послове. Уговор о кредиту је значајан финансијски инструмент којим се остварују бројни и различити интереси. У савременим условима живот и рад грађана је готово незамислив без уговора о кредиту. Њиме се повећава куповна моћ грађана и омогућава им се да дођу до роба и услуга које су им раније биле недоступне због недостатка финансијских средстава. Због

41 Е. Бикић, А. Петровић, „Повезани правни послови као облик кредитирања потрошача-Закон о заштити потрошача Босне и Херцеговине versus Директива 2008/48/ЕЗ о уговорима о потрошачком кредиту“, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници*, бр. 8/2011, 9–37, стр. 24.

42 Е. Чикара, „Пријевремена отплата кредита према новом Закону о потрошачком кредитирању“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 8/2011, 151–174, стр. 159.

43 *Ibid.*

37 ЗЗКФУ, чл. 36.

38 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 16.

39 С. Табороши, Т. Јованић, *оп. cit.*, стр. 724.

40 Директива 2008/48/ЕЗ, чл. 16.

тога уговор о кредиту уређује мноштво законских прописа и других правила, посвећујући посебну пажњу правној заштити потрошача који ступају у уговорни однос.

Доношењем Директиве проблематика потрошачког кредитирања доста детаљно је уређена, а посебна пажња посвећена је заштити потрошача кроз прописивање основних права која им у ситуацији закључења уговора о кредиту припадају.

ЗЗКФУ је у великој мери прихватио систематику и одредбе Директиве, чиме је доста побољшао положај корисника кредита у Републици Србији у којој је с обзиром на процесе приватизације и транзиције и велику осиромашеност становништва закључивање уговора о кредиту веома честа појава. Његовим доношењем створени су лакши и праведнији услови за добијање кредита и пружање веће заштите кориснику, како приликом закључења уговора, тако и приликом његовог извршења. ЗЗКФУ је базиран на Директиви али има и одређених специфичности, што је у складу са постојећим стањем у земљи. Основна права потрошача наведена у Директиви гарантована су и њиме. У појединим сегментима она су додатно конкретизована или проширена, чиме се корисник кредита потпуније штити, као што је, на пример, одређивање рокова за обавештавање о одређеним подацима или захтевање писмене сагласности за измену битних елемената уговора или, пак, увид у релевантне базе података. Међутим, у одређеним ситуацијама поједине одредбе Директиве од значаја за положај потрошача су изостављене. Уношење таквих одредби, нарочито одредби којима се уводи још један моменат од кога се почиње рачунати рок за коришћење права на одустанак од уговора и увођење обавезе даваоца кредита на ажурирање база података у правном систему Републике Србије свакако би допринело бољој заштити лица која су корисници кредитних средстава.

Jovana Brašić
4th year undergraduate student
University of Kragujevac, Faculty of Law

THE IMPLEMENTATION OF THE DIRECTIVE 2008/48/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL OF APRIL 23 2008 ON CREDIT AGREEMENTS FOR CONSUMERS

Summary

In order to protect consumers in consumer lending the Directive 2008/48/EC on credit agreements for consumers was made, whose main purpose is the harmonization of legal rules in the Member States. The Directive aims at reducing differences in the mechanisms in the field of consumer credit and the creation of a single legal regime which would be subject to consumers. Also, there has been an emergence of new credit instruments, so it was necessary for their successful implementation.

The aim of this paper is to present the main participants of the credit agreement and pointing to the basic consumer rights established by the Directive. For this purpose, are presented as the main subjects of the contractual relationship the consumer and the creditor, as long as the basic rights of consumers pointed the right to notice and information, the right to withdraw from the loan contract and the right to early repayment of credit. Also, the report contains a comparative view with the national Law on the Protection of consumers of Financial Services, the problem of regulating this issue by adopting the rules of the Directive, with some exceptions.

Key words: consumer credit, consumer, creditor, right to obtain information, consumer creditworthiness assessment, unilateral termination of the contract, early repayment of loans.

ПРИКАЗИ
LEGISLATIVE REVIEWS

ПРИКАЗ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ О КОНФОРМНОМ МЕТОДУ ОБРАЧУНА ЗАКОНСКЕ ЗАТЕЗНЕ КАМАТЕ

Душан Радовановић,
студент четврте године
Правног факултета
Универзитета у Београду

Одлуком Уставног суда Републике Србије број ИУЗ–82/2009 од 12. јула 2012. године утврђено је да одредба члана 3. став 1. Закона о висини стопе затезне камате у делу који гласи „применом конформног метода“ није у сагласности са Уставом.

Оцењујући да се основано поставља питање уставности оспореног дела одредбе Закона, Уставни суд је разматрањем иницијативе за оцену уставности отворио више уставноправних питања. Поред навода истакнутих у иницијативи, Уставни суд је уважаио и мишљење Законодавног одбора Народне скупштине.

Предмет овог рада јесте однос Закона о висини стопе затезне камате и Закона о облигационим односима, те тумачење Уставног суда о повреди правних начела садржаних у Уставу и Закону о облигационим односима. У том смислу, посебна пажња је посвећена начину обрачуна законске затезне камате, с једне стране, у облигационим односима између Народне банке Србије и банака на интерном банкарском тржишту и, с друге стране, у односима између банака и физичких и правних лица као дужника у кредитно-банкарским и сличним пословима.

Кључне речи: конформни метод, законска затезна камата, оцена уставности,

Увод

Према императивним одредбама Закона о облигационим односима¹, дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и затезну камату по стопи утврђеној савезним законом. Закон о висини стопе затезне камате, као *lex specialis*, ближе уређује да се затезна камата плаћа на износ дуга до дана исплате, а састоји се од месечне стопе раста цена

на мало и фиксне стопе од 0,5% месечно.² Ступањем на снагу Закона о изменама и допунама Закона о висини стопе затезне камате³ речи „стопа раста цена на мало“ замењене су речима „стопа раста потрошачких цена“.

Обрачун дуга увећаног за затезну камату врши се тако да се фиксна стопа од 0,5% множи износом главног дуга увећаног за камату по стопи из члана 2. тачка 1. ЗВСК, применом конформне методе (чл. 3, ст. 1 ЗВСК).

Одредба са рубрумом „Камата на камату“ у глави „Дејства обавеза“ (чл. 279, ст. 1 ЗОО) предвиђа да на доспелу, а неисплаћену уговорну или затезну камату, као и на друга доспела повремена новчана давања не тече затезна камата, изузев кад је то законом одређено.

Реч је о императивном законском правилу које није могуће мењати ни уговором, осим у случају када се може уговорити повећање каматне стопе ако дужник доспеле камате не исплати на време износ дуга.⁴ Сличну нормативу познавао је и Српски грађански законик (СГЗ): „Интерес (лихва) на интерес не може се узимати нити напред уговорити; но кад дужник интерес кад треба не плати, то се може новим последујућим уговором неплаћени интерес у главно преобратити и онда и на њега интерес иде.“⁵ Питање стопе затезне камате, претходно одобрено од стране Европског парламента, регулисано је и Директивом Савета Европске уније, што говори о правно-економском значају за европско приватно право и привредне односе.⁶

Треба истаћи да исти режим важи и за уговорну камату, где је у глави „Разне врсте обавеза“ садржана одредба о ништавости одред-

2 Чл. 1 и 2, Закон о висини стопе затезне камате, Службени гласник СРЈ, бр. 9/01, 31/11.

3 ЗВСК, Службени гласник Републике Србије, бр. 31/11.

4 Наведеном одредбом ЗОО прописана је забрана тзв. анатоцизма – отежавања положаја дужника неприменим увећавањем новчаних обавеза. Ово правило датира још из римског права, а одржало се у прошлости па до данашњих дана. Овакво правило је познавао и §988 Аустријског грађанског законика.

5 Грађански законик за Краљевину Србију, 11. март 1844, измене и допуне од 5. маја 1864. године, §603.

6 Иницијатор за оцену уставности оспорене одредбе ЗВСК истакао је у поступку за оцену уставности Директиву 2000, 35/ЕС која прописује да стопу затезне камате одређује референтна каматна стопа коју одређује Европска централна банка. Јануара 2011. усвојена је нова директива. Видети: Directive of the European Parliament and of the Council on combating late payment in commercial transactions, <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/10/pe00/pe00057.en10.pdf>, 7. децембар 2012, Late Payment Directive 2011 у European Private Law News, Edinburgh Law School, доступно на адреси <http://www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=8579>, 7. децембар 2012.

1 Чл. 277, ст. 1, Закон о облигационим односима – ЗОО, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

бе уговора којом се предвиђа да ће на камату, када доспе за исплату, почети тећи камата, ако не буде исплаћена (чл. 400, ст. 1 ЗОО). Ипак, и правна литература примећује да се забрана зарачувања камате на камату често изиграва тако што се доспеле камате приписују главници, па на тако увећану главницу теку камате.⁷

Камата се одређује као надокнада на коју поверилац има право због тога што је лишен извесне своте новца коју му неко дугује, под условом да се та надокнада одређује према висини дуга и према времену његовог трајања.⁸

Уговарање камате чини конкретни уговор теретним. У случају да уговорне стране не прецизирају каматну стопу ни време доспелости камате, норме материјалног права пружају диспозитивне одредбе о доспелости камате те висини каматне стопе, при чему се прави разлика између односа у коме учествују физичка односно правна лица.⁹ Другачија је правна природа затезне камате – поверилац има право на затезну камату без обзира на то да ли је претрпео какву штету због дужникове доцње. Право да захтева разлику до потпуне накнаде штете поверилац има уколико је штета коју је претрпео због дужниковог задоцњења већа од износа који би добио на име затезне камате.¹⁰

Конформни метод обрачуна представља варијацију сложеног каматног рачуна који подразумева да се основица на коју се обрачунава камата у датом обрачунском периоду увећава за камату из претходног обрачунског периода. Интерес који се сваког периода рачуна на уложену суму и на доспели интерес из ранијих периода назива се интерес на интерес или сложени интерес.

Наводи подносиоца иницијативе за оцену уставности и мишљење законодавног одбора Народне скупштине у одлуци Уставног суда

У иницијативи је истакнуто да се обрачуном затезне камате применом конформне методе повређује начело једнакости и равноправности лица пред законом, те да је супротно начелима Закона о облигационим односима.

7 Правна енциклопедија I том, *Савремена администрација*, Београд 1985, стр. 43.

8 *Коментар Закона о облигационим односима* (редактори: Благојевић, Круљ), I том, Београд 1980, стр. 877.

9 Чл. 399 ЗОО.

10 Чињеница да због неблагоприятног испуњења новчане обавезе дужник плаћа камате не искључује његову одговорност за штету насталу задоцнелим плаћањем. Пресуда Врховног привредног суда Сл. 730/56. Кашанин, Велимировић, *Опште узансе за промет робом са објашњењима и судском праксом*, Београд 1976, 335.

Такође, изражено је мишљење да Закон о висини стопе затезне камате може имати само допунски карактер у односу на Закон о облигационим односима. Даље се наводи да приписивање камате главном дугу у току обрачунског периода није у сагласности са начелима монетарног номинализма, забране анатоцизма, поштења и савесности, забране злоупотребе права, лимиту камата, природе затезне камате и начелу одштетног права.

Нарочито је указано да је Одлуком о начину обрачуна, наплате и плаћања камате Народной банци Србије¹¹ прописан пропорционални метод за обрачун камата на потраживања Народне банке Србије (НБС). Како банке као дужници из послова са НБС-ом имају повољнији положај него што је случај када су физичка и правна лица дужници у односу према банкама, омогућено је да банке од својих дужника наплаћују камате применом конформне методе, а своје обавезе по истом основу према НБС-у измирују применом пропорционалне методе.

По оцени Законодавног одбора Народне скупштине достављеној Уставном суду у виду мишљења, код обрачуна дуга применом конформне методе реч је о правичном механизму обрачуна затезне камате јер се утврђивање затезне камате врши месечно. Примену конформне методе Одбор види као нужност, са образложењем да „не би било правично да се врши просто сабирање камате по месецима за које дужник није измирио своју обавезу“, осим у случају да је дужник на крају обрачунског периода (месеца) извршио плаћање затезне камате повериоцу и да је средства по основу камате ставио на располагање повериоцу.

Оспорена одредба Закона у сагласности је са одредбом члана 21. став 1. Устава, с обзиром на то да је конформни метод обрачуна прописан како би се поверилац и дужник ставили у једнак положај на правичан начин. По схватању Законодавног одбора, члан 399. ЗОО не уређује питање обрачуна конформном или пропорционалном методом, а члан 400. истог закона уређује питање уговорне камате док одредба чија се уставност оцењује уређује само затезну камату за случај доцње.

Из образложења одлуке Уставног суда

Дана 23. фебруара 2012. године Уставни суд је оценио да се основано поставља питање уставности оспореног дела одредбе члана 3. став 1. Закона о висини стопе затезне камате

11 Службени гласник Републике Србије, 63/04 и 297/05

те је донео Решење о покретању поступка за утврђивање неуставности. У погледу захтева за оцену уставности два ранија Закона о висини стопе затезне камате¹², Суд је констатовао да су оба закона престала да важе те да је иницијатива за оцену њихове уставности поднета по истеку рока од шест месеци од датума престанка њиховог важења. Из процесних разлога, Суд је иницијативу у поменутом делу одбацио.

Важећом Одлуком о начину обрачуна, наплате и плаћања камате Народне банке Србије¹³ прописано је да Народна банка Србије на кредите и друге пласмане, као и на друга потраживања НБС-а и на средства која су код ње депонована обрачунава камату једном месечно, за претходни месец, најкасније пет дана после истека месеца, а плаћа је у року од 8 дана после истека месеца за који је камата обрачуната. У смислу ове одлуке, за број дана коришћења кредита, односно депоновања средстава у обрачунском периоду у односу на константан број дана у години (360 дана), НБС обрачунава камату применом интересног рачуна од сто.

Уставни суд је оценио да оспореном законском регулативом долази до повреде уставног начела забране дискриминације по било ком основу и једнакости свих пред Уставом и законом, будући да је предвиђен различит начин каматног обрачуна за потраживања које банке имају према својим клијентима – физичким и правним лицима (конформна метода), у односу на ситуацију када се обрачунава камата на дугове по истом основу када су банке клијенти НБС-а (метод простог интересног рачуна).

Када је реч о извору прописа, Уставни суд примећује да је за једну врсту дужника који се налазе у доцњи са исплатом дуга обрачун камате прописан законом, док се на другом месту начин обрачуна камате прописује одлуком гувернера Народне банке. Тиме се повређује и уставно начело једнакости правног положаја субјеката на тржишту с обзиром на то да се одређена категорија дужника доводи у повољнији правни и економски положај у односу на остале субјекте.

Испитујући уставност оспорене одредбе језичким тумачењем се дошло до закључка да је Законом о висини стопе затезне камате могла бити прописана само висина каматне стопе, али не и метод обрачуна затезне камате о чему *prima facie* говори наслов овог закона. Применом методе коју познаје Закон у слу-

чају обрачуна затезне камате за период дужи од периода за који је прописана стопа затезне камате, тада доспела камата за период прописане каматне стопе приписује се главном дугу. Притом, тако увећани дуг служи као основица за обрачун камате у наредном периоду по важећој каматној стопи за тај месец.

На овај начин долази до повреде начела забране анатоцизма у сфери затезних камата коју ЗОО забрањује. Услед пропуста законодавца да ограничи примену конформне методе на период за који је одређена стопа затезне камате сходно одредбама ЗСЗК, по истеку периода обрачун затезне камате се и даље врши применом ове методе чиме се суспендује низ односних правних начела садржаних у Закону о облигационим односима.¹⁴

Имајући у виду правну природу затезне камате, Уставни суд је схватања да се обрачуном затезне камате не треба конституисати повериочево право на накнаду штете у већем износу од стварне штете. Одредбом о праву на потпуну накнаду у сфери затезне камате, независно од института накнаде штете као посебног извора облигација, законодавац повериоца овлашћује да захтева разлику до потпуне накнаде штете у случају да она премашује износ који би добио на име затезне камате. Стога не би било оправдано да законска затезна камата од претпостављене штете буде трансформисана у новчану казну чија висина знатно премашује претрпљену стварну шету због дужничке доцње. Разлози правне сигурности свакако оправдавају судски поступак због накнаде штете и конкретно утврђивање умањења имовине повериоца услед задоцнелог испуњења обавезе дужника.

Примена конформне каматне стопе ван законске затезне камате

Како је Уставни суд Одлуком објављеном дана 27. јула 2012. године утврдио да одредба члана 3. став 1. ЗСЗК у делу који гласи „применом конформне методе“ није у сагласности са Уставом, у материји затезне камате од поменутог датума износ затезне камате обрачунава се пропорционалном методом.

Међутим, чињеница је да највећи број банака користи конформну каматну стопу којом се добија исти износ камате без обзира на то

12 Закон о висини стопе затезне камате, Службени лист СФРЈ, 57/89. Закон о висини стопе затезне камате, Службени лист СРЈ, 32/93.

13 Одлука о начину обрачуна, наплате и плаћања камате Народне банке Србије, Службени гласник РС, 45/11.

14 Начело монетарног номинализма, начело лимита камате и забране злоупотребе права. Низ општих правних принципа и темељних вредности заштићених Уставом, попут принципа владавине права, социјалне правде, правне сигурности и других, повређују начело јединства правног поретка утврђених Уставом. Чл. 4, ст. 1; чл. 194, ст. 1.

да ли се камата обрачунава једанпут на крају периода отплате или више пута у току саме отплате дуга. Услед недостатка потребних финансијских знања, али и економски инфериорније позиције, постоји бојазан да ће банке манипулисати обрачунима камата својих клијената. Како је конформна метода широко заступљена и у другим прописима јавног и приватног права, али и у примени на тржишту, оправдано је поставити питање да ли се Одлука УСС-а односи и на низ тих случајева.

Одредбом Закона о пореском поступку и пореској администрацији прописано је „да се на износ мање или више плаћеног пореза и споредних пореских давања обрачунава и плаћа камата по стопи једнакој годишњој референтној каматној стопи централне емисионе банке увећаној за десет процентних поена применом конформног метода обрачуна”.¹⁵

Може се истаћи да није цењена односно опоравана уставност ове норме те да ће се иста и даље примењивати. Ипак, у одлуци је изражен став да такав начин обрачуна представља злоупотребу права и повреду низа принципа и јединства правног поретка који налаже међусобну усклађеност прописа.

Слично питање јавља се и у примени других јавноправних прописа попут Царинског закона који уважава годишњу есконтну стопу централне емисионе банке али такође познаје примену конформне методе обрачуна.¹⁶

Остаје отворено питање како надокнадити штету коју су у прошлости услед оваквог обрачуна затезне камате трпела физичка и правна лица. Члан 62. Закона о Уставном суду овлашћује Уставни суд да одреди отклањање последица насталих услед примене општег акта за који је утврђено да није у сагласности са Уставом општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом. Уколико се изменом појединачног акта не могу отклонити последице примене таквог акта, могући инструменти су повраћај у пређашње стање и накнада штете.

Закључак

У ситуацији када се затезна камата обрачунава применом конформне методе за обрачунски период који је дужи од периода за који је прописана стопа затезне камате за послове између банака и физичких односно правних

лица, док се код дуговања банака према Народној банци Србије обрачун затезне камате врши применом методе простог интересног рачуна, постоји повреда Уставом утврђеног начела јединства правног поретка које налаже међусобну усклађеност правних прописа. Прописивањем примене конформне методе у материји затезних камата законодавац је суспендовао генерално правило о забрани анаптоцизма у материји обрачуна камата, те других начела садржаних у том закону.

Правна пракса и правна наука су ушле у разрешавање специфичног правно-економског проблема. Мноштво и разноврсност облигационоправних односа у којима се примењује затезна камата и свеукупни значај новчаних трансакција у савременој привреди, потребе праксе и свих правника који буду примењивали уставносудску одлуку која је била предмет овог рада али и економска збивања, утицаће на даље поступање правних субјеката у материји обрачуна затезне камате.

Dušan Radovanović

4th year student

University of Belgrade, Faculty of Law

Review of Decision of the Constitutional Court of the Republic of Serbia on the conformal method of penalty interest rate calculation

The Decision of the Constitutional Court of the Republic of Serbia No. IUZ-82/2009 of the July 12, 2012. stated that Article 3, Paragraph 1 of the Law on Penalty Interest rate with formulation „using the conformal method” has not been in compliance with Constitution.

Stating that there are grounds to question the constitutionality of the challenged setting of the provisions of the Act, the Constitutional Court has considered the constitutionality of initiatives to open more constitutional issues. In addition to the allegations raised in the initiative, the Constitutional Court upheld the opinion of the Legislative Committee of the National Assembly.

The subject of this paper is the ratio of the amount of the default interest rate and Obligations Act, and the interpretation of the Constitutional Court on the violation of legal principles enshrined in the Constitution and the Law on Obligations. In this regard, special attention was paid to the calculation of the default penalty interest rate, on the one hand, the contractual relationship between the National Bank of Serbia and the bank's internal banking market and, on the other hand, the relationship between banks and individuals and legal entities as debtors in credit-economic and related businesses.

Key words: conformal method, penalty interest rate, contesting the constitutionality of norms

¹⁵ Чл. 75, Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005 и 61/2007.

¹⁶ Члан 231 став 1 и 2 Царинског закона, *Службени гласник РС* 73/2003.

УСВОЈЕН ЗАКОН О ЗАШТИТИ ПОСЛОВНЕ ТАЈНЕ

Лидија Мандић,
Студент основних студија,
Правни факултет Универзитета у Београду

Народна скупштина је 28. септембра 2011. године усвојила нови Закон о заштити пословне тајне („Службени гласник РС”, број 72/2011) који је ступио на снагу и примењује се од 6. октобра 2011. године. Закон је донет по хитном поступку ради испуњења међународних обавеза и усклађивања прописа са прописима Европске уније. Нови закон представља институционални оквир за заштиту пословне тајне од свих радњи нелојалне конкуренције. Раније је ова заштита била препуштена искључиво привредним субјектима. Закон о заштити пословне тајне је у складу са Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС споразумом) и одредбама Париске конвенције о заштити индустријске својине.

Кључне речи: *пословна тајна, нелојална конкуренција, заштита, усклађивање*

Пословну тајну, веома битан правни институт, било је неопходно уредити посебним законом, а што је и учињено доношењем Закона о заштити пословне тајне, због потребе да се поверљивим подацима пружи ефикасна заштита од нелојалне конкуренције. Закони као што су: Закон о привредним друштвима („Сл. гласник РС”, бр. 36/2011), Закон о лековима и медицинским средствима („Сл. гласник РС”, бр. 30/2010), Закон о средствима за заштиту биља („Сл. гласник РС”, бр. 41/2009) и Закон о трговини („Сл. гласник РС”, бр. 53/2010) уређују пословну тајну у оквиру посебних области које представљају предмет законског регулисања. Међутим, било је потребно донети један базични закон који ће обухватити све области у којима је неопходно заштитити поверљиве податке, а то је нови Закон о заштити пословне тајне. Закон је у складу са ТРИПС споразумом.¹ Чланом 1.2. ТРИПС споразума је прописано да пословна тајна спада у категорију права интелектуалне својине, а чланом 39. је прописано да су државе чланице у обавези да у својим националним законо-

давствима обезбеде правна средства за заштиту пословне тајне, како би се иста ефикасно заштитила од нелојалне конкуренције. ТРИПС споразум обавезује све државе чланице. Република Србија има статус посматрача. Такође, Закон је у складу и са Париском конвенцијом о заштити индустријске својине из 1967. године. Париска конвенција садржи одредбе о забрани нелојалне конкуренције.² Према Уставу Републике Србије, наша земља уређује и обезбеђује својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине.³ Овај члан Устава представља основ за доношење Закона.

Закон је подељен на седам глава и има двадесет чланова. У првој глави се налазе уводне одредбе, којима се уређује правна заштита пословне тајне од свих радњи нелојалне конкуренције. Штите се информације које имају комерцијалну вредност зато што нису општепознате, нити доступне трећим лицима. То могу бити технички, технолошки, економски, научни подаци, тестови, резултати истраживања, цртежи, *know-how*, маркетиншке студије, бизнис планови, компјутерски *software* програми, листе цена, листе купаца и др. Овим набрајањем се листа не исцрпљује јер и уговори о раду могу да садрже обавезу чувања пословне тајне, тзв. споразум о забрани објављивања информација (*non-disclosure agreements*). Пословном тајном се не сматра информација која служи за прикривање кривичног дела, прекорачење овлашћења или злоупотребу службеног положаја, односно за друге незаконите акте или поступања домаћег или страног физичког или правног лица. Посебно се наглашава да се лице које контролише коришћење пословне тајне сматра држаоцем, тј. да пословна тајна нема својински карактер. На овај начин се установљава принцип поверљивости и заштита од нелојалне конкуренције. Ово правило предвиђа и ТРИПС споразум. Наиме, лице које је на законит начин прибавило и у чијем је законитом поседу пословна тајна, нема искључиво право над предметом које има у државини. То значи да има право да пренесе право коришћења пословне тајне на трећа лица (нпр. уговором о лиценци), а исто тако и да спречи

1 ТРИПС споразум чини Анекс 1Ц Споразума из Маракеша којим се установљава Светска трговинска организација (WTO споразум), закључен је 15. априла 1994. године и ступио је на снагу 1. јануара 1995. године.

2 Уредба о ратификацији Париске конвенције за заштиту индустријске својине од 20. марта 1883. године, ревидирана је у Бриселу 14. децембра 1900. године, у Вашингтону 2. јуна 1911. године, у Хагу 6. новембра 1925. године, у Лондону 2. јуна 1934. године, у Лисабону 31. октобра 1958. године и у Стокхолму 14. јула 1967. године („Службени лист СФРЈ”-Међународни уговори и други споразуми, бр. 5/74 и Службени лист СФРЈ-Међународни уговори бр. 7/86– др. уредба), чл. 10бис– забрањује акте нелојалне конкуренције.

3 Устав Републике Србије, члан 97. став. 1. тачка 7.

незаконито прибављање пословне тајне од стране трећих лица.

Друга глава се односи на предмет и услове заштите пословне тајне. Предмет пословне тајне јесу поверљиве информације које имају комерцијалну вредност, а чијим би објављивањем могла да се проузрокује штета држаоцу пословне тајне. Овај закон је *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима који прописује да је свако дужан да се уздржи од поступка којим се другом може проузроковати штета.⁴ Дакле, суштински елементи који једну информацију сврставају у категорију пословне тајне јесу:

- да информација није општепозната, при чему то правило не мора стриктно да се тумачи; пословна тајна се може саопштити и другим лицима под условом да су иста обавезана одређеним правним средствима да је не откривају, нпр. уговором;
- да информација има комерцијалну вредност, односно да држаоцу омогућује да остварује предност у односу на конкуренцију;
- да су предузете одређене мере за заштиту тајности информације од стране држаоца, нпр. потписивање уговора у којима се уговорне стране обавезују да неће откривати поверљиве информације; обележавање поверљивих докумената ознаком „поверљиво“ (*confidential*) и слично;
- да би саопштавање пословне тајне трећем лицу могло да проузрокује штету држаоцу.

Да би се одређени податак, а нарочито идеја, квалификовали као поверљиви, неопходно је да се испитају следећи критеријуми:

- да ли је и на који начин могуће доћи у посед идеје, односно информације;
- колика је стварна вредност информације, односно идеје за компанију-титулара, а колика за друге учеснике на конкурентном тржишту;
- колико је времена, рада и новца уложено од стране компаније-титулара у развој, односно стицање информације или идеје;
- којим лицима унутар компаније-титулара је био познат поверљив податак;
- које активности је компанија предузела како би сачувала тајност податка, односно идеје.⁵

4 Закон о облигационим односима („Сл. Лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 57/89 и „Сл. Лист СРЈ” 31/93), члан 16.

5 С.Граић-Степановић, „Пословна тајна као предмет права интелектуалне својине”, *Правни живот*, 13/07, 391–409.

Посебну врсту пословне тајне чине неоткривени подаци о тестовима који се подносе државним органима ради добијања дозволе за стављање у промет лекова, односно медицинских средстава или пољопривредних хемијских производа који користе нова хемијска једињења, као и други подаци који су посебним законом проглашени пословном тајном. Пословна тајна која садржи податке који су од интереса за Републику Србију сматра се тајним податком и штити се Законом о тајности података („Службени гласник РС” бр. 104/2009).

Трећа глава у овом законусе односи на прибављање, коришћење и откривање информације која представља пословну тајну. Како пословна тајна нема својински карактер, произлази да је допуштено прибављање, коришћење и откривање пословне тајне од стране трећег лица на законит начин којим се поштују добри пословни обичаји, али без изричите или прећутне сагласности претходног држаоца. Суд цени у сваком конкретном случају који су начини законити, при чему је терет доказивања на странци која тврди да није повредила пословну тајну. Пренос пословне тајне у правном промету је праћен закључењем уговора о преносу пословне тајне и уговора о поверљивости. Уговором о преносу пословне тајне, установљава се обавеза преносиоца да упозна стицаоца са податком који је предмет пословне тајне, а стицалац се обавезује да прихвати даље коришћење те информације, при чему се и стицалац и преносилац обавезују да ће пословни податак и даље третирати као пословну тајну у односу на трећа лица. Предмет уговора је фактичко омогућавање да се одређена информација сазна и употреби, а не пренос права у ужем смислу јер субјективно право на пословној тајни не поседује ни преносилац. Уговор о преносу пословне тајне треба разликовати од уговора о лиценци којим се врши пренос права па стицалац постаје правни сукцесор преносиоца. Предмет уговора о поверљивости јесте нечињење, односно чување тајности података који другом лицу морају да се уступе због закључења одређеног правног посла. Уговор о поверљивости је акцесорни споразум који има за циљ да обезбеди реализацију основног уговора, али је по правној природи самосталан и независан од њега.⁶ Одређено понашање се сматра делом нелојалне конкуренције када су кумулативно испуњени следећи услови: да је откривен податак који представља пословну тајну, да је откривање тајних података извршено супротно

6 *Ibid.*

вољи лица које законито контролише те податке и да је откривање или прибављање тајних података учињено на начин који је супротан закону и добрим пословним обичајима. Једино што може да учини држалац пословне тајне јесте да спречи прибављање и коришћење информације која представља пословну тајну од стране трећих лица на начин који је супротан добрим пословним обичајима, злоупотребом пословног поверења, преваром, повредом уговорних одредаба и др. У Закону о трговини је дата дефиниција нелојалне конкуренције, да је то радња трговца усмерена против другог трговца, односно конкурента којом се крше кодекси пословног морала и добри пословни обичаји и којом се наноси или може нанети штета другом трговцу (конкуренту), а нарочито стицањем, коришћењем и одавањем пословне тајне без сагласности њеног имаоца, ради отежавања његовог положаја на тржишту.⁷ Посебан члан Закона о заштити пословне тајне је посвећен индустријским или комерцијалним активностима због наглашене потребе да се заштите нови фармацеутски производи и пољопривредни хемијски производи који користе нова хемијска једињења. Систем заштите података из ове области је ближе уређен законима као што су: Закон о лековима и медицинским средствима („Сл. гласник РС“ бр. 30/2012 и 107/2012), Закон о средствима за заштиту биља („Сл. гласник РС“, бр. 41/2009, Закон о хемикалијама („Сл. гласник РС“, бр. 36/2009, 88/2010, 92/2011 и 93/2012) и Закон о биоцидним производима („Сл. гласник РС“, бр. 36/2009 и 88/2010). Законом о лековима и медицинским средствима се штите подаци о лековима који се употребљавају у хуманој медицини и подаци о ветеринарским лековима. У Закону о средствима за заштиту биља је прописано да Министарство надлежно за послове пољопривреде чува као поверљиве све податке које је произвођач доставио ради регистрације средстава за заштиту биља. Закон о хемикалијама предвиђа да ће Агенција за хемикалије сматрати пословном тајном и неће учинити доступне јавности следеће податке: о пуном саставу смеше, прецизну намену и начин примене супстанце, везу између произвођача, увозника и даљих корисника у ланцу снабдевања, прецизну количину хемикалија произведених или стављених у промет. У хитним случајевима, када је то неопходно због безбедности и заштите здравља људи и животне средине, Агенција може да учини доступним и ове податке. Према Зако-

ну о биоцидним производима, подносилац захтева за упис у Привремену листу биоцидних производа за достављање техничког досијеа, подносилац захтева за одобрење или привремену дозволу може означити поједине податке поверљивим, уз писмено образложење да би откривање тих података могло утицати на његово пословање.

Неоткривени подаци о тестовима и други подаци који су посебним законом проглашени пословном тајном могу у изузетним случајевима да се открију, али је потребно да алтернативно буде испуњен један од следећих услова:

- да надлежан орган утврди да је такво откривање неопходно за заштиту јавности;
- да су предузете радње којима се пре откривања података осигурава да они буду заштићени од употребе која је противна добрим пословним обичајима;
- да држалац података изричито у писменом облику одобри њихово откривање.

Четврта глава обухвата грађанско-правну заштиту пословне тајне. Држалац пословне тајне може тужбом да покрене поступак пред судом против сваког лица које учини повреду пословне тајне, у року од шест месеци од дана када је сазнао за повреду и учиниоца, а најкасније у року од три године од дана када је повреда учињена. Поступак по тужби је хитан, што је уобичајено за случајеве повреде права интелектуалне својине.

Пета глава садржи одредбе да су судови и други надлежни органи дужни да чувају тајност неоткривених података заштићених у складу са одредбама овог Закона.

Шеста глава уређује да ће повреда пословне тајне бити санкционисана као привредни преступ ако буде учињена од стране привредног друштва, односно одговорног лица у привредном друштву. Висине казни су ближе одређене у Закону о привредним друштвима. Закон о привредним друштвима је сродан са Законом о заштити пословне тајне. У Закону о привредним друштвима је дата дефиниција пословне тајне (која је слична дефиницији пословне тајне у Закону о заштити пословне тајне), да су лица запослена у привредном друштву дужна да чувају пословну тајну друштва и након престанка тог својства, али не дуже од две године од дана престанка тог својства; прописани су изузеци од дужности чувања пословне тајне, као и последице повреде дужности чувања пословне тајне.⁸ Субјекти којима правни

⁷ Закон о трговини („Сл. гласник РС“ бр. 53/2010 и 10/2013), чл.50.

⁸ Закон о привредним друштвима („Службени гласник РС“, бр. 36/2011 и 99/2011), чл. 72,73 и 74.

поредак даје одређена овлашћења и намеће одређене обавезе у погледу пословне тајне су:

- 1) господар тајне који контролише њену доступност, а то је привредно друштво, домаће или страном и предузетник. Треба разликовати пословну тајну која се односи на правна лица од податка о личности који се односи на физичка лица;
- 2) чувар тајне-лице или круг лица којима су осетљиви пословни подаци познати и који са њима рукују;
- 3) остали-трећа лица која су дужна да не узнемиравају господара тајне у мирном уживању исте.

Пословна тајна се од професионалне тајне разликује у погледу предмета заштите и у погледу субјекта који су дужни да чувају одређени податак. Код професионалне тајне, подаци прекривени „велом тајне“ се тичу трећег лица које може бити нпр. клијент. То лице је у поверењу саопштило нешто о себи, односно о својим личним и имовинским приликама другој страни. Уколико је та друга страна припадник одређене професије (адвокат, свештеник, лекар), постоји дужност неопадања података до којих се дошло у обављању свог посла. Код пословне тајне се штите подаци о привредном друштву, а субјект дужности чувања тајне су лица која имају посебне дужности према друштву, нпр. запослени, директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи. Трећа лица која су дужна да чувају пословну тајну су најчешће у облигационом односу са имаоцем тајне.⁹ Тако, на пример, код уговора о лиценци, кад је његов предмет непатентирани проналазак или тајно техничко знање и искуство, стизалац лиценце је дужан да га чува у тајности.¹⁰ Код уговора о трговинском заступању, заступник је дужан, по самом закону, да чува пословне тајне свог налогодавца које је сазнао обављајући поверени посао.¹¹ Пословна тајна се и од службене тајне разликује у погледу субјекта којима је наметнута обавеза чувања поверљивих података. На пример, као субјекти чувања службене тајне се наводе царински органи, односно службена лица и друга лица која учествују у пореском поступку. Службену тајну су дужна да чувају сва службена лица и друга лица која учествују у пореском, порескопрекршајном и судском

9 Н.Тешић, „Пословна тајна на српски начин“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, 2011, 526–527.

10 Закон о облигационим односима, чл.698.

11 Закон о облигационим односима,чл.799.

поступку.¹² Пословну тајну је, такође, дужан да чува тржишни инспектор који је до податка у вези са пословањем субјекта надзора дошао у инспекцијском надзору.¹³

Заштита пословне тајне омогућава да се очувају пословна етика и морал. Установљена је заштита података путем пословне тајне која не захтева формалну регистрацију тих података. Насупрот томе, друга права индустријске својине као што су: патенти, жигови, дизајн, ознаке географског порекла, топографије интегрисаних кола и ауторска и сродна права се региструју код надлежног органа, а то је код нас Завод за интелектуалну својину. Пример из праксе који се односи на пословну тајну јесте случај Института економских наука који је негирао информацију новинске агенције „Бета“, објављену 22. августа 2011. године, да је „неовлашћено и незаконито објавио податке који су пословна тајна, а прикупљени су за потребе Комисије за заштиту конкуренције“.¹⁴

The Law on the Protection of trade secrets was adopted

*Lidija Mandić,
Undergraduate,
University of Belgrade, Faculty of Law*

On September 28, 2011 the Assembly of the Republic of Serbia adopted a new Law on the Protection of Trade Secrets. The law was passed urgently to fulfill its international obligations and harmonization with the European Union. The new law is an institutional framework for the protection of trade secrets against acts of unfair competition. This protection was left solely enterprises earlier. The Law on the Protection of Trade Secrets is in accordance with the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) and the provisions of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property.

Keywords: trade secret, unfair competition, protection, harmonization

12 Закон о пореском поступку и пореској администрацији („Сл. гласник РС“ бр. 80/2002, 84/2002-испр, 23/2003-испр, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005-др. закон, 62/2006-др.закон, 63/2006-испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 –др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр. и 93/2012), чл.7.ст.3.

13 Закон о трговини, чл. 56. ст. 1. тач. 3.

14 Доступно на адреси:<http://www.ekapija.com/website/sr/page/466888/Institute-of-Economic-Sciences-denies-revealing-business-secrets-of-traders>

ДИРЕКТИВА ЕУ О НЕПРАВИЧНИМ ОДРЕДБАМА У ПОТРОШАЧКИМ УГОВОРИМА И ЊЕНА ПРИМЕНА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Илија Влашковић
*Апсолвент на Правном факултету
 Универзитета у Крагујевцу*

У овом раду аутор расправља о Директиви о неправичним одредбама у потрошачким уговорима и одрговарајућим одредбама Закона о заштити потрошача и Закона о облигационим односима. Посебно је аутор обрадио следећа питања: појам потрошача или пружаоца услуга; појам неправичне уговорне одредбе; критеријуми на основу којих се одредбе потрашичких уговора квалификују као неправичне; анекс Директиве о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима; правне последице уговарања неправичних одредби; остваривање заштите потрошача од неправичних уговорних одредби.

Кључне речи: *потрошач, продавац/пужалац услуга, неправичне уговорне одредбе, Директива 93/13, ЗЗП Србије*

1. Увод

Потрошачи свакодневно закључују велики број уговора са унапред утврђеном садржином. То су формуларни уговори или уговори чији су саставни део општи услови пословања. У оваквим околностима може доћи до изражаја велика неравноправност уговорних страна. Неравноправни економски положај странака, начин савременог пословања намећу закључивање уговора путем општих услова пословања чију садржину могу да чине и неправичне одредбе.

Проблем закључивања уговора са неправичним одредбама је уочен у Европској унији. Наиме, закони држава чланица Европске уније који регулишу питање неправичних одредби разликовали су се по степену заштите која се пружа потрошачима. Потрошачи нису у државама чланицама уживали једнаку заштиту у уговорима закљученим у усменој и писаној форми и нису у свему постојали усаглашени критеријуми за препознавање неправичних уговорних одредаба. Наведено је утицало да Савет Европских заједница донесе Директи-

ву о неправичним одредбама у потрошачким уговорима¹ (у даљем тексту Директива). Сврха њеног доношења је уједначавање закона и других прописа држава чланица у вези са неправичним одредбама уговора који се закључују између продавца или пружаоца услуга и потрошача.²

Како на европском, тако и на подручју Републике Србије, ово питање је од великог значаја. Наиме 2008. године потписан је Споразум о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених држава чланица и Републике Србије (у даљем тексту ССП) којим је истакнута важност усклађивања српског законодавства са законодавством заједнице, као и његова делотворна примена. Србија се обавезала да ће настојати да обезбеди постепено усклађивање постојећих закона и будућег законодавства са правним тековинама Заједнице. Такође, да обезбеди да важеће и будуће законодавство буде правилно примењено и спроведено.³ Обавеза усклађивања домаћег законодавства с правном тековином Европске заједнице изискује и усклађивање српског права с оним сегментом који се односи на заштиту потрошача.⁴ Као последица тога, 2010. године донет је нови Закон о заштити потрошача⁵ (у даљем тексту ЗЗП), који је већим делом преузео одредбе Директиве, али са значајним разликама у односу на њен изворни текст.

У нашем праву је, пре потписивања ССП-а, и ЗЗП-а из 2010. године, заштита потрошача од неправичних уговорних одредаба била уређена Законом о заштити потрошача⁶ из 2005. године (у даљем тексту ЗЗП из 2005) и Законом о облигационим односима⁷ из 1978.године (у даљем тексту ЗОО).

ЗЗП из 2005.године није био дугог века. На то су, поред поменутог, ССП-а и одатле преузетних обавеза, динамизма у развоју заштите потрошача, утицали и недовољна потребна доследност у имплементацији директива ЕУ, недореченост у појединим питањима, терми-

1 Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ 1993 L 95, (Директива о неправичним одредбама у потрошачким уговорима).

2 Директива, чл. 1.

3 Споразумом о стабилизацији и придруживању (Службени гласник РС, бр. 83/08; даље у тексту: ССП), чл.72.

4 ССП, чл. 78.

5 Закон о заштити потрошача(Службени гласник РС, бр. 73/10; даље у тексту: ЗЗП).

6 Закон о заштити потрошача (Службени гласник РС, бр. 79/2005; даље у тексту: ЗЗП из 2005).

7 Закон о облигационим односима(Службени лист СФРЈ, бр. 297/78, 39/85, 45/89; Службени лист СРЈ, бр.31/93 и Службени лист СЦГ, бр. 1/2003).

нолошке конфузије, претерани нормативни сукоб закона.

Одредбама ЗОО-а је у нашем праву пружена правна заштита потрошача, који се у односу на ЗЗП примењује као *lex generalis*. Наиме, неправичне одредбе се нарочито налазе у стандардним (формуларним) уговорима или у општим условима пословања на које потрошач не може да утиче. Тако ЗОО прописује: „Општи услови одређени од стране једног уговарача, било да су садржани у формуларном уговору, било да се на њих уговор позива, допуњују посебне погодбе утврђене међу уговрачима у истом уговору, и по правилу обавезују као и ове“.⁸ Они морају бити објављени на уобичајени начин, уговорну страну обавезују ако су јој били познати, или су јој морали бити познати у часу закључења уговора.⁹ Одредбе општих услова су ништаве ако су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима. Суд може одбити примену појединих одредби општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој.¹⁰

2. Појам потрошача и продавца или пружалаца услуга

Директива дефинише потрошача као свако физичко лице које, у уговорима на које се односи Директива, дела с циљем који је ван његове делатности, пословања или професије.¹¹ У одредбама ЗЗП-а је примењено рестриктивно одређење потрошача као физичког лица које на тржишту прибавља робу или услуге у сврхе које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности.¹² Наиме, ЗЗП из 2005. године прихватио је ширу концепцију појма потрошача, одређујући га као свако физичко лице које купује производе или користи услуге за личне потребе или потребе свог домаћинства, али и привредно друштво, предузеће, друго правно лице и предузетник, када купује производе или користи услуге за сопствене потребе.¹³ Из појма потрошача произилази и појам продавца или пружаоца услуга. Према Директиви, продавац или пружалац

услуга је, дакле, свако физичко или правно лице које, у уговорима на које се односи ово упуство поступа у оквиру свог заната, делатности или занимања, било да је у приватној или јавној својини.¹⁴ Према одредбама ЗЗП-а, трговац је свако правно или физичко лице које на тржишту наступа у оквиру своје пословне делатности, односно у друге комерцијалне сврхе.¹⁵ На основу наведеног можемо закључити да Директива предвиђа један уопштени појам, док ЗЗП за означавање продавца или пружаоца услуга користи термин „трговац“.

Према ставовима израженим у доктрини, чини се да је најприхватљивији и најсвеобухватнији термин, који је наш законодавац требало да предвиди, „професионалац“, с обзиром на то да обухвата сва правна и физичка лица која професионално обављају неку производну, трговачку или услужну делатност.¹⁶

3. Појам неправичне уговорне одредбе

Према Директиви, неправичном уговорном одредбом се сматра уговорна одредба чија садржина није споразумно уговорена ако, супротно савесности и поштењу, доводи до битне несразмерности у уговорним правима и обавезама странака на штету потрошача.¹⁷

У процесу хармонизације националних законодавстава са решењима права ЕУ идентична дефиниција прихваћена је у већини унутрашњих правних поредака европских држава. Наш законодавац је у одредбама ЗЗП-а прописао да се неправичном уговорном одредбом сматра одредба која: 1) за последицу има значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача; 2) за последицу има околност да извршење уговорне одредбе оптерећује потрошача без оправданог разлога; 3) за последицу има околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао; 4) противна је захтеву јавности у поступању трговца; 5) противна је начелу савесности и поштења.¹⁸ Дакле, реч је о општим формулацијама неправичних одредби које су у стању да обухвате мноштво различитих ситуација.

Директива у Анексу садржи индикативан попис одредби које се могу сматрати неправичним.

8 ЗОО, чл. 142 ст. 1.

9 ЗОО, чл. 142 ст. 2.

10 ЗОО, чл. 143.

11 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 2 ст. 1.

12 ЗЗП, чл. 5 ст. 1.

13 ЗЗП из 2005., чл. 2 ст. 1 и 2.

14 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 2 ст. 3.

15 ЗЗП, чл. 5 ст. 2.

16 М. Мићовић, *Заштита права потрошача*, Крагујевац, 2009, стр. 16.

17 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 3 ст. 1.

18 ЗЗП, чл. 46 ст. 1.

вичним. Оне су само водич који може послужити приликом оцене да ли је реч о неправичним одредбама.¹⁹ Одредбама ЗЗП²⁰ је наведен попис одредби које се сматрају неправичним и оних за које се претпоставља да су неправичне, ако се не докаже супротно. Листа није затворена. Неправичне одредбе могу бити и друге одредбе које испуне кумулативне услове садржане у напред наведеним дефиницијама. Због тога су и предвиђени различити критеријуми процене неправичности одредби у потрошачким уговорима, о којима ће у даљем тексту бити речи.

4. Критеријуми по којима се одредба потрошачког уговора може квалификовати као неправична

4.1 Први критеријум Директиве говори о уговорној одредби о којој се није појединачно преговарало.

Један од разлога због којих је Директива усвојена јесте покушај регулисања стандардних уговора, односно уговора који се закључују на основу сталне или опште понуде. Први нацрт Директиве обухватао је све врсте уговора, уговоре о чијим одредбама се појединачно преговарало, као и оне о чијим одредбама није било појединачног преговарања. Ово решење је критиковано у Немачкој, где је изнет став како се то коси са начелом аутономије странака. Ове критике су уродиле плодом, тако да се Директива примењује само на уговорне одредбе о којима се није појединачно преговарало.²¹ Усвојено решење и није најбоље, али је, свакако, као резултат компромиса, убрзало поступак усвајања ове директиве.

Директива одређује да ће се сматрати да се о уговорној одредби није појединачно преговарало ако је она формулисана унапред, а потрошач није могао да утиче на њен садржај. Чињеница да се о појединачној одредби преговарало неће утицати на могућност да се остале одредбе уговора прогласе ништавим уколико целокупна оцена уговора указује да је речо унапред формулисано уговором.²² Дакле, може се закључити да се неправичне одредбе најчешће налазе у стандардним (формуларним) уговорима или у општим условима пословања на које потрошач не може да утиче.

19 А. Пошчић, „Непоштене клаузуле у потрошачким уговорима“, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 2/2006, 165–190.

20 ЗЗП, чл. 47 и 48.

21 *Ibid.* стр. 170.

22 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 3 ст. 2.

С обзиром на то да Директива предвиђа минималну хармонизацију, државе чланице имају могућност да прошире поље њене примене и на уговорне одредбе о којима се појединачно преговарало. Тако је поступио и наш законодавац и поље примене проширио и на уговорне одредбе о којима се појединачно преговарало. Наиме, према одредбама ЗЗП-а „уговорна одредба јесте свака одредба потрошачког уговора, укључујући посебне погодбе о чијој садржини је потрошач преговарао или могао да преговара са трговцем и опште одредбе чију садржину је унапред одредио трговац или трећа страна.“

4.2 Други критеријум из Директиве је да уговорна клаузула доводи до *битне несразмерности у уговорним правима и обавезама странака на штету потрошача*. Појам битне, значајне несразмере је тешко дефинисати. Тешко је утврдити који су то елементи нужни за одређивање овог појма. Пошто је реч о правном стандарду, овај појам зависи од околности конкретне случаја. Према нашем ЗЗП-у, одредба у потрошачком уговору се сматра неправичном ако узрокује значајну несразмеру између права и обавеза уговорних страна, на штету потрошача.²³ Дакле, није довољан било који степен несразмере. Неопходно је да она буде изражена у значајној мери.

С друге стране, овај критеријум се може повезати и са институтом „прекомерно оштећење“. Наш ЗОО, којим је и дефинисан овај институт, прописује да „ако је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору постојала у време закључења уговора очигледна несразмера, оштећена страна може захтевати поништење уговора ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати.“²⁴

4.3 Трећи критеријум који се мора испунити да би нека клаузула била оглашена неправичном је да је *противна начелу савесности и поштења*. Директива не дефинише ово начело будући да је реч о једном општем начелу чији садржај увек дефинише суд, примењујући га на чињенице конкретне случаја. Због тога је Директива препустила појединим правним системима да сами одреде његову садржину. Управо због тога што не постоји јединствена дефиниција овог начела, а што омогућава еластичнији приступ у његовом тумачењу, Преамбула Директиве у тачки 16. је поставила додатне смернице којих ће се придржавати суд приликом конкретизације начела савесности и поштења.

23 ЗЗП, чл. 46 ст. 1.

24 ЗОО, чл. 139 ст. 1.

Тако се истиче да поступање у складу са овим начелом подразумева равномерно узимање у обзир легитимних интереса саговорника и његове преговарачке позиције, као и потребе за ступањем у одређени уговорни однос. Може се сматрати да је трговац савестан ако наступа правично и поштено према потрошачу, уважава његове интересе и не наводи га на закључење уговора.

Наш ЗОО начело савесности и поштења сврстава међу основна начела и налаже учесницима у облигационим односима да су дужни да се придржавају овог начела приликом заснивања облигационих односа и остваривања права и обавеза из тих односа.²⁵ Законска формулација савесности и поштења заправо не прецизира шта се под овим начелом подразумева. Пред учеснике облигационих односа поставља се само један апстрактан правни захтев – да имају обзира према оправданим интересима друге стране у том односу.

Садржину начела савесности и поштења у свакој конкретној ситуацији прецизира суд у случају спора међу субјектима конкретног облигационог односа.²⁶ Одлучивање по савесности и поштењу никако не сме имати за последицу одлучивање по субјективном осећању права судије, већ одлучивање по мерилима која захтевају конкретизацију, односно критеријумима који омогућавају узимање у обзир свих околности конкретног случаја.²⁷ ЗЗП такође прихвата начело савесности и поштења као један од критеријума процене правичности одредбе у потрошачком уговору.

Прва пресуда (првостепена) у Србији у којој је оглашена неправична одредба уговора на захтев потрошача је била одредба уговора закљученог између банке и потрошача. У овом случају потрошач је издејствовао у своју корист одлуку суда против банке због подизања фиксног дела каматне стопе на стамбени кредит. Уговор је закључен 2009. године, где је наведено да је камата дефинисана као збир фиксног дела каматне стопе и шестомесечног LIBOR-а. Једном клаузулом је, међутим, било предвиђено да банка има право да мења каматну стопу у складу са променом својих пословних аката. У октобру 2010. године банка је подигла фиксни део камате са 1% на 3,5%. Поступак је трајао годину дана и суд је донео одлуку којом је по-

ништио уговорну одредбу која је предвиђала могућност промене камате и наложио банци да клијенту врати новац који је платио изнад уговорене камате.²⁸

4.4 Приликом процене правичности одредбе потрошачког уговора, као критеријум узимају се у обзир: природа роба или услуге која представља предмет уговорне обавезе; околности које су постојале пре и приликом закључења уговора; остале одредбе истог уговора, као и одредбе других уговора са којима је потрошачки уговор повезан.²⁹ Дакле, када се просуђује да ли је одређена одредба потрошачког уговора правична или не, мора се приступити систематски и узети у обзир контекст у којем је она употребљена, односно треба имати у виду целину уговора и све околности конкретног случаја.

4.5 Директива говори и о начину предочавања одредби, па се као критеријум за процену правичности одредби у потрошачким уговорима јавља и *начело транспарентности*.³⁰ Оно се може посматрати као део права потрошача на обавештеност. Ово право представља једно од темељних обележја потрошачког права и заснива се на претпоставци да правни прописи у овој материји морају пружити могућност потрошачу да сам себе заштити. А потрошач ће то бити у стању једино ако има потпуна и тачна обавештења о свим елементима правног посла који жели да закључи.³¹ Начело транспарентности данас прожима целокупно уговорно право Европске уније и његовом конкретизацијом трговац се обавезује на садржајну јасноћу и концизност.

Према ЗЗП-у „уговорна обавеза обавезује потрошача ако је изражена једноставним, јасним и разумљивим језиком“.³² Термини *једноставан*, *јасан* и *разумљив* језик међусобно се допуњују и тешко их је разграничити. Уопштено би се могло рећи да је уговорна одредба изражена једноставним и разумљивим језиком, ако није двосмислена, нити противречна осталим одредбама истог уговора. Са друге стране, уговорна одредба је разумљива ако потрошачу пружа стварну могућност да се упозна са њеном садржином.

28 С. Лакић, „Први пут у Србији клијент победио банку у спору због подизања камате на кредит“, Београд, 2012, доступно на адреси: www.naslovi.net/tema/359210 (25.04.2012).

29 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 4. ЗЗП, чл. 46 ст. 3.

30 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 5.

31 З. Вуковић, *op. cit.*, стр. 87.

32 ЗЗП, чл. 44 ст. 1.

25 ЗОО, чл. 12.

26 М. Баретић, „Начело савесности и поштења у обвезном праву“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, бр. 1/2003, стр. 587.

27 З. Вуковић, *Неправичне уговорне одредбе, посебно у потрошачким уговорима*, Крагујевац, 2012, стр. 103.

Пракса Европског суда правде је показала да се уговорна одредба квалификује као нетранспарентна ако је нејасна и неразумљива пажљивом и разумном човеку.³³ Према нашем ЗЗП-у, одредба потрошачког уговора је нетранспарентна ако је нејасна и неразумљива разумном човеку потрошачевог знања и искуства.³⁴

Начело транспарентности је према Директиви ограничено искључиво на ситуације када је уговор састављен у писаној форми.³⁵ ЗЗП пружа виши степен заштите потрошачима, с обзиром на то да примена овог начела није условљена формом уговора.

Санкција за повреду начела транспарентности је тумачење нејасних и двосмислених израза у корист потрошача, на шта указује и Директива и ЗЗП.³⁶

5. Анекс Директиве о неправичним уговорним одредбама у потрошачким уговорима

Поред наведених критеријума по којима се одредба може квалификовати неправичном, Директива у Анексу садржи и попис седамнаест одредаба које могу бити процењене као неправичне.³⁷ Из одредбе члана 3, став 3, произилази да је реч о „индикативном” списку уговорних одредби. Оваква формулација и историјат усвајања Директиве узроковали су различите ставове у правној теорији по питању правне природе Анекса. Наиме, први предлог Директиве из 1990. године, као и други предлог из 1992. године, предвиђали су листу од шеснаест апсолутно ништавих уговорних одредби. Предлагано је, дакле, усвајање „црне” листе. Одредба која се налази на „црној” листи неправична је у сваком случају, тако да је суд мора уклонити из уговора, односно огласити ништавом. Такав предлог је узроковао противљење већег броја држава чланица, које се може објаснити чињеницом да су у већини на-

ционалних законодавстава и пре усвајања Директиве постојали прописи који су на различит начин уређивали листу неправичних уговорних одредби. Неке су предвиђале „сиву” листу (за одредбу која је сврстана на „сиву” листу важи оборива претпоставка о њеној правичности), неке „црну” листу, док су неке садржале комбинацију „сиве” и „црне” листе. Услед противљења држава чланица у коначној верзији, утврђено је да листа има само „индикативан” карактер. Терминолошка непрецизност усвојена у Директиви имала је за последицу различите ставове теоретичара поводом правне природе Анекса. Наиме, поједини теоретичари листу из Анекса тумаче искључиво као „црну”,³⁸ а поједини као „сиву”.³⁹ Директива заправо не садржи ни искључиво „црну”, нити „сиву” листу неправичних одредаба, већ једино отворену листу „усмеравајућег карактера”. У прилог томе говори да се међу неправичним уговорним одредбама у Анексу Директиве налазе и неке уговорне одредбе које су апсолутно ништаве, према класичним правилима уговорног права, као што су одредбе противне принудним прописима, јавном поретку и добрим пословним обичајима. На пример, уговорна одредба путем које се искључује или ограничава одговорност трговца за случај смрти или телесних повреда потрошача, које су последица чињења или пропуштања трговца.

Имајући у виду напред наведено, ЗЗП је усвојио комбинацију „црне” и „сиве” листе. Дакле, предвидео је одредбе које су неправичне у сваком случају („црна” листа) и оне за које се обориво претпоставља да су неправичне („сива” листа).

6. Правне последице уговарања неправичних одредаба

Директива прописује да „неправичне одредбе у уговору који је произвођач или пружалац услуга закључио са потрошачем по националном праву не обавезују потрошача, и да закључени уговор и даље обавезује уговорне стране, ако тај уговор може да опстане без неправичне одредбе.”⁴⁰ Дакле, прихваћена је једна правно неутрална формулација којом је предвиђено да неправична уговорна

33 Ово питање је постављено у значајном броју предмета у пракси Европског суда правде. На пример, C-315/92, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 2 February 1994, European Court Reports 1994, p. I-0317 и C-470/93, Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 6 July 1995, European Court Reports 1995, p. I-1923.

34 ЗЗП, чл. 44 ст. 1.

35 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 5.

36 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 5 и ЗЗП, чл. 45.

37 На пример, одредбе које: искључују или ограничавају права потрошача у случају потпуног или делимичног неиспуњења уговорних обавеза трговца, укључујући уговарање забране пребијање потраживања која потрошач има према трговцу; потрошача обавезује на испуњење уговорне чинидбе, док испуњење обавезе трговца зависи искључиво од његове воље.

38 T.Wilhelmsson, „Control of unfair Contract Terms and Social Values EC and Nordic Approaches”, *Journal of Consumer Policy*, 3-4/1993, стр. 40.

39 Bernitz, *Swedish Standard Contracts Terms and the EC directive on Contract Terms*, Copenhagen, 1996, доступно на адреси: www.scandinavian-law.se/pdf/39-1.pdf (24.04.2012), стр. 9.

40 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл.6 ст. 1.

одредба неће обавезивати потрошача. Државама чланицама Европске уније је препуштено да приликом имплементације правила ове директиве употребе институт домаћег права који, према ставовима Европског суда правде, Комисије Европске уније и доктрине, треба да обезбеди следеће: 1. потрошач се може позвати на неправичност уговорне одредбе у било које време након закључења уговора; 2. потрошач се не може одрећи права на истицање неправичности уговорне одредбе; 3. суд може *ex officio* процењивати да је одређена уговорна одредба неправична; 4. потрошач може одбити да изврши обавезе које су му наметнуте неправичном уговорном одредбом, без потребе да суд претходно утврди њену неправичност; 5. одлука суда којом је утврђено да је одређена уговорна одредба неправична делује *extunc*.⁴¹ Према нашем ЗЗП-у, неправична одредба је ништава.⁴²

Са друге стране, како је уговор, по правилу, сложен правни посао који садржи већи број одредби, поставља се питање да ли поништење једне уговорне одредбе због тога што је неправична повлачи ништавост целог уговора или је могуће да преостали део остане на снази. Другим речима, може ли уговор само делимично бити ништав? На ово питање сви савремени правни системи одговарају позитивно усвајајући принцип „да се корисно штетним не квари“ (*utile per inutile non vultuatur*). Притом, у већини правних система делимична ништавост је прихваћена као правило. И у нашем праву је прихваћен концепт делимичне ништавости као правило. Одредба ЗЗП то изричито прописује.⁴³ Са друге стране, иако ЗОО не уређује ово питање у делу који је посвећен општим условима формуларних уговора, такав закључак произилази из општих правила која уређују ништавост уговора. Према тим правилима, ништавост једне уговорне одредбе не повлачи ништавост целог уговора „ако он може опстати без ништаве одредбе и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен“.⁴⁴ До поништења уговора у целини, може доћи у случају када се огласи ништавом нека од главних обавеза или побуда која је била разлог да се уговор закључи. Међутим, уговор ће „остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уго-

вора у случају када је ништавост установљења управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње“.⁴⁵

У случају када се једна одредба огласи ништавом због тога што је неправична, поставља се питање како ће се попунити празнина настала њеним уклањањем. Према домаћем праву, у недостатку изричитог законског регулација, треба сматрати да се празнина настала уклањањем неправичне уговорне одредбе попуњава императивном нормом, ако је она повређена, или одговарајућом допунско диспозитивном нормом.⁴⁶

7. Остваривање заштите потрошача од неправичних уговорних одредби

Постоји ли одређено средство које је потрошачима и њиховим удружењима на располагању у спречавању употребе неправичних одредби?

Директива прописује како државе чланице морају осигурати адекватна и ефикасна средства у циљу спречавања редовног уговорања неправичних одредби у уговорима које продајци или пружаоци услуга закључују са потрошачима. У питању су правна средства путем којих лица или организације са легитимним интересом заштите потрошача, по националним прописима, могу покренути поступак, на основу националног права пред судовима или надлежним органима управе ради доношења одлуке у погледу утврђивања да ли су одредбе у којима су садржани општи услови формуларних уговора неправичне, тако да могу применити одговарајућа и делотворна средства у циљу редовног уговарања таквих одредби.⁴⁷

Према одредбама ЗЗП-а потрошач чије је право или интерес повређен може покренути поступак забране неправичних уговорних одредби у потрошачким уговорима. Поред потрошача то право има и удружење и савез из члана 129 овог закона ради заштите колективних интереса потрошача. На овај поступак се сходно примењују одредбе парничног поступка ако другачије није предвиђено овим законом. Поступак се покреће и води пред надлежним судом према Закону о уређењу суда⁴⁸. Суд приликом одлучивања може да: 1.

41 C-240/98 to C-244/98, OJ 1995 L 95, p. 29. Dostupno na: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0240:EN:HTML>

42 ЗЗП, чл. 46 ст. 1.

43 ЗЗП, чл. 3 ст. 3.

44 ЗОО, чл. 105 ст. 5.

45 ЗОО, чл. 105 ст. 2.

46 З. Вуковић, *op. cit.*, стр. 144.

47 Директива 93/13/ЕЕЗ, чл. 7.

48 Закон о уређењу суда (Службени гласник РС, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон и 101/2011).

огласи ништавом сваку неправичну уговорну одредбу у порошачком уговору и утврди да је одређено пословање непоштено; 2. наложи трговцу да без одлагања обустави уговорање неправичних уговорних одредби у пословању са потрошачима и непоштено пословање са потрошачима; 3. наложи трговцу да у средствима јавног информисања о свом трошку објави да му је одлуком надлежног суда изречена мера забране неправичних одредби у потрошачким уговорима. Такође суд може изрећи привремену меру којом се налаже трговцу обустава примене неправичних уговорних одредби у потрошачком уговору. Ова привремена мера траје до доношења коначне одлуке по напред наведеном захтеву.

Међутим, поред судског начина решавања спорова, ЗЗП предвиђа и вансудско решавање спорова. Наиме, напред наведени подносици захтева за покретање поступка забране неправичних уговорних одредби у потрошачким уговорима су дужни да пре подношења овог захтева позову другу страну да спор реше вансудским путем. На поступак вансудског решавања ових спорова сходно се примењују одредбе ЗЗП-а о вансудском решавању потрошачких спорова.⁴⁹

8. Закључак

Усвајањем Директиве остварена је оквирна заштита неправичних уговорних одредби на нивоу Европске уније. Наш законодавац је већим делом преузео одредбе Директиве, али постоје одређене разлике.

Директива и ЗЗП дефинишу појам неправичних уговорних одредби општим формулацијама које обухватају низ различитих ситуација. Како би се те различите ситуације, проузроковане различитим тумачењем неправичних одредби, избегле, Директива садржи „сиву” листу неправичних одредби, док ЗЗП садржи комбинацију „сиве” и „црне” листе. Оне су само путо-

каз приликом оцене да ли је реч о неправичним одредбама. ЗЗП је поље примене поред уговорних одредаба о којима се није појединачно преговарало, проширио и на уговорне одредбе о којима се појединачно преговарало, док Директива своју примену базира на уговорним одредбама о којима се није појединачно преговарало.

Решење нашег законодавца несумњиво представља велики искорак у заштити потрошача. И друге државе, попут наше, које теже да постану чланице Европске уније, морале су више пута за релативно кратко време мењати своја законодавства. Вероватно, исто чека и нас.

Ilija Vlaskovic
Senior undergraduate, University of Belgrade,
Faculty of Law

Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts and its implementation in Serbia

In thi spaper, the author is discussing Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts and adequate provisions of Law on Consumer Protectuon Act, and The Contractual Relatuons Act. He is paying special attention to issues such as: the concept of consumers and suppliers of services, the idea of wrong contract provision, criteria according to which consumers' contracts are qualufued as wrong, addendum/annex Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts – OJ 1993 L 95, legal effects in contracting wrong provisions, accomplishing consumers' protection when it comes to wrong contract provisions.

Key words: consumer, suppliers of services, criteria according to which consumers' contracts are qualufied as wrong, addendum/annex Directive, legal effects in contracting wrong provisions, accomplishing consumers' protection when it comes to wrong contract provisions.

⁴⁹ ЗЗП, чл. 137, 139, 140, 143, 144, 145.