



STUDENT ECONOMIC LAW REVIEW



STUDENTSKA REVIJA ZA PRIVREDNO PRAVO

STUDENT ECONOMIC LAW REVIEW

University of Belgrade Faculty of Law

YEAR VIII (2017/2018) / ISSUE 1





STUDENT ECONOMIC LAW REVIEW

Godina VIII (2017/2018) / Broj 1
Year VIII (2017/2018) / Issue 1

STUDENTSKA REVIIJA ZA PRIVREDNO PRAVO
PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U BEOGRADU

Izdavač

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Tatjana Jovanić

Student urednik za broj I 2017/2018

Mihajlo Jovičić

Redakcija

Tamara Bajčić, Tijana Ajdini, David Spaić, Anđela Babović

Asistenti redakcije

Teodora Vasin, Milica Erdeljanović

Izdavački savet

Prof. dr Elisabetta Bergamini (Univerzitet Udine, Italija), Prof. Chris Willett (Univerzitet u Esekusu, Velika Britanija), Prof. dr Lucian Bercea (Univerzitet Temišvar, Rumunija), Prof. dr Vladimir Pavić, Prof. dr Milena Jovanović– Zatilla, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Vuk Radović, Prof. dr Dušan Popović, Prof. dr Bojan Milisavljević, Prof. dr Marko Davinić, Prof. dr Miloš Živković, Prof. dr Tatjana Jevremović– Petrović, Prof. dr Branko Radulović, Prof. dr Nataša Petrović Tomić, Prof. dr Mirjana Radović, Prof. dr Mirjana Drenovak Ivanović, Doc. dr Svetislav Kostić, Doc. dr Milena Đorđević, Doc. dr Vuk Cucić, Doc. dr Jelena Lepetić, Doc. dr Vuk Cucić, LL.M, Prof. dr Zoran Vasiljević (Univerzitet Banja Luka), Bogdan Gecić, LL.M, dr Marko Milenković

Prelom i obrada

Dosije studio

Dizajn naslovne strane

Petar Stanić

Logo

Petar Veselinović

Časopis možete besplatno preuzeti sa adrese:

www.selr.ac.bg.rs

Adresa redakcije

Pravni Fakultet Univerziteta u Beogradu, kabinet 120

Bulevar kralja Aleksandra 67

11000 Beograd

tel:011 307600

e-mail: editorial@selr.bg.ac.rs

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, MA, LL.M, PhD

Student editor for No. I 2017/2018

Mihajlo Jovičić

Editorial Board

Tamara Bajčić, Tijana Ajdini, David Spaić, Anđela Babović

Editorial board assistants

Teodora Vasin, Milica Erdeljanović

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 Vladimir Pavić, Prof. dr Milena Jovanović-Zatilla, Prof. dr Dobrosav Milovanović, Prof. dr Vuk Radović, Prof. dr Dušan Popović, Prof. dr Bojan Milisavljević, Prof. dr Marko Davinić, Prof. dr Miloš Živković, Prof. dr Tatjana Jevremović-Petrović, Prof. dr Branko Radulović, Prof. dr Nataša Petrović Tomić, Prof. dr Mirjana Radović, Prof. dr Mirjana Drenovak Ivanović, Doc. dr Svetislav Kostić, Doc. dr Milena Đorđević, Doc. dr Vuk Cucić, Doc. dr Jelena Lepetić, Doc. dr Vuk Cucić, LL.M, Prof. dr Zoran Vasiljević (University of Banja Luka), Bogdan Gecić, LL.M, dr Marko Milenković

Layout

Dosije studio

Front cover design

Petar Stanić

Logo design

Petar Veselinović

The Journal is issued two times per year and may be downloaded from the Internet at
www.selr.ac.bg.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: editorial@selr.bg.ac.rs
selreview@gmail.com

ČLANCI – ARTICLES:

- 10 *Бојан Грујић*
Неравноправност уговорних страна у управном уговору
- 21 *Јована Протић*
Појам опцијских уговора са посебним освртом
на њихову правну природу
- 29 *Давид Спаић*
Кривична дела против привреде
- 39 *Тијана Ковачевић и Михајло Јовичић*
Одговорност складиштара у српском праву
- 49 *Dušan Cerović*
Za i protiv privatizacije TELEKOMA Srbije
- 57 *Душко Вујовић*
Финансирање пословних подухвата
путем уговора о финансијском лизингу

ČLANKI ARTICLES

STUDENSKA REVIJA ZA PRIVREDNO PRAVO STUDENT ECONOMIC LAW REVIEW

Dragi čitaoci,

Pred vama je novi broj Studentske revije za privredno pravo (Student Economic Law Review), jedinstvenog časopisa Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, osnovanog na jesen 2010. godine sa željom da, sa jedne strane omogući studentima svih nivoa studija da aktivno učestvuju u naučnoj zajednici i pripreme se za obrazovne i profesionalne izazove koje im slede, a sa druge strane da doprinese razvoju različitih disciplina javnog i privatnog prava koje se odnose na tržište i privredu.

I u ovom broju donosimo zanimljive radove na veoma aktuelne pravne teme. Prvi rad pod nazivom „Neravnopravnost ugovornih strana u upravnom ugovoru“ bavi se novinom koju je u naš pravni sistem doneo Zakon o opštem upravnom postupku. Aktuelnost ove teme u svetlu privrede ogleda se u sve češćim primerima javno-privatnog partnerstva, mehanizma koji mora biti podsticajan za privatnike, ali dovoljno čvrst kako bi se obezbedila zaštita javnog interesa. Drugi rad naslova „Pojam opcijskih ugovora sa posebnim osvrtom na njegovu pravnu prirodu“, autorke Jovane Protić, razmatra jedno ne baš tako često razmatrano pitanje, kakvo je pitanje pojma opcijskih ugovora. Moderna globalna trgovina zahteva brzo delanje i efikasne finansijske instrumente kojima nekada nije lako odrediti pravnu prirodu, što predstavlja srž ovog rada. Pravna priroda, iako na prvi pogled teorijsko, može biti izuzetno praktično pitanje kada dođe do spora. Treći rad „Krivična dela protiv privrede“ autora Davida Spaića spaja krivično pravo i privredno pravo. Ova grupa krivičnih dela sve se više izdvaja u okviru krivičnog prava, zahtevajući poznavanje kako složenih privrednih odnosa i uzimanje u obzir legitimnih očekivanja privrednih subjekata. I kod ovih dela možemo napraviti nekoliko podgrupa, što će se u radu videti, a posebna specifičnost ogleda se u čestoj potrebi za veštačenjima ekonomsko-finan-

sijske struke i što je još bitnije, pravilnim interpretacijama tih veštačenja od strane sudova i javnih tužilaštava. Četvrti, koautorski rad „Odgovornost skladištara u srpskom pravu“ koji potpisuju Tijana Kovačević i Mihajlo Jovičić analizira uvek aktuelnu temu iz domena saobraćajnog prava, a to je na koji način odgovara skladištar, u kom obimu i ko snosi rizike. Autori daju kritički osvrt na rešenje ovog pitanja u pozitivnom pravu, trudeći se da nagoveste rešenje pojedinih pitanja koja se u praksi mogu pojaviti, ali i da predstavljaju nova rešenja koja se sve više i više nameću. Peti rad pod naslovom „Za i protiv privatizacije telekoma“ autora Dušana Cerovića bavi se ekonomskom analizom jedne od najaktuelnijih i najdiskutovanijih transakcija kod nas. U moru različitih stavova, trebalo bi se koncentrisati na one potkrepljene validnim argumentima, gledano iz pravca kako karaktera specifične i velike telekomunikacione delatnosti, tako i finansijskih interesa države koja je privatizaciju izvršila. Rad svakako može poslužiti kao dobra osnova za analizu budućih sličnih privatizacija. Šesti rad pod naslovom „Finansiranje poslovnih podhvata putem ugovora o finansijskom lizingu“, autora Duška Vujovića, osvetljava ugovor o finansijskom lizingu, bitnog i veoma popularnog instrumenta finansiranja u poslovnom svetu. Iako centralno pitanje svakako predstavlja skup prava i obaveza ugovornih strana, autor ide dalje i analizira i pitanje odnosa ugovora sa drugim sličnim ugovorima kao i pitanja nastanka finansijskog lizinga.

Nadamo se da ćete uživati u radovima, dobiti odgovore na neka pitanja i što je još bitnije otvoriti nova, kao i da ćete svakako obogatiti vaše pravničko znanje i ugao gledanja.

Srdačno,

Mihajlo Jovičić

НЕРАВНОПРАВНОСТ УГОВОРНИХ СТРАНА У УПРАВНОМ УГОВОРУ

Бојан Грујић*

Предмет анализе овог рада је неравноправан однос уговорних страна у управном уговору. У уводном делу аутор разматра правну природу управних уговора и потребу за њиховим увођењем. У другом делу пажња је посвећена уговорним странама у теорији и упоредном праву. Трећи, четврти и пети део рада посвећени су позитивном праву Републике Србије, тачније положају уговорних страна у светлости Закона о општем управном поступку, посебних закона који регулишу поједине врсте уговора, као и Закону о облигационим односима – чије се одредбе супсидијарно примењују на управне уговоре. Након упоређивања режима управних уговора из Закона о општем управном поступку и режима које уводе посебни закони, аутор закључује да усклађеност ова два режима није на одговарајућем нивоу. У закључку аутор наглашава шта је потребно за потпуно развијање института управног уговора у домаћем праву и пракси, као и очекивања која би институт управног уговора требало да постигне.

Кључне речи: Управни уговор. – Уговорне стране. – Субординација (неравноправност). – Јавни интерес.

Увод

Улога јавне управе у савремено доба је да, у зависности од околности конкретног случаја, на оптималан начин успостави равнотежу између јавног и приватних интереса. Дакле, управа мора да делује примерено и да своје деловање прилагоди различитим животним околностима. У оним ситуацијама у којима једнострано деловање управе – доношењем управних аката – постаје неадекватно за постижање описаних циљева, отвара се простор за прибегавање „алтернативним“ инструментима управне активности, од којих посебан значај има управни уговор.

Специфичност управног уговора назире се већ у његовом називу. Наиме, уз најважнији институт грађанског права – уговор – прикачена је етикета „управни“, што указује на његову нераскидиву везу са управним, јавним правом – која управне уговоре суштински одређује.

Настао „као резултат уговорне технике и управне главнине“¹, управни уговор представља својеврсну комбинацију управног акта и уговора приватног права. Та чињеница отвара бројна питања и подстиче расправе о *правној природи* управног уговора, а посебно о односу тог института са грађанскоправним уговором с једне, и управним актом, с друге стране. Уз бројне карактеристике које је „позајмио“ од њих, управни уговор се од управног акта разликује по својој двостраности, док се од уговора приватног права разликује, пре свега, по својој каузи.

Део теорије сматра да је управни уговор само уговор², што пре свега значи да је приликом његовог закључења потребно да буду испуњени општи услови за закључење било ког уговора³, у одсуству којих би уговор био непостојећи⁴. Највећа специфичност управних уговора лежи у њиховој каузи, односно циљу због кога се закључује уговор. Како истиче Томић, „док је код приватноправних уговора битно да кауза и сам уговор нису противни јавном интересу (код њих је он граница преко које не сме да се пређе), код управних уговора јавни интерес је циљ закључења уговора, не оно што уговорнике ограничава, него оно чему уговорници (морају да) теже.“⁵ Дакле, јавни интерес је кауза управног уговора и основ неравноправности уговорних страна у њему, што је кључна разлика у односу на уговоре приватног права.

1 Зоран Томић (2018а), *Опште управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2018., 226.

2 Како истиче Л. Диги: „Сваки уговор је увек и само уговор“, наведено према: З. Томић(2018а), 230., фн. 265.

3 Способност уговарања, сагласност воља, кауза, предмет и форма (ако је уговор формалан).

4 Непостојеће уговоре ваља разликовати од ништавих. Ништави уговори су противни принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима, за разлику од непостојећих, који не производе никакво правно дејство. Код непостојећег уговора се уопште не поставља питање да ли је он у складу са наведеним стандардима, јер је неопходна претпоставка за тако нешто да је уговор настао. Фигуративно представљено, за непостојећи уговор је терен пуноважности „гостујући терен“. Управо је *питање неважности управног уговора* једно од питања која су недовољно обрађена ЗУП-ом.

5 З. Томић(2018а), 225.

* Студент завршне године Правног факултета Универзитета у Београду.

С друге стране, поједини аутори сматрају да је управни уговор *управни акт донет уз пристанак странке*.^{6 7} Управо тај пристанак странке је услов за пуноважност управног уговора и то зрно примерености које управа покушава да пронађе, а које није имала док је једнострано одлучивала о судбини адресата управног акта без икаквог консултовања истог тог адресата. Ригидна једностраност замењена је двостраношћу, тако што је и други субјект управноправног односа „активиран“ – дата му је могућност да, у одређеној мери, тај однос обликује.

Колико ће тај други субјект бити „активиран“? Колику слободу ће имати да обликује настали управноправни однос? Да ли ће бити потпуно изједначен са субјектима управног рада⁸ или ће, пак, бити у подређеном положају, који је имао и као адресат управног акта – важна су и осетљива питања која ће бити истражена у овом раду.

1. Положај уговорних страна у управном уговору у теорији и упоредном праву

Као што смо приказали у уводном делу рада, главна разлика између управног уговора и уговора приватног права лежи у њиховој каузи, као и у одговору на питање: да ли су уговорне стране равноправне или не? Дакле, управни уговор се закључује ради остварења јавног интереса, док се приватноправни уговор закључује ради остварења приватног интереса. *Јавни интерес, по правилу, има већу тежину од приватног⁹, стога је и логично да ће надређена страна у управном уговору бити она која тај јавни интерес заступа¹⁰.*

6 *Ibid.*

7 При изједначавању управног акта који је донесен уз пристанак странке и управног уговора морамо бити врло опрезни. И поред тога што такво изједначавање има основа, треба напоменути да управни акт увек (па макар донет и уз пристанак странке) производи правне последице *једнострано*, док уговор то увек чини двострано – кроз споразум. Зоран Томић(1993), „Правна природа управних уговора“, *Правни живот – часопис за правну теорију у праксу*, бр. 11–12/1993., Београд, 1993., 2129.

8 *Ibid.*, 53.

9 Ипак, и када се штити снажан јавни интерес, одређена равнотежа између јавног и приватног интереса мора постојати. Границе јавног интереса одређује држава доношењем прописа који су императивног карактера – Драган Радиновић, „Управни уговори и концесије у функцији развоја јавних служби“, *Правни живот*, бр. 11–12/1993, Београд, 1993., 2184.

10 З. Филиповић (2017а), „Управни уговор као институт јавне управе“ – докторска дисертација, Ниш, 2017., 56.

Доминантни модели управних уговора су на различит начин регулисали питање уговорних страна у управном уговору. Узевши у обзир горе наведено, чини нам се изузетно спорном судска квалификација управних уговора у Француској извршена на основу критеријума уговорних страна. Према тој квалификацији разликују се управни уговори који се закључују између: а) јавноправних субјеката; б) јавноправних и приватноправних субјеката, као и између в) два приватноправна субјекта.

Чини нам се да је управни уговор који закључују два приватна субјекта овде најспорнији. Пре него што укажемо на разлоге због којих је потоњи случај најспорнији, потребно је имати у виду следеће: (1) управни уговор који закључују два приватноправна субјекта је *изузетак* од правила да минимум једна уговорна страна мора бити јавноправни субјект, и (2) овако закључен управни уговор је могућ само у случају *заступања* (сходно правилима грађанског права), из чега произлази да је једна уговорна страна суштински јавноправни субјект. Због чега је ово спорно? *Исто то приватно лице (заступник) нема изворну одговорност за заштиту јавног интереса, коју јавноправни субјект свакако има¹¹.*

Ситуација у којој се уговор закључује између јавноправног и приватноправног субјекта је прилично јасна: јавноправни субјект има одређена ауторитативна овлашћења према приватноправном субјекту, дакле реч је о субординацији. Иза те неспорне констатације крије се и једно битно питање. Да ли већа овлашћења једне уговорне стране повлаче и већу одговорност те стране? У нашем праву ово питање је остало нерегулисано¹². Последња варијанта управног уговора (између два јавноправна субјекта) омогућава уређење права и обавеза између њих, такође у циљу остварења јавног интереса. У питању је јако користан институт који наше право не познаје.¹³

Немачко право заузима другачији став. За разлику од француског које готово у потпуности напушта начело *pacta sunt servanda*, немачко право тежи равноправности уговорних страна. Немачки управни уговор карактерише

11 *Ibid.*, 55.

12 М. Караникић-Мирић, „Рестриктивност законског одређења појма управног уговора у српском праву“, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 7, Београд, 2017., 191.

13 Зоран Томић, Добросав Миловановић, Вук Џуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, издавач: Министарство државне управе и локалне самоуправе, Београд, 2017., 49.

јавноправни карактер његовог предмета. С обзиром на правну позицију страна у односу на предмет управног уговора немачко право разликује две врсте управних уговора – субординационе и координационе¹⁴. Критеријуми ове поделе су следећи: (1) уговорне стране и однос између њих; (2) могућност да се тај управноправни однос регулише управним актом, уместо управним уговором. Субординациони уговор закључују јавноправни и приватноправни субјект, и они су у односу субординираности. Њихов однос би могао да се регулише и управним актом, уместо управним уговором. Ова могућност код координационог уговора не постоји, због тога што га закључују два јавноправна субјекта која су, по природи ствари, равноправна.

У англосаксонском праву, уговори које закључује јавна управа подлежу истом режиму као и уговори које закључују појединци. Дакле, не постоје посебни прописи који уређују уговоре које закључује јавна управа. Колико се овом питању не придаје значај у англосаксонском праву показује и чињеница да се накнада штете даје као одраз добре воље, а не као последица права оштећене стране¹⁵.

2. Неравноправност по Закону о општем управном поступку

Управни уговори су постали законска категорија у праву Србије 2016. године, са ступањем на снагу новог Закона о општем управном поступку (у даљем тексту ЗУП)¹⁶. Дефиниција управног уговора из члана 22, ст. 1 ЗУП-а јасно указује на то да су уговорне стране у управном уговору (јавноправни) орган и странка¹⁷. Ипак, законодавац већ у следећем ставу побија констатацију да јавни интерес није граница, већ циљ уговарања. Наиме, текст закона указује на то да *садржина* управног уговора не сме бити противна јавном интересу, нити интересу трећих лица¹⁸. *То што садржина управног уговора није противна јавном интересу, не мора нужно да значи да је он закључен ради остваривања истога*¹⁹. Последица ове законске одредбе је да привилегована позиција

једне уговорне стране²⁰ више нема легитимитет – будући да њен легитимитет произлази управо из јавног интереса. Следи да нас овакво законско решење враћа на режим Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО)²¹ који се односи на уговоре грађанског права, што је парадоксално имајући у виду тежњу законодавца да управни уговор уреди као посебан правни институт.

Ипак, да је у питању само несрећна формулација законодавца наговештавају наредни чланови ЗУП-а посвећени управним уговорима (чл. 23–26 ЗУП-а)²², а поготово члан 26 који експлицитно каже да је примена ЗОО-а само *супсидијарна*.

2.1. Измена управног уговора због промењених околности

ЗОО²³ и ЗУП²⁴ на сличан начин дефинишу појам *промењене околности*. Тако, у питању је околност која је: 1. настала *после* закључења уговора, а *пре*²⁵ доспелости обавезе; 2. *изванредна* (дакле са једне стране *неотклоњива* за страну која тражи измену-субјективна немогућност испуњења, а са друге и *непредвидива*²⁶– страна није била дужна да је узме у обзир у време закључења уговора); 3. *битно*²⁷

20 Успостављање везе између положаја уговорних страна и каузе је од суштинског значаја за ову тему, будући да је кауза, како је већ истакнуто, основ неравноправности уговорних страна.

21 Закон о облигационим односима, („Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 – Уставна повеља; у даљем тексту ЗОО).

22 Садржини ових чланова биће посвећени наредни одељци.

23 Чл. 133, ст. 1 ЗОО дефинише промењене околности на следећи начин: „Околности настале *после* закључења уговора, које *отежавају* испуњење обавезе једне стране, или које онемогућавају остваривање сврхе уговора, а у једном и у другом случају у тој *мери* да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је.”

24 Чл. 23, ст. 1 ЗУП– а дефинише промењене околности слично као ЗОО, уз минимална одступања: „Околности настале *после* закључења управног уговора, које се нису могле предвидети у време закључења уговора, а које су *битно отежале* испуњење обавезе за једну уговорну страну.”

25 ЗУП то изричито не каже, али је логика јасна: „Да си извршио обавезу на време, промењена околност те не би погодила.”

26 ЗУП у наведеној дефиницији истиче да околност мора бити само *непредвидива*, али чини се да се околност коју је погођена уговорна страна могла да отклони не може сматрати промењеном околношћу.

27 ЗОО не користи ову формулацију експлицитно, али на крају дефиниције промењених околности из чл. 133

14 З. Томић (2018а), 228., фн. 263.

15 Дражен Миљкић (2016а), „Управни уговор и области његове примјене” – докторска дисертација, Београд, 2016., 234.

16 Закон о општем управном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 18/2016.; у даљем тексту ЗУП).

17 Чл. 22, ст. 1 ЗУП-а.

18 Чл. 22, ст. 2 ЗУП-а.

19 М. Караникић-Милић, 190.

отежава испуњење обавезе за ту уговорну страну²⁸. Зашто је ово битно? Управни уговори су у принципу *теретни* уговори, а једно од најважнијих правила које прати теретне уговоре је *начело еквиваленције давања* које би било нарушено да се уговор изврши онако како гласи. Значи, у тој ситуацији бирамо мање од два зла²⁹ – занемарујемо правило *pacta sunt servanda* и чувамо еквиваленцију давања.

Упркос томе што, како смо показали, поменути закони појам промењених околности одређују на сличан начин, режим који уводи ЗУП специфичан је и двојако одступа од режима ЗОО-а, недвосмислено указујући на неравноправност страна у управном уговору³⁰.

Прва специфичност тиче се *субјеката* који могу да захтевају измену и раскид уговора због промењених околности. Тако, према општим правилима ЗОО, обе уговорне стране могу захтевати како раскид тако и измену уговора због промењених околности. Насупрот томе, решење из ЗУП-а доводи до „дискриминације“ странке³¹. Да бисмо сагледали у чему се састоји та „дискриминација странке“ неопходно је да се упореде две ситуације – када је орган уговорна страна погођена промењеним околностима од оне у којој је странка погођена промењеним околностима.

У првом случају, орган ће од странке захтевати да се уговор измени и прилагоди накнадно насталим околностима. Ако странка пристаје, уговор ће бити измењен. Међутим, уколико странка не пристаје на измену, орган неће тражити заштиту од суда, него „сам себе штити“, тако што може уговор да раскине решењем.

У потоњем случају, уговор ће бити измењен уколико се орган са тим сагласи. У супротном, орган ће *решењем одбити захтев* да се уговор измени ако нису испуњени услови за измену

ст. 1 наглашава *меру* у којој та промењена околност отежава испуњење обавезе.

28 Промењену околност треба разликовати од више силе (*vis maior*). За разлику од промењене околности која битно отежава извршење обавезе, виша сила извршење обавезе *немогућава*.

29 Правило *pacta sunt servanda* је опште правило уговорног права, које се примењује како на теретне тако и на добротине уговоре. Начело еквиваленције давања је посебно правило везано за теретне (онерозне) уговоре и његово напуштање, на неки начин, представља напуштање територије теретних уговора. У суштини смо применили правило *lex specialis derogat legi generali*.

30 Чл. 23 ЗУП-а

31 Треба овде нагласити да се ради о странки као приватноправном субјекту управног уговора, а не о било којој уговорној страни!

уговора (нпр. странка је ту околност могла да предвиди) или би измена уговора изазвала „штету по јавни интерес која би била већа од штете коју би претрпела странка³²“. У том случају, странка не би могла једнострано да раскине уговор због промењених околности, већ да жалбом у управном поступку или тужбом у управном спору покуша да оствари правну заштиту. Чак и у том евентуалном управном спору суд би морао да узме у обзир циљ уговора (остварење јавног интереса³³). О могућности једностраног раскида уговора због промењених околности – једном од најевидентнијих видова субординације у нашем праву – биће речи у наредном одељку.

Друга специфичност режима ЗУП-а лежи у чињеници да страна коју је погодила та промењена околност неће захтевати измену уговора од суда – што је правило из ЗОО-а, него од *друге уговорне стране*³⁴.

2.2. Право органа на једнострану раскид уговора

Други сегмент субординације на који указује ЗУП³⁵ је право органа да раскине уговор. Раскид, као правна санкција, погађа искључиво *пуноважне* уговоре. Као и у случају измене уговора због промењених околности, и у случају права на раскид режим ЗУП-а је специфичан у односу на режим ЗОО-а.

Орган раскида уговор *решењем* у три ситуације. Прва се тиче већ поменутог случаја када изостане сагласност странке да се уговор измени због промењених околности (раскид због промењених околности). Наиме, с обзиром на то да је за измену уговора потребно да се странке сагласе, када та сагласност изостане наступају одређене правне последице које зависе од тога ко тражи измену, односно која од уговорних страна је погођена промењеним околностима. Када орган тражи измену па странка не пристаје на исту, орган може да раскине уговор.

До друге ситуације може доћи када странка не испуњава уговорне обавезе (раскид због не-

32 Чл. 23, ст. 2 ЗУП-а

33 Чл. 135 ЗОО

34 Хрватско право прописује да се странке о измени уговора *морају сагласити*. Наш законодавац то изричито није рекао, али чини се да се то подразумева и да произлази из постојећег текста. Закључак је да *није могућа једнострана измена управног уговора* – Чл. 152, ст. 2 Закон о опћем управном поступку Хрватске (*Народне новине*, класа: 034–02/08–01/01), Загреб, 2009.

35 Чл. 24 ЗУП-а

извршења). С тим у вези, изузетно је занимљиво решење нашег законодавца, који и на овом месту одступа од општег режима ЗОО-а³⁶. Наиме, према ЗОО, када једна страна не изврши своју уговорну обавезу, друга страна има право да раскине уговор (ако се не раскида *ex lege*, као нпр. код фиксних уговора) и да тражи накнаду штете. Питање накнаде штете биће анализирано у једном од наредних поглавља, тако да ће фокус бити на остатку дефиниције³⁷ из ЗОО-а. Дакле, примера ради код уговора о продаји, ако купац не испуни своју обавезу, продавац има право да једнострано раскине уговор (и обрнуто). То значи да ће у случају евентуалног неиспуњења право на раскид имати обе уговорне стране. ЗУП, са друге стране, право на раскид даје само једној уговорној страни – органу, док другој уговорној страни – странки – оставља само право на приговор. Уколико орган раскине уговор обе стране су ослобођене својих обавеза, изузев евентуалне обавезе на накнаду штете (дејство раскида)³⁸. О приговору ће бити више речи на крају овог одељка.

Најзад, орган може једнострано да раскине уговор ако је то неопходно да би се отклонила тешка и непосредна опасност по живот и здравље људи и јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди³⁹. Ова компликована одредба се своди на заштиту јавног интереса због кога је уговор закључен. Орган у овом случају може да раскине уговор само ако отклањање опасности или поремећаја није могуће да се изведе средствима којима се мање дира у стечена права. Дакле, у питању је ситуација када је раскид тек *супсидијарно* решење.

2.3. Приговор странке због неиспуњења уговорне обавезе

ЗУП регулише обавезу органа да у решењу којим раскида уговор изричито наведе и јасно образложи разлоге за раскид⁴⁰. Ипак, чини се да је то „слаба утеха“ за странку, која – у случају да орган не испуни своју обавезу – не може да раскине уговор, већ мора да се задовољи подношењем *приговора*⁴¹.

Као и управна жалба, приговор је редовно правно средство. Ипак, законодавац није предвидео кумулирање ових правних сред-

става, јер се изјављују против различитих⁴² видова управног поступања⁴³. Тако, приговор се изјављује у три ситуације⁴⁴: 1) у случају неиспуњења уговорне обавезе од стране органа; 2) због управне радње; 3) поводом начина на који се пружају јавне услуге. Приговор се изјављује руководиоцу органа у роковима који су предвиђени ЗУП-ом⁴⁵, што га чини ремонстративним правним средством, будући да не преноси терет одлучивања на виши орган.

За нашу тему, посебно је интересантна ова прва ситуација када се приговор изјављује у случају неиспуњења обавезе из управног уговора. *Ово је једина ситуација у којој странка има право да изјави приговор у вези са управним уговором, јер у свим осталим ситуацијама орган доноси управни акт, који се напада жалбом*⁴⁶.

Суштинска питања на која треба да одговоримо овде су: *разлог, рок и услов* за подношење приговора. Разлог за изјављивање приговора је *неизвршење уговорне обавезе уз услов да не може да се изјави друго правно средство*. Приговор се подноси у року од *шест месеци од пропуштања органа да изврши обавезу*. Ако странка поднесе приговор тек протеком овог рока, руководиоца органа ће га *решењем одбацити као неблаговремен*. Орган ће одбацити приговор и када је *недозвољен*, када га је изјавило *неовлашћено лице* и када *није уређен*⁴⁷ у року који је орган одредио⁴⁸. Ако нема разлога за одбацивање, орган улази у меритум ствари и проверава *основаност приговора*. Ако је неоснован, орган ће га *одбити*, а ако је основан орган ће га *усвојити*⁴⁹. Орган одлучује решењем⁵⁰ у року од 30 дана од пријема приговора и против тог решења о приговору могу се изјавити *жалба и/или тужба*⁵¹. Ако усвоји приговор изјављен поводом управног уговора, руководиоца органа решењем одлучује о

42 Жалба се изјављује против управног и гарантног акта.

43 Д. Миловановић *et alia*, 161.

44 З.Томић(2018а), 337.

45 Чл. 147, ст. 2 ЗУП-а

46 Д. Миловановић *et al.*, 161.

47 Орган је прво установио да приговор није уредан, упутио изјавиоца да га уреди, па тек протеком тог рока у коме га изјавилац није уредио може да одбаци приговор.

48 Чл. 149, ст. 2 ЗУП-а.

49 Чл. 149, ст. 3 ЗУП-а.

50 Чл 149, ст. 1 ЗУП-а.

51 Закон о управним споровима („Службени гласник РС” бр. 111/2009; у даљем тексту ЗУС), чл. 14: Тужбом се могу нападати *коначни управни акти* (дакле, управни акт донесен у другом степену или првостепени управни акт против кога није дозвољена жалба).

36 Чл. 124 ЗОО.

37 Поменута дефиниција ЗОО-а се односи на раскид због неиспуњења.

38 Чл. 132, ст. 1 ЗОО.

39 Чл. 24, ст. 1 ЗУП-а

40 Чл. 24, ст. 2 ЗУП-а

41 Чл. 147–150 ЗУП-а

даљем начину испуњења обавезе органа – што пре свега зависи од карактера обавезе: да ли је реч о новчаној или неновчаној обавези. Када орган реши сва управноправна питања, он може прећи на испитивање захтева за накнаду штете, који је свакако парнично питање. Због чега би се управни орган упуштао у решавање питања за које је надлежан парнични суд? Уколико би странка захтев за накнаду штете поставила у парници, орган би био у обавези да сноси трошкове парничног поступка⁵² чиме би се знатно нарушило начело делотворности и економичности поступка⁵³ као једно од важних начела на којима почива управни поступак.

Да закључимо, субординација се овде огледа у следећем. Орган може да раскине уговор уколико се појави један од три раскидна разлога које наводи ЗУП⁵⁴. Са друге стране, странка има право да изјави приговор због неиспуњења обавезе од стране органа или жалбу у управном поступку/тужбу у управном спору зависно од тога какав је положај органа-уговорника у управној хијерархији⁵⁵. На неки начин, правну заштиту орган остварује „пречицом“, док странка мора да иде заобилазним путем.

2.4. Накнада штете

Питање накнаде штете је уско повезано са питањем неравноправности уговорних страна код управног уговора и зато му треба посветити посебну пажњу. У „мору“ ауторитативних овлашћења која орган – као јача уговорна страна – има према странки, јавља се и једна крајња утеха за странку ако орган не изврши своју обавезу из управног уговора. Без права на накнаду штете, као финансијског обезбеђења, који би био потенцијални подстицај странки да закључи управни уговор? Исти као подстицај банке на давање кредита коцкару чија кредитна способност зависи од воље рулета – дакле, никакав.

Ко, којим правним средством и у ком поступку може да тражи накнаду штете? Свакако да право на накнаду штете могу остваривати како странка, тако и орган. Пред њима стоје три опције – да накнаду штете остваре у *парници, управном спору и управном поступку по приговору*. Најпре ћемо размотрити поменуте опције из угла странке.

Тако, у погледу могућности странке да захтев за накнаду штете постави у парници сма-

трамо да је реч о најмање пожељној опцији. Наиме, у парници се, пре свега, расправља о приватним интересима⁵⁶. Кауза управног уговора и *differentia specifica* у односу на остале уговоре је управо јавни интерес, о којем би требало водити рачуна.

Када је реч о другој опцији, предности потраживања накнаде штете у управном спору видимо у следећем⁵⁷: 1. дужина рокова – у управном спору странка може потраживати накнаду штете у роковима који су предвиђени ЗОО⁵⁸; 2. обученост судија Управног суда за одлучивање о накнади штете – поједине судије Управног суда имају искуство са суђењем у парници, а у крајњем случају, један од предмета управног спора управо јесте накнада штете^{59 60}.

Са друге стране, предности потраживања накнаде штете по приговору обухватају: 1. капацитет државне управе – далеко је већи број државних службеника него судија Управног суда⁶¹; 2. спречава се ситуација у којој поводом истог управног спора настају два различита управна спора – у вези са питањем неизвршења уговорне обавезе органа и питањем накнаде штете⁶². Оба важна питања (*питање неизвршења уговора и питање накнаде штете*) биће расправљани у истом поступку – по приговору.

ЗУП упућује на треће решење – на потраживање накнаде штете у управном поступку⁶³. Како би колико-толико ублажио један од два проблема овог решења, ЗУП је оставио дужи рок за подношење приговора који је изјављен

56 *Ibid*, 51.

57 *Ibid*.

58 Знатно су краћи рокови за подношење приговора, упор. чл. 147 ЗУП-а и чл. 376 ЗОО-а

59 Чл. 16 ЗУС-а

60 Са друге стране необученост државних службеника за одлучивање о накнади штете је главни проблем да се о овом питању одлучује у управном поступку, Д. Миловановић *et alia*, 51.

61 Само 2014. године закључено је 87, 712 уговора о јавним набавкама! *Ibid*.

62 Када би Управни суд одлучивао о питању накнаде штете, могла би да се деси следећа ситуација: поводом *неизвршења уговорне обавезе* од стране органа странка подноси приговор који није усвојен. Странка има право да поднесе тужбу Управном суду када управни акт донесен поводом изјављеног приговора постане коначан. Са друге стране странка подноси тужбу Управном суду којом потражује *накнаду штете*. Закључак: и орган управе и Управни суд су расправљали исто питање – питање неизвршења уговорне обавезе од стране органа (из простог разлога што је основ за икакву дискусију о накнади штете управо питање да ли је уговор извршен). *Ibid*.

63 Чл. 147 ЗУП-а

52 Д. Миловановић *et al.*, 165.

53 Чл. 9 ЗУП-а.

54 Чл. 24, ст. 1 ЗУП-а.

55 Д. Миловановић *et al.*, 50.

поводом управног уговора – *шест месеци од пропуштања органа да изврши уговорну обавезу*⁶⁴. Поједини аутори⁶⁵ сматрају да је други недостатак је свакако могуће исправити – кроз обуку државних службеника⁶⁶.

Решење ЗУП-а које се односи на начин остваривања накнаде штете странке, чини се, није баш прихватљиво за орган. Чини се да би чак и за управни уговор било превише да орган одлучује о накнади штете коју је претрпео⁶⁷. Дакле, ту су преостале две опције. Поједини аутори⁶⁸ сматрају да би, док се не прошире капацитети Управног суда, *најпожељнија опција за орган била остваривање права на накнаду штете у парници*.

Да закључимо, према ЗУП-у, неправноправност уговорних страна огледа се пре свега у могућности једностраног раскида уговора. Орган ту могућност има и може да је искористи ако се појави један од три раскидна разлога. Са друге стране, странци та могућност није остављена и она има право да изјави приговор. Да овај однос снага не би био неподношљив за странку оставља јој се право на накнаду штете како би се успоставила финансијска равнотежа.

3. Неравноправност уговорних страна у светлости Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама и Закона о јавним набавкама

У теорији, главна замерка увођењу управних уговора је начин на који су креирани у нашем праву. Управни уговори нису именовани као такви ни у једном од посебних закона, тако да се они практично уводе процесним прописом (ЗУП-ом⁶⁹). То, чини се, и није баш адекват-

но решење^{70 71}. Питање оправданости начина на коју су управни уговори уведени у наше право излази ван оквира овог рада, и одвраћало би нас од главне теме – неравноправности уговорних страна. С тим у вези, посебни закони садрже веома интересантна решења.

Према Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама⁷² (у даљем тексту ЗЈПП) јавно-приватно партнерство⁷³ је „дугорочна сарадња између јавног и приватног партнера {...}”⁷⁴. Дакле, уговорне стране су *јавни и приватни партнер*⁷⁵. Да ли је једна страна субординирана у односу на другу? ЗЈПП наговештава различитост од режима ЗУП-а по овом питању на неколико места.

Прво – и најочигледније – је чињеница да је *начело равноправности уговорних страна* једно од суштинских начела на којима почива јавно-приватно партнерство по овом закону.⁷⁶ Друго, евентуално (не)постојање субординације може се објаснити на примеру *раскида уговора*, толико пута помињаног у контексту неправноправности уговорних страна. ЗЈПП уређује питање раскида на начин који је доста другачији од режима ЗУП-а.⁷⁷ Главно одступање је могућност *обе стране* да раскину уговор. Тако, ЗЈПП најпре уређује превремене раскид уговора због пропуста *приватног* партнера (дакле, једнострано раскид од стра-

општем управном поступку – Корак напред или десет у страну? „Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2013, 94.

64 Код приговора изјављеног поводом управне радње или начина пружања јавних услуга рок је свега *петнаест дана* од предузете/пропуштене управне радње односно од пружања јавних услуга на неадекватан начин.

65 Д. Миловановић *et al.*, 52.

66 Циклус стручног усавршавања подељен је на фазе: 1) анализа потребе за обуком (ТНА анализа), 2) фаза планирања и програмирања (програм стручног усавршавања формира се на основу резултата претходних анализа потребе за обуком), 3) организација и реализација усвојених програма (ова фаза се спроводи само у односу на програме који су *одобрени* у другој фази), 4) евалуација и извештавање (праћење и анализа ефеката спроведеног стручног усавршавања). Ове четири фазе се циклично понављају истим редоследом. – Милош Миховиловић, „Стручно усавршавање јавних службеника”, *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, књига 7, Београд, 2017, 714.

67 Д. Миловановић *et al.*, 52.

68 *Ibid*

69 Хрватско право се, примера ради, не суочава са овим проблемом – Д. Милков, „Поводом Нацрта Закона о

70 Лилић, на пример, сматра да ЗУП залази у домен материјалног права и тиме прекорачује границе процесног регулисања, С. Лилић, *Контроверзе у вези са новом радном верзијом нацрта Закона о општем управном поступку Србије* (у контексту европских интеграција), 24., рад је доступан на страници: [http://www.slilic.com/Kontroverze%20u%20vezi%20sa%20novom%20radnom%20verzijom%20Nacrta%20Zakona%20o%20op%C5%A1tem%20upravnom%20postupku%20Srbije%20\(u%20kontekstu%20evropskih%20integracija\).pdf](http://www.slilic.com/Kontroverze%20u%20vezi%20sa%20novom%20radnom%20verzijom%20Nacrta%20Zakona%20o%20op%C5%A1tem%20upravnom%20postupku%20Srbije%20(u%20kontekstu%20evropskih%20integracija).pdf)

71 Аналогно кривичном праву, то је као када бисмо увели ново кривично дело Законом о кривичном поступку – Д. Милков, 94.

72 Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама („Службени гласник РС”, бр. 88/2011; у даљем тексту: ЗЈПП).

73 Према ЗЈПП-у ЈПП има два облика: уговорно (основни облик је концесија) и институционално (оснивање заједничког привредног друштва са јавним партнером). Разликујемо концесију за јавне радове и концесију за јавне услуге која се своди на уговор о јавној набавци који уређује посебан закон – 3. Томић (2018а), 234.

74 Чл. 7, ЗЈПП.

75 Чл. 12–17 ЗЈПП.

76 Чл. 5 ЗЈПП.

77 Чл. 24 ЗУП.

не јавног партнера)⁷⁸. Ипак, пре једностраног раскида јавног уговора, јавни партнер мора претходно, писаним путем, да упозори приватног партнера о таквој својој намери и да одреди примерени рок за отклањање разлога за раскид јавног уговора и за изјашњавање о тим разлозима⁷⁹. Према томе, јавни партнер може да раскине уговор тек ако приватни партнер не исправи свој пропуст протеком тог накнадног, примереног рока. Упозоравање о намери да раскине уговор и остављање примереног рока да отклони разлоге за раскид, решење овог закона далеко више приближавају ЗОО⁸⁰ него решењу ЗУП-а.

ЗЈПП након тога уређује превремени раскид због пропуста *јавног* партнера, што представља главну специфичност правног режима ове категорије уговора. Наиме, *приватни партнер може једнострано раскинути уговор због пропуста јавног партнера*. Конкретно, приватни партнер може једнострано раскинути јавни уговор у складу са овим законом⁸¹, јавним

уговором⁸² и општим правилима облигационог права, ако јавни партнер поступа на начин који доводи до неодрживости уговорног односа или који у потпуности ремети могућности приватног партнера у спровођењу јавног уговора⁸³. На последице превременог раскида јавног уговора због пропуста јавног партнера примењују се посебна правила утврђена јавним уговором као и општа правила облигационог права^{84,85}.

Закључак је да између јавног и приватног партнера, по овом закону, не постоји неравноправност. Веома битна карактеристика јавно-приватног партнерства је и да оно представља оквир за решавање тензије између јавног и приватног интереса, тако да долази до трансформације њиховог односа од супротстављених ка паралелним⁸⁶.

Према Закону о јавним набавкама⁸⁷ (у даљем тексту ЗЈН) „уговор о јавној набавци је теретни уговор закључен у писаној или електронској форми између једног или више понуђача и једног или више наручилаца, који за предмет има набавку добара, пружање услуга или извођење радова“. Дакле, уговорне стране су понуђач(и)⁸⁸ и наручилац⁸⁹ или више њих.

гуђује приватног партнера у извршавању уговорних обавеза.

82 Раскидни разлози дефинишу се јавним уговором (између јавног и приватног партнера), вид. чл. 55, ст. 2 ЗЈПП.

83 Чл. 55, ст. 1 ЗЈПП.

84 У складу са чл. 132 ЗОО, раскидом су обе стране ослобођене својих обавеза осим обавезе на накнаду евентуалне штете. Такође, сходно се примењују и одредбе везане за повраћај датог и за обавезу плаћања затезне камате.

85 Чл. 55, ст. 3 ЗЈПП.

86 Предраг Цветковић, „Уговорни режим јавно-приватног партнерства: sui generis карактер као последица холистичког приступа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 66, 2014., 106.

87 Закон о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 124/2012, 14/2015 и 68/2015; у даљем тексту: ЗЈН).

88 Чл. 3 ЗЈН: Понуђач је лице које у поступку јавне набавке понуди добра, пружање услуга или извођење радова.

89 Чл. 2 ЗЈН: Наручилац у смислу овог закона је:

1) државни орган, орган аутономне покрајине и орган локалне самоуправе;

2) правно лице основано у циљу задовољавања потреба у општем интересу, које немају индустријски или трговински карактер, уколико је испуњен неки од следећих услова:

(1) да се више од 50 % финансира из средстава наручиоца;

(2) да надзор над радом тог правног лица врши наручилац;

78 Чл. 54 ЗЈПП: Јавни партнер може једнострано раскинути јавни уговор у следећим случајевима:

1) ако приватни партнер у случају концесије није платио концесиону накнаду више од два пута узастопно или континуирано неуредно плаћа концесиону накнаду;

2) ако приватни партнер не обавља јавне радове или не пружа јавне услуге према стандардима квалитета за такве радове, односно услуге на начин како је договорено јавним уговором;

3) ако приватни партнер не спроводи мере и радње неопходне ради заштите добра у општој употреби, односно јавног добра, ради заштите природе и културних добара;

4) ако је приватни партнер дао неистините и нетачне податке који су били одлучујући за оцену његове квалитетности приликом избора најповољније понуде;

5) ако приватни партнер својом кривицом не започне са извршавањем јавног уговора у уговореном року;

6) ако приватни партнер обавља и друге радње или пропушта да обави неопходне радње које су у супротности са јавним уговором;

7) ако је приватни партнер пренео на треће лице своја права из јавног уговора без претходног одобрења јавног партнера;

8) у другим случајевима у складу са одредбама јавног уговора и општим правилима облигационог права и прихваћеним правним правилима за конкретну врсту уговора.

79 Чл. 54, ст. 3, 4 ЗЈПП.

80 Чл. 134 ЗОО.

81 Чл. 55, ст. 3 ЗЈПП: Пропусти јавног партнера могу бити:

1) експропријација, заплена или одузимање имовине или удела приватног партнера од стране јавног партнера;

2) пропуст јавног партнера у погледу плаћања доспелих исплата приватном партнеру;

3) кршење обавеза из јавног уговора од стране јавног партнера које у значајној мери ремети или онемо-

Пре него што се упустимо у анализу односа између уговорних страна у складу са овим законом, неопходно је да се претходно осврнемо на једно спорно претходно питање – *да ли је уговор о јавној набавци уопште управни уговор?* О томе постоје различита мишљења у научним и стручним круговима.

Најпре ћемо се осврнути на горе поменути законску дефиницију овог уговора. Из дате дефиниције уопште не произлази да је *остваривање јавног интереса* суштинско обележје овог института⁹⁰. Међутим, уколико се вратимо на ЗУП, кауза и суштинско обележје управног уговора управо је јавни интерес. Последишно, чини се да на основу овог критеријума овај уговор не бисмо могли да квалификујемо као управни уговор.

Друго спорно питање које се отвара је питање *уговорних страна*. Ако се осврнемо на дефиницију наручиоца и понуђача из ЗЈН-а, видећемо да се ни на једном месту не помиње изричито да једна уговорна страна *мора* да буде приватноправни субјект^{91,92}. Насупрот томе, ЗУП изричито наводи да једна уговорна страна у управном уговору мора да буде приватноправни субјект.

Из ове две премисе можемо извући следећи закључак: неће сваки уговор о јавним набавкама бити управни уговор већ само онај чија је кауза остваривање јавног интереса (а не интереса наручиоца) и у коме је једна уговорна страна субјект приватног права.

Последишно, ако је, како смо већ показали, основ неравноправности уговорних страна у управном уговору његова кауза, тј. јавни интерес, ако кауза уговора о јавној набавци није остваривање јавног интереса, нестаје и основ за неравноправност уговорних страна у смислу управних уговора.

Усклађеност⁹³ посебних закона са ЗУП-ом по питању неравноправности уговорних страна је, у најмању руку, спорна. Посебни закони су доношени са различитом сврхом у односу на ЗУП – да привуку инвеститоре⁹⁴. Посебни закони далеко више штите приватноправну страну у уговору и као логична последица тога је да ће

неравноправност уговорних страна према посебним законима бити мање изражена у односу на ЗУП или да неће бити изражена уопште.

На крају, важно је напоменути да су у питању уговори који су у упоредном праву^{95,96} уређени као управни уговори, не и у српском – бар не још увек.

95 „Најпознатији модели ЈПП у упоредном праву су:

ВОТ – (енгл. build-operate-transfer), сагради – управљај – предај. Приватни партнер гради постројење, управља њим уговорени период и враћа га у јавно власништво;

ВТО – (енгл. build-transfer-operate), сагради-предај -управљај. Постојење постаје јавно власништво након изградње од стране приватног сектора, а управљање остаје приватно до истека уговора;

ВОО – (енгл. build-own-operate), сагради-поседуј-управљај. Приватник гради, поседује и управља постројењем у потпуности, што је у ствари приватизација,

ВООТ – (енгл. build-own-operate-transfer), сагради-поседуј-управљај-предај. Приватни партнер добија франшизу за финансирање, дизајн, изградњу и управљање добром, као и право наплате коришћења током уговореног периода, након чега се власништво предаје јавном сектору;

РОТ – (енгл. rehabilitate-operate-transfer) обнови-управљај-предај. Приватни партнер обнавља постројење, управља њиме уговорено време и враћа га у јавно власништво. Варијанте овог модела су и LDO – (енгл. lease-develop-operate) изнајми-развиј-управљај, или BDO – (енгл. build-develop-operate), сагради-развиј-управљај модели, где приватни сектор изнајмљује или купује постојеће постројење од јавног сектора, инвестира у реновирање и модернизацију и управља уговорени период;

ВВОО – (енгл. buy-build-operate), купи-сагради-управљај је варијанта ВОО модела, где приватни сектор купује постројење, доводи га у оперативно стање и управља њиме у потпуности, што је такође облик приватизације;

ДВ – (енгл. design-build), пројектуј-сагради. Приватни сектор осмишљава и гради пројекат сходно спецификацијама јавног сектора уз фиксну цену и сноси трошковни и пројекти ризик, док одржавање и управљање остаје у рукама јавног сектора;

ДВМ – (енгл. design-build-maintain), пројектуј-сагради-одржавај. Сличан је ДВ моделу, с тим што одржавање постројења је обавеза приватног партнера уговорени период, а јавни сектор остаје власник и управља постројењем;

ДВОО – (енгл. design-build-operate), пројектуј-сагради-управљај. Такође варијанта ДВ модела, с тим да је управљање у рукама приватног сектора уговорени период⁹⁷, Зоран Филиповић(а), 374.

96 У Француској су одређене врсте управних уговора проглашени таквим законском нормом, а и судска пракса је развила одређене критеријуме (критеријум странака, циља, посебних овлашћења), на основу којих се оцењује да ли је уговор у конкретном случају управни уговор. Тако су поред уговора о концесионираној јавној служби и уговора о јавној набавци познате и друге врсте управних уговора, као што су уговор о заузимању јавних добара, уговор о упису јавних зајмова, уговор о јавно-приватном партнерству и др., *Ibid*, 51.

(3) да више од половине чланова органа надзора или органа управљања тог правног лица именује наручилац.

90 М. Караникић-Миревић, 193.

91 Наше право не познаје уговоре између два јавноправна субјекта.

92 З. Филиповић(а), 415.

93 Наведени посебни закони донесени су пре ЗУП-а, па самим тим ни не могу бити усклађени са њим *ex ante*. Ипак, ЗУП прописује обавезу усклађивања посебних закона са његовим одредбама, што ће рећи је да је усклађивање *ex post* не само потребно, већ и обавезно.

94 Д. Миловановић *et al.*, 50.

4. Супсидијарна примена Закона о облигационим односима

Примена ЗОО-а на управне уговоре је супсидијарна^{97,98}. Дакле, ЗОО ће се применити тек ако неко питање није уређено матичним законима (посебним законима и ЗУП-ом⁹⁹). Основ за овакво резонување је свакако одредба ЗОО-а која гласи: „одредбе овог закона које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено¹⁰⁰”.

Закључак

Управни уговори представљају израз тенденције да се пронађе равнотежа између два појединачна акта управе – управног акта – као акта власти и уговора – акта пословања управе. Они представљају „средњи пут”, јер осигуравају одређену субординацију јавноправног тела, али не на строго једностран и ауторитативан начин, као што је ситуација код управног акта¹⁰¹. Стога, његов велики значај лежи у томе што попуњава приличну правну празнину између управних аката и приватноправних уговора.

Чини се да није без основа фигуративно приказивање управних уговора кроз „накривљену, а хармоничну слику вољног пословања његових посленика¹⁰²”. Хармонија на слици свакако означава договор – уговор. Ипак, чињеница да је слика накривљена указује нам да хармонија не значи и једнакост између уговорних страна, али такође отвара и питање колико слика треба да буде накривљена? Уколико слику исправимо губимо из вида њену суштину, а ако је превише накривимо, неминовно ће пасти. Стога, потребно је наћи *идеалну меру* неравноправности између уговорника како бисмо задржали хармонију на слици.

Правни институт управног уговора је био предмет бројних критика (како у упоредном

праву, тако и код нас¹⁰³). Упркос томе, чињеница је да су они у *упоредном праву* „стекли репутацију модерног, еластичног и демократског модалитета управног рада¹⁰⁴”. Код нас управни уговор још увек није достигао упоредноправне висине. ЗУП уводи управне уговоре као нов институт, а посвећује му свега пет чланова, те је самим тим остао недоречен поводом бројних битних питања, попут горе наведене неважности уговора¹⁰⁵, правне заштите, супсидијарне примене ЗОО-а и других питања¹⁰⁶. Стога, управни уговор код нас је као новорођена беба. Пре него што прохода, мора да пузи неко време. Чини се да је тренутно управни уговор код нас баш у тој „фази пузања”, и као најбољи, а вероватно и једини начин да из ње изађе је разрађивање овог института кроз *посебне законе*¹⁰⁷ и *судску праксу*. Велики проблем је управо у томе што наш законодавац ниједан уговор управе није окарактерисао као управни уговор¹⁰⁸. Са друге стране, да ли суд треба да се упушта у „препознавање” управних уговора, кад већ нема експлицитне законске регулативе? Чини се да не, јер у српском праву не постоје ни законска ни судска ни правно-теоријска мерила за тако нешто¹⁰⁹.

103 Д. Милков сматра да увођење управних уговора у наше право није резултат практичних потреба, већ теоријских замисли одређених аутора, Д. Милков, 95.

104 З. Томић(а), 236.

105 Хрватски законодавац је регулисао питање ништавости управног уговора на интересантан начин – чл. 151 ЗУП-а Хрватске:

(1) Управни уговор је ништав ако је противан решењу ради чијег извршења је склопљен.

(2) Управни уговор је ништав и из разлога ништавости прописаних законом који уређује облигационе односе. (дакле, сходна примена ЗОО-а)

(3) Управни уговор је ништав и кад је ништав део тога уговора, осим ако би уговор производи правне учинке и без тог дела. (делимична ништавост)

(4) Ништавост управног уговора утврђује суд надлежан за управне спорове на темељу тужбе странке или јавноправног тела. (ово је велико одступање од општег режима ЗОО-а, имајући у виду да се према овом закону ништавост утврђује *ex privato*)

(5) Ништав управни уговор не производи правне последице.

106 Дражен Миљкић(б), „Управни уговори према Закону о општем управном поступку”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2017., 95.

107 Чл. 22, ЗУП-а: „Управни уговор се закључује када је то посебним законом одређено.”

108 Можда делује као „игра речи”, али је потпуно нетачно изједначити појмове уговора управе и управног уговора. Управни уговор је само један „у мору” уговора које управа закључује.

109 М. Караникић-Мирић, 197.

97 Чл. 26 ЗУП-а.

98 Одговор на питање зашто је примена ЗОО-а супсидијарна дају нам основна начела тумачења права: 1. *lex specialis derogat legi generali*; 2. *lex posterior derogat legi priori*. Примера ради, тек ако неко питање у вези са раскидом уговора није регулисано посебним законима и ЗУП-ом, примениће се ЗОО – навешћемо као пример споразумно одрицање од позивања на промењене околности. – чл. 136 ЗОО.

99 З. Томић(а), 232.

100 Чл. 25 ЗОО.

101 Зоран Филиповић(б), „Теоријски концепт управе као јавне службе и управни уговори”, *Правна ријеч*, бр. 41/ 2014, Бањалука, 2014, 201.

102 Зоран Томић(б), 2135.

Визија јаког и стабилног управног уговора коју је имао наш законодавац ипак ће морати да се суочи са бројним изазовима у будућности. Суштински, управни уговор представља својеврсни вртлог, који настаје сударањем таласа две супротне струје: јавноправне и приватноправне¹¹⁰. Стога је питање које се поставља: хоће ли се управни уговор понети као вешти пливач или ће постати дављеник у сопственом вртлогу?

Бојан Грујић

INEQUALITY OF CONTRACTING PARTIES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS

This paper analyzes the inequality of contracting parties in administrative contracts. In the introductory part, the author considers the legal nature of administrative contracts and the need for their introduction. In the sec-

ond part, attention is paid to the relationship between the contracting parties in theory and comparative law. The third, fourth and fifth parts of this paper are devoted to the positive law of the Republic of Serbia and, more precisely, the position of the contracting parties in light of the Law on General Administrative Procedure (LGAP), special laws regulating particular types of contracts, which are considered in theory and comparative law as par excellence examples of administrative contracts, as well as the Law on Contracts and Torts – the provisions of which are subsidiarily applied to administrative contracts. After comparing the regime of administrative contracts from the LGAP and the provisions of special laws, the author concludes that the compliance of these two regimes is unsatisfactory. Finally, in the concluding remarks, the author emphasizes the prerequisites for further development of administrative contracts in domestic law and practice, as well as the expectations this legal institute should accomplish.

Keywords: Administrative contract. – Contracting Parties. – Subordination (inequality). – Public interest.

¹¹⁰³. Томић (1993), 2131.

ПОЈАМ ОПЦИЈСКИХ УГОВОРА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ЊИХОВУ ПРАВНУ ПРИРОДУ

Јована Протић

У овом раду бавићемо се дефинисањем опцијских уговора и налажењем њиховог места у свету права. Најпре ћемо поћи од самог појма опцијских уговора и њихових учесника, што ће нас довести до основне поделе опција – на куповну и продајну опцију. Имајући у виду да су се домаћи аутори недовољно бавили опцијским уговорима, аутор посвећује кратку пажњу подели опција у погледу временског фактора на европске, америчке и јапанске. С друге стране, у раду објашњавамо два начина реализације опција – кратку и дугу позицију. Након тога наилазимо на питање предмета опције. Како је очевидно да уговорне стране опцијског уговора желе профит, те да имају супротна очекивања у односу на промену цене предмета опције, аутор повезује питање предмета опције са економском сврхом закључивања опцијских уговора. С обзиром на то да опцијски уговор спада у алеаторне уговоре, настављамо анализирајући спорну правну природу опцијских уговора и разматрамо сличности са предуговором и купопродајним уговором. Након детаљног испитивања и давања аргумената у погледу правне природе, аутор истиче њену важност и указује на практичан значај овог теоријског питања.

Кључне речи: опцијски уговор, куповна опција, продајна опција; правна природа опцијских уговора.

Увод – основно о опцијским уговорима

Иако опцијски уговори у пракси не наилазе на веће проблеме, у теорији наилазимо на неколико правних питања која могу утицати на другачије схватање права и обавеза уговорних страна. Осим уочљивих проблема у теорији, у домаћој литератури наилазимо на недостатак извора о опцијским уговорима и опцији уопште. Упоредна правна теорија је у том смислу богатија и садржи податке о опцијским уговорима којих се наши привредни субјекти теже придржавати. Аутор ће почети од генезе опција и опцијских уговора.

О томе колико је појам опције стар, сведочи то да су опцију користили још феничански трговци како би искористили могућност куповине терета првих бродова који су пристизали

у луку. Они су куповали опцију како би имали могућност да бирају да ли ће купити садржај терета или не уколико би он био незадовољавајућ. Управо ово значење правна опција има и данас. Дакле, опција јесте могућност да се искористи неко право, али могућност одустајања од њега¹. Опција спада у финансијске инструменте чији је предмет најчешће хартија од вредности и који имају све значајнију улогу у берзанским пословима, захваљујући догађају у Чикагу под називом *Chicago Boards of Options*, 1973. године.² Опцијама се тргује на регулисано³ и ОТЦ тржишту⁴.

Иако постоје разне дефиниције опцијских уговора, њихова различитост не дира њихову суштину. Наиме, опцијски уговор је облик терминског уговора⁵ који купцу опције даје право да купи или прода одређену активу по унапред договореној цени и у одређеном периоду. Другим речима, уколико купац опције одлучи да искористи своје право тако што ће да купи или прода предмет опције, продавац опције је дужан да предмет опције прода или

1 М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, *Савремено берзанско и електронско пословање*, Београд 2010, 89.

2 *Ibid*, 91.

3 Регулисано тржиште јесте мултилатерални систем, који организује и којим управља организатор тржишта и који омогућава и олакшава спајање интересе трећих лица за куповину и продају финансијских инструмената у складу са његовим обавезујућим правилима и на начин који доводи до закључења уговора у вези са финансијским инструментима укљученим у трговање по његовим правилима у систему, има дозволу и редовно послује у складу са овим законом. Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016, чл. 2, ст. 20. У даљем тексту ЗТК.

4 ОТЦ тржиште је секундарно тржиште за трговање финансијским инструментима које не мора да има организатора тржишта и чији систем трговања, подразумева преговарање између продавца и купца финансијских инструмената у циљу закључења трансакције. ЗТК, чл. 2, ст. 22.

5 Термински уговори деле се на оне који се обавезно извршавају и на оне који су изведени из неког другог посла и чија су подлога неки други уговори. У деривираних послова спадају фјучерс послови и опције. Деривати имају све значајнију улогу у берзанским пословима. Предмет опције јесте хартија од вредности која је дериват и чија је цена изведена на основу других (основних) финансијских инструмената. М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 83.

купи, у зависности од тога да ли је у питању продајна или куповна опција. Из наведеног произлази да постоје две врсте опцијских уговора – продајна опција (*put option*) и куповна опција (*call option*)⁶.

1. Врсте и обележја опција

1.1. Основни типови опција

Као што смо навели, опције се деле на: 1) куповне опције и 2) продајне опције.

Куповна опција купцу опције даје право да купи предмет опције по унапред одређеној цени у одређеном периоду⁷. Заузврат, купац опције плаћа премију. Уколико купац опције оптира да купи предмет опције, продавац опције дужан је да предмет опције прода по претходно утврђеној цени. Опција се купује зато што се очекује пораст цене предмета опције.⁸ У зависности од тога да ли продавац опције⁹ поседује основну хартију, куповна опција може бити покривена или непокривена¹⁰.

О покривеној куповној опцији (*covered call option*) ради се када продавац опције поседује основну хартију у тренутку закључења опцијског уговора. Непокривена куповна опција (*uncovered call option*) постоји у случају када продавац у тренутку продаје куповне опције не поседује основну хартију¹¹. Тада постоји продаја на празно (*short sale*) и тада се продавац опције налази у непокривеној позицији све док не купи предмет опције. Продавац непокривене куповне опције сноси одређени ризик, јер уколико дође до реализације опције, он ће бити у обавези да купи предмет опције под често неповољним условима на тржишту. Продавац опције очекује да ће основна цена предмета опције бити нижа у будућности, те да ће их моћи купити по нижој цени него што је предмет опције продао на основу уговора о опцији.

Продајна опција је опција која власнику – купцу опције даје право да прода одређену имовину, по унапред одређеној цени и у од-

ређеном периоду¹². Заузврат, купац продајне опције плаћа цену за такво право избора, односно премију¹³, која му омогућава да оптира да ли ће продати предмет опције¹⁴. У случају да купац продајне опције одлучи да искористи своје право и прода предмет опције, продавац продајне опције дужан је да предмет опције купи по претходно утврђеној цени¹⁵. Овај финансијски инструмент продавац продајне опције користи када очекује да ће се цена предмета опције смањити.

Уобичајено постоје три цене опције од којих је прва цена хартије од вредности, односно цена предмета опције, која није фиксна, односно у питању је флукутирајућа цена хартије¹⁶. Затим, цена која се уобичајено мора платити како би уговор о опцији био пуноважан јесте опциона премија која се другачије назива куповном ценом (*purchase price*). Куповна цена јесте цена коју купац опције плаћа продавцу опције. Касније се опција може поново продати уз другачију премију зато што премија флукутира како би приказала релевантне тржишне компоненте¹⁷. Опција има и извршну цену (*strike price, contract price*), уговорну цену, која се не мења све док купац има право опције. У питању је, дакле, цена по којој се од продавца опције може захтевати извршење опције¹⁸.

Исплата јесте битан елемент који свака опција садржи и која се разликује код куповне и продајне опције¹⁹. У случају куповне опције, опција ће бити на губитку уколико је цена предмета опције нижа од извршне цене. Насупрот томе, када је тржишна цена хартије од вредности виша од извршне цене у питању је опција на добитку и тада ће право опције бити искоришћено. Величина добитка ће зависити од разлике између тржишне цене хартије од вредности и извршне цене по добитку износа који је плаћен за уговор²⁰. Дакле, продавац куповне опције ће бити на добитку уколико је крајња цена предмета опције испод извршне цене. Сходно томе, продавац куповне опције

6 K. Haupt, D. Rockwell, *Principles of California Real Estate*, Washington 2006, 147. На Лондонској берзи 20-их година 19. века први пут су се појавили облици опција који су се звали calls и puts. С. Рудић, *Улога деривата у управљању валутним ризицима на финансијском тржишту Србије*, Београд 2016, 52.

7 J. Stephens, *Managing Currency Risk*, West Sussex 2001, 133; М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 90.

8 М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 92.

9 Продавац опције се другачије назива емитент.

10 Z. Skaloper, J. Štajfer, *Temeljna obilježja opcijskih ugovora i opcija*, Zagreb 2006, 64.

11 *Ibid*

12 J. Stephens, 133; Z. Skaloper, J. Štajfer, 64.

13 Премија представља унапред положен депозит – карту код Клириншке куће. М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 89. Вид. J. Reilly, *The Language of Real Estate*, Chicago 2000, 288.

14 М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 89.

15 *Ibid*, 90.

16 С. Рудић, 53.

17 *Ibid*.

18 В. Богојевић Арсић, *Тржиште хартија од вредности*, Београд 2004, 102.

19 Z. Skaloper, J. Štajfer, 66.

20 *Ibid*.

биће на губитку уколико је цена предмета опције виша од извршне цене. С друге стране, када је код продајне опције извршна цена виша од тржишне цене хартије од вредности, купац може купити хартије од вредности по нижој цени, а затим их може препродати по вишој извршној цени и на тај начин остварити добитак који је једнак разлици између цене и износа који је плаћен за опцију²¹.

На основу наведеног можемо да закључимо да постоје четири варијанте тржишних трансакција са опцијама: 1) куповина продајних опција; 2) продаја продајних опција; 3) куповина куповних опција; 4) продаја куповних опција²².

2. Врсте опција – временски фактор

Разликују се три типа опција у зависности од начина регулисања временског фактора опцијског уговора. У случају европских опција купац опције своје право да прода или купи одређену активу може искористити само на тачно одређен датум. Овај тип опције користи се за хартије од вредности које имају мању ликвидност²³. Сем горе наведених европских опција, постоје још амерички и јапански типови опција. Постоји значајна разлика која се уочава код ова три модела опција. Као што смо већ установили, опција јесте финансијски инструмент²⁴ који даје право власнику да купи или прода одређену активу по унапред одређеној цени и, у случају европских опција на тачно уговорени дан. Код америчког и јапанског типа опција време реализације опцијских уговора је другачије постављено²⁵.

Када је у питању амерички тип опције, опцијски уговори се могу реализовати било ког дана до последњег дана рока²⁶. Дакле, последњег дана рока, као и пре тога, могуће је реализовати опцијски уговор. Ове опције могу се купити или продати на секундарном тржишту, па за њих кажемо да су опције преносивог типа. Јапански тип опција сличан је америчком типу. Иако и код овог типа опције постоји могућност реализације и пре уговореног рока, ипак се разликује у томе да се код јапанског типа обично бира само један дан у недељи. На пример, можемо да одаберемо сред у дан у

недељи када се јапански тип опције може реализовати и пре уговореног рока. Другим речима, пре уговореног рока само се средом може реализовати опција. Са друге стране, код америчког типа опције то је било који дан²⁷.

3. Кратка и дуга позиција

Начини на које се могу реализовати опцијски уговори јесу дуга (*bullish*) и кратка (*bearish*) позиција. Карактеришу их различита очекивања и супротност исплата. Обе позиције могу имати могућност великих како добитка, тако и губитака²⁸. Инвеститор може ући у дуге и кратке позиције куповних, као и продајних опција. Учесник опцијских уговора, дакле, може бити у краткој продајној позицији, дугој продајној позицији, као и у краткој куповној позицији и дугој куповној позицији.

Дуга позиција представља куповину предмета опција уз очекивање да ће цена тог предмета расти и да ће се моћи продати по вишој цени и остварити добит. Са друге стране, кратком позицијом се означава продаја предмета опције са очекивањем да ће цена предмета пасти, тако да ће се након извесног периода откупити по нижој цени и остварити добит²⁹.

4. Учесници

Уговор о опцији може имати три учесника. Први учесник свакако јесте продавац опције који наплаћује цену опције – премију. Други учесник опцијског уговора је купац опције, који је *по општим правилима* обавезан да плати премију (детаљније о обавези плаћања премије даље у тексту) како би му трећи учесник – брокер, опцију уступио. Дакле, брокер јесте трећи учесник опцијског уговора, који у опцијском уговору иступа као агент у извршењу трансакције³⁰.

Опција представља могућност која њиховим учесницима нуди разнбројне користи, као што су профит, ограничење ризика, итд.³¹ Институција која је основана са циљем да обезбеди поштовање услова из опцијског уговора и омогући њихово извршење јесте Корпорација за клиринг опција (*The Option Clearing Corporation*), са седиштем у Чикагу³².

21 *Ibid*.

22 М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 92.

23 *Ibid*.

24 Закон о тржишту капитала, *Службени гласник РС*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016, чл. 2.

25 М. Уковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 89.

26 С. Рудић, 56.

27 М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић 89.

28 М. Gardijan, *Strategije trgovanja opcijama*, Zagreb 2011, 313.

29 М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 91.

30 В.Богојевић Арсић, 102.

31 Више о томе вид. М. Gardijan, 312.

32 М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 118.

Комисија за хартије од вредности и берзе (SEC – *Securities and Exchange Commission*) доноси прописе на основу којих Корпорација за клиринг опција обавља клиринг по основу свих трансакција са опцијама³³. У случају да купац опције одлучи да искористи своје право, да купи или прода предмет опције, он тада даје налог свом брокеру који доставља налог за извршење опције Корпорацији за клиринг опцијама. Опције на одређени дан су успешно обезбеђене када ималац опције достави налог брокеру пре истека рока за примање инструкција за извршење опција за тај дан³⁴. У овом случају Корпорација за клиринг опцијама треба да обезбеди или предмет опције или плаћање уговореног износа брокерској фирми која заступа имаоца опције.³⁵

5. Предмет опција

Опције се према предмету могу поделити на робне и финансијске. Робне опције јесу опције које за предмет имају реалну имовину, као што је нафта, жито, памук, метали итд. Док у финансијске опције спадају опције на обвезнице, опције на берзанске индексе, опције на фјучерс уговоре и опције на свопове³⁶. Детаљније ћемо разматрати финансијске опције.

Опције на обвезнице деле се на краткорочне и дугорочне обвезнице и служе за снижење каматне стопе³⁷. Коришћењем ових обвезница купци се штите од пада вредности обвезница од датума куповине опције до датума доспећа обвезнице. Ове опције морају имати тачно одређен датум салдирања и морају бити стандардизоване³⁸.

Опције на берзанске индексе су опције чије премије имају вредности тржишног индекса и могу бити продајне и куповне. Тржишни индекси који имају мали број једноврсних хартија називају се субиндексима³⁹, док други тржишни индекси садрже диверзификовану листу акција. Врши се салдирање ових опција, а то значи да власник опције добија износ новца који одговара разлици између вредности индекса и извршне цене опције на индекс уколико је опција на добитку.

Опција на фјучерсе јесте опција која купцу даје право да прода или купи фјучерс по фиксној, односно извршној цени до утврђеног рока⁴⁰.

Опције на свопове купцу дају само право да уђе у своп трансакцију, као што је своп каматне стопе или валутни, као и робни своп. Својствено своп опцији је фиксна каматна стопа и омогућава купцу право да уђе у своп трансакцију на неки будући датум. Овај уговор углавном користе банке као и међународне корпорације да би се заштитиле од могућих промена цене робе и каматних стопа. У случају извршења своп опција постоји обавеза за размену будућих плаћања⁴¹.

6. Економска сврха опцијских уговора

Опција, као што је већ речено, јесте финансијски дериват који спада у финансијске инструменте чији предмет најчешће јесу хартије од вредности. Вредност тих хартија јесте изведена из неких примарних финансијских инструмената, робе или чак неког другог финансијског деривата⁴². С обзиром на то да унапред није познат економски резултат опцијских уговора, очевидно је да уговорне стране приступају опцијском уговору са супротним очекивањима. Опцијски уговори нуде уговорним странама могућност економске добити.

Наиме, код куповне опције купац опције очекује да ће се цена предмета опције повећати и највише што он може изгубити јесте уговорена премија коју плаћа продавцу куповне опције⁴³. Велику повољност за купца опције представља његово право избора у вези са куповином предмета опције по унапред уговореној цени. Наиме, уколико цена предмета опције порасте након закључења уговора, за купца куповне опције економску добит представља онај износ за који тржишна цена предмета опције превазилази страјк цену (наравно, кад се одузме премија ако је плаћена⁴⁴). У овом случају купац има могућност да искористи своје право из опције и предмет опције одмах прода на тржишту по тренутној тржишној цени. Уколико куповна опција буде искоришћена, позитивна разлика између цене и премије представља добит купца опције. Подразумева

33 *Ibid.*

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 С. Рудић, 57.

38 *Ibid.*

39 Другачије се називају индустријским индексима.

40 С. Рудић, 57.

41 <https://www.investopedia.com/terms/s/swaption.asp>, приступљено дана 09.01.2019.

42 S. Orsag, *Vrijednosni papiri*, Sarajevo 2003, 662.

43 S. Henderson, *Henderson on Derivatives*, London 2004, 84.

44 Вид. L. Rosen, *How to Trade Put and Call Options*, New York 1974, 20.

се да је купац изгубио премију коју је плаћао да би имао могућност опције, али ма која позитивна разлика између тржишне и страјк цене смањује његов губитак. Уколико опција не испуњава инвеститорова очекивања, односно ако цена предмета опције падне испод страјк цене, купац куповне опције ће својим пасивним понашањем пустити да опцији истекне важење, односно неће искористити своје право куповине⁴⁵.

Како би се горенаведено за куповну опцију ближе схватило, објаснићемо преко примера. Уколико се закључи опцијски уговор 30.12.2018. године са роком доспећа опције 30.06.2019. године у којем би предмет опције биле акције и уколико је страјк цена 100 динара, а уговорена премија 5 динара, онда купац опције очекује да ће на дан истека рока 30.06.2019. тржишна цена акције бити већа. Уколико је цена акције на дан истека рока 120 динара, онда ће купац куповне опције бити на добитку за 15 динара и он ће право из опције искористити, а затим ће моћи одмах да прода акцију по тренутној тржишној цени.

Продавац куповне опције у тренутку закључења опцијског уговора очекује да ће предмет опције у року доспећа бити ниже тржишне вредности него онда када је уговор закључен. Тада купац куповне опције своје право из опције неће искористити, те ће продавац бити у добитку за уговорену премију. Као што можемо закључити, најмање што он може добити закључењем опцијских уговора јесте премија, јер без обзира на опцијски уговор, ако тржишна цена предмета опције падне, та би га судбина свакако задесила.

У случају наведеног примера, продавац куповне опције би очекивао да цена акције падне, те да износи мање од 100 динара, како купац не би искористио право куповине акције. Његово очекивање није испуњено, тако да је он предмет опције предао и продао по нижој цени од тренутне цене на тржишту, али је добио премију од 5 динара. Додатно, продавац куповне опције покрива ризик повећања цене предмета опције уговореном премијом, односно његово је очекивање да се цена неће повећати више од 5 динара⁴⁶.

Код продајних опција ситуација је следећа. Купац продајне опције извући ће економску добит уколико му се остваре очекивања и цена предмета опције на тржишту буде нижа од из-

вршне цене. По извршењу опције, приступа се куповини акције по цени извршења од 100 динара по акцији. Власник продајне опције ће имати добит која се добије од разлике цене извршења и тржишне цене. Када власник продајне опције искористи право и прода акцију по цени од 100 динара, док је њихова вредност на тржишту 90 динара, тада он остварује добит од 5 динара, ако је премија износила, као у претходном примеру, 5 динара⁴⁷.

7. Правна природа опцијских уговора

Аутори који су се бавили опцијским уговорима нису сагласни по питању њихове правне природе. Са једне стране видимо како их поједини аутори дефинишу као двостранообавезне⁴⁸, док их други аутори дефинишу као једностранообавезне и све у зависности од тога да ли је обавезна премија која се даје као накнада за могућност оптирања купца опције⁴⁹. Наиме, опцијски уговори ни у једном закону нису дефинисани. Дакле, ови уговори јесу неименовани и о њима не постоји посебна одредба закона⁵⁰. То значи да се опцијски уговори закључују по принципу диспозиције странака. Њихови учесници сами одређују њихову садржину када их склапају⁵¹. Опцијски уговори који су вољом учесника уређени тако да је плаћање премије обавезно јесу двостранообавезни уговори, који подразумевају обавезу продавца опције да преда предмет опције уколико купац то право бира да искористи, док је обавеза купца опције да плати уговорену премију. Дакле, свака страна из уговора у овом случају била би обавезна на неку чинидбу⁵². Овај случај није споран у пракси, и углавном се опцијски уговори и склапају као двостранообавезни, како би свака страна била у могућности да очекује економску корист од уговора.

Поставља се питање шта се дешава ако се стране које закључују опцијски уговор споразумеју да премија, која се обично даје као накнада за оптирање, није обавезна⁵³? Ово свакако може бити уговорено, с обзиром на то да опцијски уговори, као што је већ речено,

47 Цена премије обично до 15% вредности акције. М. Унковић, М. Милосављевић, Н. Станишић, 92.

48 Z. Skaloper, J. Štajfer, 63.

49 P. Wolf, *Land Use and Abuse in America: A Call to Action*, Bloomington 2010, 54.

50 Некада је постојала посебна одредба и то у Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената.

51 J. Радишић, *Облигационо право*, Београд 2004, 137.

52 Z. Skaloper, J. Štajfer, 63.

53 J. Stephens, 133.

45 Вид. J. Reilly, 288.

46 Вид. A. Hudson, *The Law on Financial Derivatives*, London 2002, 27; J. Reilly, 288.

не спадају у именоване уговоре, те да његове битне елементе одређују уговорне стране. Другим речима, да ли ће опцијски уговор бити двостранообавезан и када не постоји обавеза купца опције да плати премију⁵⁴? Наравно, у питању је полемичка игра која може имати правне последице.

Наиме, строго језички посматрано, може се бранити став да су опцијски уговори двостранообавезни без обзира на то да ли постоји обавеза купца опције да плати премију. Наиме, оно што називамо опцијом, односно правом купца опције да одабере између куповине или продаје предмета опције, у зависности од тога која врста опције је у питању, може се исто тако назвати обавезом купца опције. Прецизније, обавеза купца опције да одабере да ли ће купити (продати) предмет опције свакако ће бити испуњена, имајући у виду да купац опције врши наведени избор и самим пропуштањем рока да купи (прода) предмет опције. Међутим, иако оваква језичка акробација може на први поглед ваљано одбрани став да је у питању двостранообавезан уговор у одсуству плаћања премије, ипак је овај став лако оборити не само игром речи, већ и тумачењем правних правила. Првенствено, рок у опцијском уговору свакако се прописује у корист купца опције, како би у одређеном периоду узео у обзир промену цене предмета опције и одлучио, у зависности од промене, да ли ће искористити своје право избора⁵⁵. Могуће је да купац опције чека последњи дан (или тачно одређени дан) рока под велом очекивања промене цене предмета опције, како би више профитирао. Дакле, рок у опцијском уговору није прописан како би се испунила наводна обавеза купца опције. Даље, а у вези са претходним, животно искуство нам показује да је немогуће увек испунити неку обавезу. Односно, у свакој обавези постоји право избора – да се обавеза изврши или да се не изврши. Немогуће је да се обавеза свакако изврши – у том случају не би се радило о обавези. Последица неизвршења обавезе јесте санкција, у зависности од обавезе. Нису у питању само законом прописане обавезе, већ и животне обавезе. Тако и једна обична обавеза да се похађају предавања на факултету има за санкцију немогућност овере семестра, што даље води неполагању испита и, најзад, необазриви студент, који је имао право

избора у погледу обавезе, остаје без факултетске дипломе. У облигационим односима неиспуњење уговорне обавезе такође повлачи одређене правне последице прописане у Закону о облигационим односима. Међутим, како је објашњено шта је обавеза, може се закључити да у опцијском уговору на страни купца опције постоји само право избора, одвојено од било какве обавезе. Да није тако, поставило би се питање каква је то обавеза која за своје неизвршење нема санкцију и која ће се у сваком случају извршити, било чињењем (куповином/ продајом предмета опције), било нечињењем (пропуштањем да протекне рок из опцијског уговора). На основу наведеног, може се закључити да опцијски уговор није двостранообавезан уколико не постоји обавеза плаћања премије на страни купца опције.

Дакле, као што се из наведеног види, опцијски уговор може бити дефинисан и као једностранообавезан уговор у коме купац опције не мора имати обавезу плаћања премије, тачније не дугује никакву противчинидбу за своје право да опцију искористи. Чак и ако се премија не уговори овај уговор неће бити ништав. Наравно, ово под условом да се опцијски уговор не квалификује као купопродајни уговор. Опцијски уговор би се квалификовао као купопродајни уговор само у случају да се посматрају опцијски уговор и главни уговор као целина, односно јединство. Тада би се уговор сматрао купопродајним са предметом опције као предметом купопродајног уговора⁵⁶. У случају такве квалификације, судбина опцијског уговора зависила би од тога да ли је у питању уговор грађанскоправног карактера или је у питању уговор у привреди. У првом случају, уговор не би имао дејство, док би у другом случају купац опције платио цену коју је продавац редовно наплаћивао у време закључења уговора, а у недостатку такве цене разумну цену⁵⁷.

Оно што је обавезно уговорити код опцијских уговора како не би били ништави, јесу битни састојци уговора. Опцијским уговорима јесте одређен макар тип уговора који ће настати вршењем права из опције, као и главне чинидбе страна (или само једне стране, уколико је у питању једностранообавезан уговор) које представљају битне састојке уговора⁵⁸.

54 Када не постоји обавеза купца опције да плати премију опцијски уговор биће бесплатан. Z. Skaloper, J. Štajfer, 75.

55 Вид. *Florida Power & Light Company, Appellee, v. Westinghouse Electric Corporation*, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/579/856/126770/>, приступљено дана 09.01.2019.

56 Z. Skaloper, J. Štajfer, 81.

57 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр 1/2003 – Уставна повеља, чл. 462.

58 Z. Skaloper, J. Štajfer, 76

Поједини аутори објашњавају да уговори који настају коришћењем права опције заправо садрже одложни услов и ступају на снагу кад купац опције искористи своје право⁵⁹. Оваква природа налази свој темељ у начелу слободе уговорања, односно изразу аутономије воље – што је свакако полазна тачка уређивања облигационих односа. У страној судској пракси такође може да се наиђе на схватање да изјава воље купца опције представља прихват понуде која изазива настанак главног уговора⁶⁰.

Опцијски уговори јесу уговори који спадају у алеаторне уговоре јер је крајњи исход давања неизвестан. Другим речима, када се закључују опцијски уговори, њихове странке не могу знати ко ће имати и колики економски добитак, односно на чији ће терет и у чију корист бити крајњи резултат ових уговора. Ово стога што предмет опције има променљиву тржишну вредност, те се та цена на тржишту може кретати у корист продавца или купца продајне или куповне опције⁶¹. Додатно, не зна се ни да ли ће купац опције искористити своје право из опције и купити га или ће остати пасиван по том питању.

Такође, можемо закључити да су опцијски уговори у правнотехничком смислу консенсуални уговори јер настају самом сагласношћу воља странака. Ови уговори неће бити ништави уколико се за настанак не тражи ништа више од те сагласности⁶².

Како се опцијски уговори могу склопити у било којој форми, редовно се они схватају као неформални уговори⁶³. Наравно, диспозицијом уговорних страна може се уговорити и другачије, тачније, опцијски уговор може бити закључен и у тачно одређеној форми. Опцијски уговори често ће се закључивати у одређеној форми како би та форма служила као доказно средство у случају настанка спора.

7.1. Опцијски уговор и предуговор

Предуговор се у закону дефинише као уговор којим се преузима обавеза да се касније закључи други, главни уговор⁶⁴. Логичким тумачењем закона, из дефиниције уговора која каже да уговор може бити како двостранообавезан, тако и једностранообавезан, а

у одсуству детаљног регулисања предуговора у закону, можемо закључити да не морају обе стране бити у обавези да касније закључе главни уговор, већ то може бити обавеза само једне стране. Тако поједини аутори сматрају да се предуговором једна страна обавезује другој, или се обе стране обавезују међусобно да склопе главни уговор⁶⁵. Из овога се може закључити да и само једна страна склапањем предуговора има право да захтева закључење главног уговора, док еквивалент таквом праву представља обавеза друге стране да закључи главни уговор.

Оваквим тумачењем видимо да је, заправо, предуговор сличан опцијским уговорима. Изјава воље којом купац опције користи своје право из опције може се схватити не само као прихват понуде – те да је уговор овим чином закључен – већ и као понуда продавцу опције, коју се продавац опције претходно обавезао да прихвати – што опцијске уговоре и предуговоре чини значајно сличним. На пример, узмимо ради лакшег разумевања да је предмет пут опције нека хартија од вредности (у даљем тексту: ХоВ). Пут опција даје право купцу опције да прода ХоВ и обавезује даоца опције да те ХоВ купи, што значи да они аутори који заступају став да постоји разлика између опције и предуговора због тога што опција даје преображајно право и да давалац опције даје унапред пристанак да закључи уговор⁶⁶, ипак не би морали по сваку цену да буду у праву, јер се јасно каже да давалац опције има обавезу да купи ХоВ, односно обавезу да закључи уговор, а ту обавезу правни субјекти преузимају и из предуговора, тако да са озбиљним аргументима може да се брани став да је опцијски уговор заправо предуговор.

7.2. Опцијски уговор и купопродајни уговор

Не изједначавају сви аутори опцијске уговоре са предуговорима. Неки виде сличност ових уговора уговорима о купопродаји. Како у купопродајном уговору нема места премији коју купац опције плаћа, опцијски уговор се не може подвести под купопродајни уговор са одложним условом. Поред тога, сврха купопродајног уговора је у трајном и дефинитивном преносу ствари или права, која не може бити испуњена код опцијског уговора. Наиме, опција се „преноси“ само за одређено време. Протеком тог времена, право опције купцу

59 Ibid, 72

60 Florida Power & Light Company, Appellee v. Westinghouse Electric Corporation.

61 Z. Skaloper, J. Štajfer, 79.

62 J. Радишић, 123.

63 Z. Skaloper, J. Štajfer, 79.

64 Закон о облигационим односима, чл. 45.

65 Z. Skaloper, J. Štajfer, 84.

66 Ibid.

опције се гаси. Другим речима, некоришћењем права опције то право престаје да постоји, односно право опције није трајно и дефинитивно пренето на купца опције, те је видљива разлика између опцијског уговора и купопродајног уговора. Додатно, опцијски уговор, као што смо претходно навели, може бити једностранообавезан, у случају да не постоји обавеза плаћања премије, док је купопродајни уговоршколски пример двостранообавезног уговора.

На основу горенаведеног у вези са разликом између опцијског уговора и других уговора, поједини аутори опцијске уговоре сврставају у *sui generis* уговоре⁶⁷. С обзиром на видљиву разлику, у зависности од предмета поређења (предуговор или купопродајни уговор), како у погледу правних последица, тако и у погледу економске сврхе уговарања, можемо закључити да опцијски уговори заиста представљају *sui generis* уговоре.

Закључак

Из рада се може издвојити неколико важних закључака. Прво, имајући у виду практични значај опцијских уговора, важно је осврнути се на различито схватање правне природе ових уговора која за собом повлачи значајне правне последице у зависности од њеног схватања. Како је опцијски уговор неименован уговор, јасно је да његове битне елементе одређују саме уговорне стране. Стога, битно је поменути да опцијски уговори могу бити једностранообавезни, ако уговорне стране не одреде плаћање премије као обавезан елемент уговора. Друго, с обзиром на неизвесност крајњег исхода давања, ови уговори спадају у алеаторне уговоре. На крају, имајући у виду сличност опцијских уговора са предуговором

и купопродајним уговором, али и значајне разлике, ипак се може закључити да су опцијски уговори *sui generis* уговори и да ће развијеност домаће привреде у будућности донети јаснију слику опцијских уговора у српском праву.

Jovana Protić

OPTION AGREEMENTS AND IT'S LEGAL NATURE(WITH SPECIAL LOOK BACK AT ITS LEGAL NATURE)

Summary

In this article we will try to define option agreement and its place in legal world. First, we will start from the notion of option agreement and its parties. After that, we will explain the basic classification of the options – call option and put option. Having in mind that domestic scholars have insufficiently explored the option agreements, the author devotes a brief amount of attention to the option classification regarding time factor on European, American and Japanese options. On the other hand, in this article we explain two ways to carry out the options – short and long position. Additionally, we explore the issue regarding the subject of the option. As it is evident that the parties of the option agreement want a profit, so they have opposite expectations related to the change in price of the subject of the option, the author connects the subject of the option with economic purpose of contracting. Since the option agreement falls under the aleatory contract, we continue with analyzing disputable legal nature of the option agreements considering similarities with pre-agreements and purchase agreements. After detailed examination and giving arguments regarding legal nature, the author underlines its importance and points to the practical significance of this issue.

Key words: option agreement, put option, call option, legal nature.

67 Z. Skaloper, J. Štajfer, 82.

КРИВИЧНА ДЕЛА ПРОТИВ ПРИВРЕДЕ

Давид Спаић*

Циљ овог рада је да прикаже одређена кривична дела против привреде у Републици Србији, приказана су пореска утаја, прање новца, фалсификовање новца и злоупотреба положаја одговорног лица. У раду се прво дефинишу основни појмови везани за тему, затим даје кратак приказ развоја кривичног законодавства у области привреде, и различита законодавна решења у домаћем праву. Међутим, сам фокус рада није развој већ тренутна законодавна решења, па се с тога анализирају већ наведена кривична дела. Кривична дела се анализирају према постојећим решењима у Кривичном закону, уз осврте на одређене недостатке који се јављају и неке проблеме са којима се сусреће у судској пракси.

Кључне речи: кривична дела против привреде, фалсификовање новца, пореска утаја, прање новца, злоупотреба положаја одговорног лица

Уводне напомене

Кривична дела против привреде налазе се у двадесет другој глави Кривичног законика. Циљ ове инкриминације јесте регулација и заштита привреде, односно привредних односа. Дакле, групни заштитни објект ових кривичних дела је привреда, то јест привредни систем земље. Привреда дефинисана као „једна од најзначајнијих области живота која подразумева различите облике повезивања у процесу производње и расподеле робе и услуга у циљу задовољавања разноврсних потреба“¹ јасно указује на то да држава има велики интерес да кроз правне норме уреди одређене сегменте привреде. Кроз нормирање привредних односа држава управо жели да заштити све привредне субјект, али и одређена начела која су од велике важности за нормално одвијање привредних односа. Међутим, поставља се питање какву привреду штити законодавац? Ово питање није од малог значаја, јер у зависности од тога какав се привредни систем

штити зависи и то каква ће кривична дела бити прописана. Овим инкриминацијама се штити тржишна привреда као облик привреде који је предвиђен и у Уставу Републике Србије (члан 82. став 1). Под тржишном привредом разумемо тржиште као институционално уређен простор унутар кога се обавља размена², која има одређене квалитете, као што су слобода предузетништва, самосталност привредних субјеката и равноправност приватне и других облика својине.

Уколико се узме у обзир то да се привреда састоји од многобројних актера који кроз међусобне односе остварују своју циљеве, можемо рећи да је простор за регулативу огroman. Управо из овог разлога је потребно да се кроз законодавну интервенцију постави један оквир којим ће се привредни односи ускладити. Кроз постављање овог оквира законодавац у ствари поставља извесна „правила игре“, па из тога можемо закључити да се овим штите не привредни односи по себи, већ услови који омогућавају слободу и равноправност привређивања, односно несметано деловање економских и тржишних механизма. Поставља се питање у којој мери законодавац треба да интервенише у привредним односима? Најлакши одговор на ово питање јесте да се најбоља интервенција она која штити интересе, како учесника на тржишту, тако и државе, а да при том не омета привредне односе и не онемогућава економски напредак. Баш из ових разлога кривична дела против привреде представљају битан сегмент неког друштва не само у националним оквирима, већ и на међународном плану. Застарело и лоше материјално кривично законодавство на овом пољу представља препреку у економском развоју неке земље, али и барикаду у сарадњи са другим државама. Односно, размена између привредних субјеката ће бити отежана.

Иако је регулација на овом пољу у непосредном интересу државе, не може се занемарити и интерес међународне заједнице и међународних организација, поготово Европске уније. С обзиром на то да наша држава тежи чланству у Европској унији, доношење нових норми које би биле у сагласности са важећим

* Студент друге године Правног факултета Универзитета у Београду

1 Зоран Стојановић, Наташа Делић, *Кривично право – посебни део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Правна књига, Београд 2017, стр. 157.

2 Борис Беговић, Мирољуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Београд 2016, стр. 45.

законодавством Европске уније значи да се и у погледу кривичних дела против привреде морају се предузети одређене нормативне активности. Како се овде ради о области која се стално мења и како се привредни односи умножавају и усложњавају државна интервенција на овом плану мора константно да прати развој свој привредног система, али и да прати догађаје на међународном плану.

Кривична дела против привреде су јако специфична по својој природи. Неки аутори сматрају и настоје да издвоје појам привредног кривичног дела. Док са друге стране постоји све јача тенденција да се ова област издвоји у посебну грану права која би у потпуности регулисала ову област³.

Управо услед ове специфичне природе кривичних дела против привреде произилази проблематика како нормирати ова кривична дела. Поставља се питање односа основног и споредног кривичног законодавства, то јест да ли кривична дела против привреде треба регулисати у оквиру Кривичног законика или неким другим законима. Уколико упоредимо решење нашег законодавца, који се одлучио да ову материју уврсти у основно законодавство и решења у неким другим правним системима, увидећемо оправданост овог питања. У већини европских законодавстава ова материја је регулисана у споредном кривичном законодавству. Узмемо за пример Швајцарску, већина кривичних дела која су код нас предвиђена као кривична дела против привреде у Швајцарском законодавству се налазе у оквиру кривичних дела против имовине, док се остатак налази у споредном законодавству. Ипак, наш Кривични законик је остао доследан традицији и прописује посебну главу кривичних дела против привреде. Међутим, ни у нашем случају Кривични законик није једини релевантан извор за кривична дела против привреде. Из свега овога није тешко закључити да је мешовито решење неизбежно⁴.

1. Историјски развој кривичних дела против привреде у нашем материјалном кривичном законодавству

У нашем законодавству кривична дела против привреде прописана су први пут у деветнаестој глави Кривичног законика ФНРЈ из 1951. године⁵. Назив главе био је „Кривична

дела против народне привреде“, што указује на то да се за разлику од данашњег Кривичног законика, није штитила тржишна већ народна привреда, односно држава је имала друге мотиве приликом инкриминације. Ова глава садржала је тридесет шест кривичних дела, нека од ових дела и данас се сматрају кривичним делима, док су нека друга, као „Повреда добровољности чланства у задрузи“ (члан 241) одговарала времену када су донета, али не и данашњим околностима. Деветнаеста глава овог Кривичног законика садржала је и нека кривична дела која данас представљају део неких других глава Кривичног законика, на пример „Незаконит лов“ (члан 247) и „Незаконит риболов“ (члан 248).

Са развојем привреде и привредних односа јавила се потреба за осавремењивањем ове области. То се и догодило доношењем Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 1959. године⁶. Овај закон доноси значајне измене у ову главу Кривичног законика. Нека кривична дела су уведена по први пут, а нека су обрисана. По први пут су уведена дела: „Проузроковање принудне ликвидације“ (члан 213а), „Оштећење поверилаца“ (члан 213б), „Злоупотреба овлашћења у привреди“ (члан 213в), „Противправно заузимање земљишта у друштвеној својини“ (члан 218а), „Неовлашћена употреба туђе фирме“ (члан 225а), „Недозвољена производња“ (члан 226а), „Неовлашћено искоришћавање туђе радне снаге“ (члан 226б), „Издавање и стављање у промет чека без покрића“ (члан 232а), „Шумска крађа“ (члан 246а) и др.

Следећи закон који је битан за ову материју био је Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 1962. године⁷, који пооштрава прописане казне, укључујући и казне за кривична дела из ове главе. Поред пооштравања казни, овај закон уводи и ново кривично дело – „Недозвољено располагање становима“ (члан 226в). Наредни закони о изменама и допунама Кривичног законика из 1965.⁸ и 1967.⁹ године не доносе промене у регулисању ове материје.

Следећи значајнији подухват законодавца на пољу нормирања кривичних дела против привреде био је Кривични закон из 1976. годи-

3 Стојановић, Н. Делић, (2017), стр. 158.

4 Стојановић, Коментар кривичног законика, Београд 2018, стр. 713.

5 Кривични законик, Службени лист ФНРЈ, бр. 13/51.

6 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени лист ФНРЈ, бр. 30/59.

7 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени лист ФНРЈ, бр. 31/62.

8 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени лист ФНРЈ, бр. 15/65.

9 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени лист ФНРЈ, бр. 15/67.

не¹⁰. Овај закон предвиђа тринаест кривичних дела у осамнаестој глави, под називом „Кривична дела против привреде и јединства југословенског тржишта“. Након доношења овог Кривичног закона било је неколико измена, од којих је најважнија она из 1993. године¹¹. Разлог за законодавну интервенцију био је у промени економских прилика у тадашњој СРЈ. Том приликом промењен је опис кривичних дела „Стварање монополистичког положаја“ и „Повреда равноправности у вршењу привредне делатности“.

1.1 Кривични законик из 2005. године

Кривични законик Републике Србије из 2005. године¹², регулише кривична дела против привреде у двадесет другој глави. Како је наше законодавство решило да ова кривична дела регулише у оквиру законика, а не у споредном законодавству, тако су у овом законiku предвиђена разноврсна кривична дела.

Међутим, Кривични законик није једини извор где се налазе ова дела, можемо рећи да ова кривична дела имају бланкетни карактер. С обзиром на то да су значајни сегменти регулисани споредним законодавством.

Текст Кривичног законика (2006) је у себи садржао двадесет три кривична дела против привреде. То су кривична дела фалсификовања новца (члан 223), фалсификовања хартија од вредности (члан 224), фалсификовања и злоупотребе платних картица (члан 225), фалсификовања знакова за вредност (члан 226), прављења, набављања и давања другом средства за фалсификовање (члан 227), издавања чека и коришћења платних картица без покрића (члан 228) пореске утаје (члан 229), кријумчарења (члан 230), прања новца (члан 231), злоупотребе монополистичког положаја (члан 232), неовлашћене употребе туђе фирме (члан 233), несавесног рада у привредном пословању (члан 234), проузроковања стечаја (члан 235), проузроковања лажног стечаја (члан 236), оштећења повериоца (члан 237), злоупотреба овлашћења у привреди (члан 238), нарушавања пословног угледа и кредитне способности (члан 239), одавања пословне тајне (члан 240), онемогућавања вршења контроле (члан 241), недозвољене производње (члан 242), недозвољене трговине (члан 243), обмањивање купаца (члан 244) и фалсифико-

вања знакова за обележавање робе, мера и тегова (члан 245).

Учинилац код већине ових дела може бити било које лице које оствари обележја дела. На плану кривице, велики део ових кривичних дела се може учинити само са умишљајем. Нехатни облик имају кривична дела прања новца, проузроковање стечаја и одавање пословне тајне.

1.2 Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године

Са законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године долазе и многе измене и у општем, и у посебном делу. Може се приметити општа тенденција у изменама у посебном делу, а то је поострење прописаних казни за поједина кривична дела, као и увођење неких нових (односно, нових облика) кривичних дела¹³.

У погледу кривичних дела против привреде, долази до поостравања запређених казни, што је у складу са намером законодавца и уводи се ново кривично дело – неуплаћивање пореза по одбитку (члан 229а). Дошло је и до промене кривичног дела прања новца, како би се ускладило са Конвенцијом Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма.

Влада Републике Србије је у образложењу које је пратило предлог Закона¹⁴, као разлоге за доношење овог закона навела:

1. Промена државноправног статуса Републике Србије и доношење новог Устава 2006. године;
2. Потписивање и ратификације одређеног броја међународних конвенција, а које захтевају увођење нових кривичних дела или промене постојећих, како би се извршиле обавезе преузете ратификацијом тих аката;
3. Преиспитивање прописаних казни за поједина кривична дела, односно поостравање у значајном броју дела, због стања криминалитета и казнене политике судова у периоду од доношења Кривичног законика (2006) до предлагања предметних измена и допуна.

10 Кривични закон, *Службени лист СФРЈ*, бр. 44/76.

11 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93.

12 Кривични законик – КЗ (2006), *Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05 – испр. и 107/05 – испр.

13 Божовић М., *Мастер рад из кривичног права – Кривична дела против привреде у Кривичном законiku Србије – стање и перспективе*, Београд 2017, стр. 18.

14 Влада Републике Србије, Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=101854 24.04.2018.

Наведеном интервенцијом законодавац је прописао теже казне за следећа кривична дела – фалсификовање новца (члан 223), фалсификовање хартија од вредности (члан 224), фалсификовање и злоупотреба платних картица (члан 225), прављење, набављање и давање другом средстава за фалсификовање (члан 227), пореска утаја (члан 229), злоупотреба монополистичког положаја (члан 232) и одавање пословне тајне. Намера законодавца није ишла само у смеру пооштравања казни већ је дошло и до извесних промена у оквиру појединачних кривичних дела против привреде. Као што је то случај са кривичним делом фалсификовања хартија од вредности (члан 224), кривичног дела несавесног рада у привредном пословању (члан 234), кривично дело злоупотребе овлашћења у привреди (члан 238) и др.

Из свега приложеног можемо закључити да се намера законодавца била да пооштравањем казни путем Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године изврши утицај на судску праксу. Циљ је био да се изричу строжије казне за учиниоце појединих кривичних дела. Поставља се питање да ли је интервенција законодавца у овом правцу оправдана?

Законодавац је у овом случају ишао супротно од тенденција у савременом кривичном законодавству. Савремено кривично законодавство иде ка смањивању инкриминација и ублажавању казни. У том погледу није јасно зашто је законодавац ишао у супротном смеру који би представљао корак уназад. Поред овог, постоји и проблем што се законодавац удаљио од судске праксе. Наиме, судска пракса је ишла у том правцу да не примењује одређене инкриминације. Стога, није сасвим јасно зашто се ишло у супротном смеру. Поред овога није могуће ни разумети увођење апсолутне забране ублажавања казне код појединих кривичних дела¹⁵.

Побуда за овакву промену казнене политике може се наћи у „пунитивном популизму“¹⁶. Овај појам се односи на ситуацију где држава под притиском шире јавности доноси разне казнене одредбе, не би ли на тај начин удовољила јавном мњењу. Таква ситуација може довести до доста проблема. Један од тих јесте

управо горепоменуто разилажење закона и судске праксе. Међутим, ова појава није карактеристична само за наше материјално кривично законодавство, већ представља једну општу појаву и у свету.

1.3 Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 2012. године

Нова законодавна интервенција долази 2012. године, доношењем Закона о изменама и допунама Кривичног законика¹⁷. Овај закон ступио је на снагу 15. априла 2013. године.

Разлози за доношење овог закона су, у неку руку, слични претходним. У образложењу Владе¹⁸ наводи се да су измене и допуне потребне из више разлога. Ратификацијом међународних уговора, створених чланством у Савету Европе, створене су одређене обавезе, пут ка чланству у Европској унији, као и усаглашавање нашег са европским законодавствима.

За разлику од претходне законодавне интервенције, која је ишла контра тенденцијама савременог кривичног законодавства, ова интервенција представља корак у правом смеру. Овакве измене и допуне су биле и очекиване као последице чињеница да је Република Србија преузела на себе обавезе усаглашавања прописа са Европском унијом.

У погледу кривичних дела против привреде, дошло је до неколико промена. Дошло је до промене описа кривичног дела неуплаћивања пореза по одбитку (члан 229а). Уместо кривичног дела несавесног рада у привредном пословању, уводи се кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица (члан 234). Уведено је ново кривично дело, злоупотреба у вези са јавном набавком (члан 234а). Ради усаглашавања са Законом о метрологији¹⁹ у члану 245 мења се назив дела из „Фалсификовање знакова за обележавање робе, мера и тегова“ у „Фалсификовање знакова, односно државних жига за обележавање робе, мерила и предмета од драгоцених материјала“.

1.4 Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године

Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године²⁰ дошло је до већих измена у погледу кривичних дела против при-

15 М. Божовић, 20.

16 Б. Ристивојевић, „Пунитивни популизам“ српског законодавца – критичка анализа тзв. Маријиног закона, *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Педесето саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор-Београд 2013, стр. 319.

17 Закон о изменама и допунама Кривичног законика – ЗИД КЗ 2012, *Службени гласник РС*, бр. 121/12.

18 Влада Републике Србије, Закон о изменама и допунама Кривичног законика, http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.php?id=175502, 24.04.2018.

19 Закон о метрологији, *Службени гласник РС*, бр. 30/10.

20 Закон о изменама и допунама Кривичног законика – ЗИД КЗ 2016, *Службени гласник РС*, бр. 94/16.

вреде. Иако је у том тренутку материјално кривично законодавство Републике Србије било на задовољавајућем нивоу, било је потребно да дође до измена у погледу ове главе Кривичног законика. У самом предлогу Закона о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године стоји да су измене у овој глави нужне. Циљ законодавне интервенције био је, не само модернизација и усаглашавање са европским кривичним законодавством, већ и решавање одређених проблема до који је дошло у судској пракси.

Предвиђају се три нова кривична дела против привреде. То су – кривично дело преваре у обављању привредне делатности (члан 223), злоупотреба поверења у обављању привредне делатности (члан 224а) и злоупотреба у поступку приватизације (члан 230а). Овде је битно напоменути да једино кривично дело злоупотребе у поступку приватизације ново кривично дело. Друга два су већ била предвиђена у глави кривичних дела против привреде, већ имовине. Поред ова два кривична дела и кривично дело преваре у осигурању постаје део главе којом су регулисана кривична дела против привреде.

2. Осврт на поједина кривична дела

2.1 Фалсификовање новца

Кривично дело фалсификовања новца као објект заштите има регуларност монетарног система²¹. Сасвим је јасно зашто законодавац инкриминише фалсификовање новца. Новац има неколико функција, а то су размена, обрачунско средство, средство за чување вредности и платежно средство²². Сва кривична дела фалсификовања која се налазе у овој глави су јако слична у погледу бића, односно, сва кривична дела су прописана по угледу на кривично дело фалсификовања новца²³. Основна функција новца јесте размена, односно новац је средство на тржишту. У склопу обавља функције као средства размене, новац се јавља као платежно средство. Приликом размене у интересу обе стране јесте да се не ради о лажном, већ новцем који има покриће. Друга функција новца јесте што је он мера вредности, он омогућава да се различите вредности искажу на јединствен начин. Трећа функција новца је чу-

вање вредности, то јест пренос куповне моћи из садашњости у будућност. Постоје две врсте новца, прва врста је готов новац у оптицају, а друга депозитни новац. Чланом 112 Кривичног законика из 2006. године новац је дефинисан као метални и папирни новац или новац израђен од неког другог материјала који је на основу закона у оптицају у Републици Србији или у другој држави. Овде је битно напоменути да се под новцем сматрају и новчанице које више не важе као редовно средство плаћања, али се и даље могу заменити за неку другу валуту која је у оптицају (АС у Београду Кж. 1 4145/13).

Постоји више облика овог кривичног дела, основни, лакши, тежи и два привилегована облика. Основни облик је прописан у ставу 1. и подразумева прављење лажног новца у намери стављања истог у оптицај као правог, односно преиначење новца у истој намери. Дакле, радња основног облика је прописан алтернативно, или као прављење, или као преиначење. Под овим се тражи да фалсификат личи на прави новац, односно да се не разликује. По питању степена сличности лажног са правим новцем, довољно је да се на основу сличности може употребити као прави (ОС у Београду Кж. 285/97 и ВСС Кж. 10/07).

Извршилац овог кривичног дела може бити било које лице. На плану кривице захтева се директни умишљај и одговарајућа намера.

Став 2. предвиђа лакши облик који се састоји у прибављању лажног новца у намери стављања истог у оптицај као правог, односно стављање у оптицај лажног новца. Као и код основног облика, радња извршења је постављена алтернативно. Извршилац може бити било које лице. Субјективну страну кривичног дела чини директни умишљај, који треба да обухвати и свест о томе да се ради о лажном новцу. За ово кривично дело није потребно да је лажан новац стављен у оптицај, довољна је и намера да се то уради²⁴. Дакле, код учиниоца мора да постоји намера да се лажни новац стави у оптицај (ВСС Кж. 1519/03).

Тежи облик овог дела садржан је у ставу 3. и постоји ако је направљен, преиначен, стављен у промет или прибављен лажан новац у износу који прелази милион и петсто хиљада динара, односно одговарајући износ у другом новцу. Дакле, количина новца представља квалификаторну околност. Ова околност мора бити обухваћена умишљајем учиниоца. У овом случају није релевантно колика је имовинска корист коју остварује учинилац, већ само номинална вредност лажног новца (АС у Београду Кж. 1 12/11).

24 3. Стојановић, (2018), стр. 774.

21 3. Стојановић, Н. Делић (2017), стр. 171.

22 Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, *Економија за правнике*, Београд 2016, стр. 84.

23 Наташа Делић, „Кривична дела фалсификовања у КЗС“, *Казнена реакција у Србији III део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2013, стр. 118.

Став 4. предвиђа и два привилегована облика. Први се састоји у томе када неко прими лажан новац као прави, па сазнавши да је лажан, стави тај новац у оптицај, а други облик постоји када неко зна да је начињен лажан новац или зна да је лажан новац стављен у оптицај, па то не пријави. За оба облика извршилац може бити било које лице. Међутим, што се тиче субјективне стране кривичног дела у првом облику захтева се директни умишљај, а у другом директни или евентуални умишљај.

2.2 Пореска утаја

Кривично дело пореске утаје као заштитни објект има „обавезе које се односе на плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, односно фискални систем као део система јавних прихода“²⁵. Држава има интерес да од пореских обвезника наплати порезе и друге дажбине, у толикој мери да је обавеза плаћања пореза предвиђена и Уставом Републике Србије (члан 91. став 2). Пореска утаја припада фискалним деликтима, и као таква основни циљ је да обезбеди извршавање материјалних обавеза у корист државе²⁶.

Осим одредаба кривичног законодавства, пореска кривична дела су регулисана и споредним законодавством. На првом месту то је Закон о пореском поступку и пореској администрацији²⁷. Дакле, ово кривично дело има бланкетни карактер. Седми део поменутог закона, по називом „Казнене одредбе“, прописује и нека друга кривична дела. Нека од тих дела су: неуплаћивање пореза по одбитку, неосновано исказивање износа за повраћај пореза и порески кредит, састављање или подношење фалсификованог документа од значаја за опорезивање, угрожавање наплате пореза и пореске контроле и др.

Пореска утаја има три облика, основни и два тежа. Основни облик чини онај ко у намери да потпуно или делимично избегне плаћање пореза, доприноса или других дажбина даје лажне податке о стеченим приходима, о предметима или другим чињеницама које су од утицаја

на утврђивање оваквих обавеза или ко у истој намери, у случају обавезне пријаве, не пријави стечени приход, односно предмете или друге чињенице које су од утицаја на утврђивање оваквих обавеза или ко у истој намери на други начин прикрива податке који се односе на утврђивање наведених обавеза, а износ обавезе чије се плаћање избегава прелази петсто хиљада динара. Из овога видимо да је радња извршења постављена алтернативно. Прва радња извршења јесте давање лажних података, друга се састоји у непријављивању и трећа прикривање података на неки други начин.

Новим Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2016. године промењен је законски опис пореске утаје. Према раније важећем опису стајало је да се дају лажни подаци о законито стеченим приходима. Међутим, неопходно је да се опорезују законито стечени приходи. Уколико се одобри опорезивање илегално стечених прихода, тиме би се одобрили основи њиховог стицања²⁸. Овом изменом судској пракси је доста олакшано доказивање овог кривичног дела. Поред ове измене, промењен је и објективни услов инкриминације, раније је износ чије се плаћање избегава био преко сто педесет хиљада динара, а након измена износи петсто хиљада динара. Овај износ односи се на једну календарску годину (ВКС Кзз. 56/11 и АС у Нишу Кж.1 1152/13).

Кривично дело се остварује самим предузимањем радње извршења, не захтева се да је учинилац успео у својој намери, то јест није потребно да је извршилац избегао обавезу плаћања (ОС у Београду Кж. 3441/06).

Извршилац ово кривичног дела може бити било које физичко лице које има пореску обавезу, или обавезу плаћања било које друге дажбине, као и лице које испуњава пореске обавезе или било које друге дажбине као заступник неког лица.

У погледу кривице захтева се постојање директном умишљаја и намере да се избегне плаћање пореза, доприноса или других дажбина (АС у Београду Кж.1 2251/10). Умишљај не мора да обухвати износ обавезе, пошто се ради о објективном услову инкриминације. Сам износ се односи на једну календарску годину. Намера се утврђује у сваком појединачном случају, на основу свих конкретних објективних околности.

У погледу тежих облика пореске утаје ради се о томе да је објективни услов инкриминације, износ обавезе у овом случају, већи у од-

25 М. Вићентијевић, Пореска кривична дела, http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/Bilteni/VrhovniSud/bilten_2008-2.pdf, 26.04.2018.

26 Мирко Кулић, *Пореска утаја и кријумчарење*, Београд 1999, стр. 102.

27 Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80/02, 84/02, – испр. 23/03 – испр. 70/03, 55/04, 85/05 – др. закон, 62/06 – др. закон, 63/06 – испр. др. закона, 61/07, 20/09, 72/09 – др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 – испр. 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 91/15 – аутентично тумачење, 112/15 и 15/16.

28 З. Стојановић, (2018), стр. 732.

носу на основни облик. У ставу 2. захтева се да се избегава обавеза плаћања износа од преко милион и петсто хиљада динара. Док став 3. прописује износ од седам милиона и петсто хиљада динара.

Код овог кривичног дела могућа је примена конструкције продуженог кривичног дела, уколико су испуњени законом прописани услови (члан 61. Кривичног законика).

2.3 Прање новца

Прање новца је активност којом се настоје легализовати приходи остварени вршењем криминалних радњи²⁹. Међутим, прање новца је шири проблем који је везан за сузбијање криминалитета у целини³⁰. Интерес за сузбијањем овог кривичног дела јавља се све више у новије време. Међународна заједница кроз усвајање неколико међународноправних аката покушава да се бори против прања новца. Најважнија на том плану јесте Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом из 1990. године (Стразбуршка конвенција), наша земља је ову Конвенцију ратификовала 2002. године³¹. Док се у нашем кривичном законодавству ово дело први пут увело кроз Закон о спречавању прања новца³² из 2003. године, а данас важећи закон на том пољу јесте Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма из 2009. године³³.

Ово кривично дело има неколико облика, основни, два тежа и привилеговани облик. Основни облик овог кривичног дела чини онај ко изврши конверзију или пренос имовине, са знањем да та имовина потиче од криминалне делатности, у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, или прикрије или лажно прикаже чињенице о имовини са знањем да та имовина потиче од криминалне делатности, или стекне, држи или користи имовину са знањем, у тренутку пријема, да та имовина потиче од криминалне. Дакле, радња извршења може се оства-

ри на три начина, конверзијом или преносом имовине, прикривањем или лажним приказивањем чињеница о имовини и стицањем, држањем или коришћењем имовине. Уколико је извршен привредни преступ или прекршај, не може се говорити о извршењу овог кривичног дела³⁴.

Битно је напоменути да се законодавац свесно служи термином који није довољно прецизан и који представља више криминалошки него кривичноправни појам³⁵. Уколико се уместо појма криминална делатност искористи појам кривичног дела, могуће је да дође до тога да судска пракса захтева претходну правоснажну осуђујућу пресуду за кривично дело.

Објект радње у овом кривичном делу је имовина која потиче од криминалне делатности. Поставља се питање шта тај појам обухвата? За разлику од Конвенције о прању, тражењу заплени и конфискацији прихода стечених криминалом који овај појам схвата најшире, наш Закон о спречавању прања новца посебно одређује појам новца, а посебно имовине. На тај начин закон као да сматра да појам новца није укључен у појам имовине. Међутим, овде се не ради о било каквој имовини, већ је потребно да она испуни један услов. Тај услов јесте да она потиче од криминалне делатности. За утврђивање ове чињенице није потребно да постоји правоснажна пресуда.

На субјективном плану овог кривичног дела тражи се умишљај. Иако умишљај то под себе обухвата законски текст садржи и захтев да постоји знање о томе да је имовину настала из вршења криминалне делатности. Извршилац овог кривичног дела може бити било које лице.

Тежи облик предвиђен у ставу 2. тражи да је износ имовине или новца преко милион и петсто хиљада динара, што представља квалификаторну околност. Разлика између овог, тежег, и основног облика је квантитативна, јер оба облика садрже иста обележја.

Став 4. предвиђа најтежи облик овог кривичног дела који је предвиђен је када је основни (став 1) или тежи облик (став 2) учињен у саставу групе. Појам групе одређује Кривични законик у члану 112. став 22³⁶.

34 Н. Делић (2014), стр. 72.

35 З. Стојановић, (2018), стр. 789.

36 „Група је најмање три лица повезаних ради трајног или повремених вршења кривичних дела која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континитет чланства или развијену структуру.”

29 С. Косорић, „Прање новца”. *Зборник Правног факултета Универзитета у Источно Сарајеву*, Источно Сарајево 2008, стр. 270.

30 З. Стојановић, (2018), стр. 788.

31 *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/02 и *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 18/05.

32 Закон о спречавању прања новца, *Службени лист СРЈ*, бр. 53/03.

33 Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма, *Службени гласник РС*, бр. 20/09, 72/09 и 139/14.

Предвиђен је и нехатни односно привилеговани облик који ће постојати када не постоји знање, о томе да се ради о новцу или имовини који представљају приход остварен кривичним делом. Овде се може радити само о несвесном нехату, јер уколико би постојала свест или знање о пореклу новца или имовине, нехат би био искључен. Код овог кривичног дела у погледу предмета увек долази до конфискације, односно новац и имовина се одузимају. У овом случају ради се о мери безбедности одузимања предмета.

2.4 Злоупотреба положаја одговорног лица

Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2012. године, декриминализовано је кривично дело несавесног рада у привредном пословању и уместо њега уведено је кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица. Генеза овог кривичног дела везана је за кривично дело злоупотребе службеног положаја³⁷. Ово ново кривично дело, које је веома слично кривичном делу злоупотребе службеног положаја имало је за циљ да се направи разлика између службеног и одговорног лица. Разлика се састоји у томе што се ради о другачијим субјектима, који поседују различита овлашћења. Па тако, службено лице носи овлашћења у органима управе, док је одговорно лице носилац овлашћења привредног пословања. Најновијом законодавном интервенцијом из 2016. године, унета је једна битна новина, а то је законски супсидијаритет овог кривичног дела. Под законским супсидијаритетом разумемо да ће ово кривично дело постојати само уколико радњом није остварено биће неког другог кривичног дела.

У погледу радње извршења постоје три начина да се ово кривично дело изврши. То су искоришћавање свог положаја или овлашћења, прекорачење граница свог овлашћења или невршење своје дужности. Ове радње извршења су исте као и код кривичног дела злоупотребе службеног положаја. Код прве радње извршења искоришћавања свог положаја остаје се у домену овлашћења, али се та овлашћења користе ради остварења неког другог циља, односно долази до злоупотребе у субјективном смислу. Прекорачење граница овлашћења за разлику од прве радње извршења подразумева да је лице изашло из оквира својих овлашћења. Овде није од значаја да ли је он прекорачио

своја или овлашћења која су поверена неком другом лицу. Последња радња извршења, невршење дужности, односи се на ситуацију када одговорно лице пропушта да предузме неке радње које је дужан да предузме.

Као последица узима се да је прибављена противправна имовинска корист, себи или неког другог лицу, без обзира на то да ли се ради о физичком или правном лицу, или да је другогме начињена штета. Неопходно је постојање нужне везе између последице и предузете радње, као и то да је имовинска корист стечена противправно, пошто циљ привредне делатности и јесте стицање имовинске користи.

На субјективном плану, релевантан облик кривице је умишљај. Учиница ово кривичног дела умишљајем мора обухватити и радњу извршења и последицу. Поред овога потребна је и свест да се прибавља нека противправна имовинска корист или свест да се некоме наноси имовинска штета. Извршилац је одговорно лице, а појам се одређује у члану 112. став 5.

Поред основног, дело има и теже и најтежи облик. Разлика у овим облицима није у другачијем бићу кривичног дела, већ се састоји у разлици у износу прибављене имовинске користи, која је објективни услов инкриминације. Па је тако за тежи облик потребно да се ради о износу преко четиристо педесет хиљада динара, док је за најтежи облик потребно да износ прелази милион и петсто хиљада динара. Подразумева се да је имовинска корист у овом случају стечена противправно, у супротном било која привредна делатност којом би се стекла имовинска корист у овим износима би представљала кривично дело.

3. Кривична одговорност правних лица

Закон о одговорности правних лица за кривична дела из 2008. године³⁸ уређује питање одговорности правних лица, односно одговорност одговорног лица. Само правно лице не може одговарати за неко кривично дело, па се његова одговорност мора извести из кривице одговорног лица. Међутим, задржана је подела деликтних радњи правних лица на прекршаје, привредне преступе и кривична дела³⁹. Закон уводи модел изведене, субјективне и кумула-

38 Закон о одговорности правних лица за кривична дела – ЗОПЛ, *Службени гласник РС*, бр. 97/08.

39 Горан Илић, *Одговорност правних лица за кривична дела*, <http://ius.bg.ac.rs/prof/materijali/iligor/kaznena%20odgovornost%20i%20preksajno%20pravo/G.P.Ilic.Predgovor.Z.OPL.kd.pdf>, 09.05.2018.

37 Наташа Делић, *Нова решења у посебном делу КЗ*, Београд 2014.

тивне одговорности правних лица за кривична дела⁴⁰. Сам појам одговорног лица дат је у члану 5. став 2, то је физичко лице које је правно или фактички поверен одређени круг послова у правном лицу, као и лице које је овлашћено или за које се може сматрати да је овлашћено да поступа у име правног лица.

Општим делом Кривичног законика из 1947. године, по први пут у нашем законодавству превиђена је одговорност правних лица за кривична дела. Каснијим Законом о привредним преступима из 1977. године⁴¹ уведен је привредни преступ као посебан тип казнене одговорности. За разлику од других кривичних законодавстава који су познавали казнену или прекршајну одговорност за учињене преступе.

Разлог инкриминације ових дела лежи пре свега у потребама времена. За развојем привреде, и потенцијала правних лица да начине штету долази до потребе да се одређена понашања правних лица инкриминишу, то јест „долази до значајнијих могућности за друштвено штетно деловање правних лица, те је било природно да држава реагује казним прописима“⁴². Међутим, на том плану постоје извесне препреке. Пре свега, то су нека основна начела кривичног права као начело субјективне индивидуалне одговорности, као и неприхватљивост колективног кажњавања⁴³. Ипак, у овој области могуће је пронаћи извесна решења.

Закон о одговорности правних лица је дводелан, у првом делу садржане су одредбе материјалноправног, а у другом процесноправног карактера. Према члану 2. овог закона правна лица могу да одговарају за кривична дела како из посебног дела Кривичног законика, тако и из других закона. Одговорна могу бити како домаћа, тако и страна правна лица. Закон искључује одговорност Републике Србије, аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе. Такође, правним лицима којима је дато да врше одређена јавна овлашћења не могу одговарати. Као санкције прописане су казна (новчана казна и престанак правног лица), условна осуда и мере безбедности (забрана оба-

вљања одређених регистрованих делатности или послова, одузимање предмета, јавно објављивање пресуде). Што се тиче самог кривичног поступка против правног лица, поступак је јединствен и води се и против правног лица, и против одговорног лица⁴⁴ и доноси се једна пресуда. Сам поступак покреће јавни тужилац. Уколико се ради о кривичном делу за које је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године, јавни тужилац може одбацити кривичну пријаву.

Закључак

Привреда и привредни односи су области које су незахвалне за регулисање. Како због њихове динамике, тако и због сложености односа између привредних субјеката. Зато се сваки законодавац налази пред тешким задатком када су ови прописи у питању. До промена у привредном пословању долази стално и долази до нових понашања за која треба утврдити да ли представљају опасност по друштво. Управо из тог разлога се стиче утисак да сва законодавства „јуре“ да сустигну промене које се одвијају у оквиру привреде. Док са друге стране, економска реалност не дозвољава да држава у потпуности преузме управу над привредом. У том погледу законодавац честим интервенцијама у Кривичном законiku, настоји да сузбије вршење кривичних дела, са једне стране прописујући строже казне, а са друге прописивањем нових кривичних дела. Међутим, овај циљ законодавац не остварује само кроз интервенције у Кривичном законiku, већ и кроз споредно законодавство, што је и учињено у Закону о одговорности правних лица.

Што се тиче нашег кривичног законодавства, иако постоје јасне тенденције ка унапређењу и изналагању бољих решења, намера Републике Србије није постигнута у очекиваној мери⁴⁵. Иако је долазило до честих интервенција на овом пољу кроз измене и допуне, нису се обезбедиле нормативне претпоставке за делотворнију борбу са кривичним делима против привреде⁴⁶. Допринос томе даје и лоша економска ситуација у земљи, и генерално одсуство свести о последицама противправног деловања у привреди⁴⁷.

40 *Ibid.*

41 Закон о привредним преступима, *Службени гласник СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77 – испр, 14/85, 10/86 (пречишћен текст), 74/87, 57/89 и 3/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 28/96 и 64/01 и *Службени гласник РС*, бр. 101/05 – др. закон.

42 М. Божовић, 47.

43 Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правни факултет Универзитета у Београду, Правна књига, Београд 2017, стр. 206.

44 Члан 35. Закона о одговорности правних лица за кривична дела у ставу 2. и 3. предвиђа изузетке од овог правила.

45 М. Божовић, 58.

46 *Ibid.*

47 *Ibid.*

Решења која доноси законодавац су ограниченог домаћаја и не могу у потпуности решити све проблеме који су везани за криминалну делатност у привреди. Међутим, остаје да се кроз даљу анализу и праћење развоја догађаја види у ком правцу ће се привредни живот развијати, и какав утицај на њега има криминална политика. На тај начин ће се најбоље сазнати какве интервенције су потребне ради боље заштите привреде.

Давид Снаућ

ECONOMIC CRIMES IN SERBIAN CRIMINAL SYSTEM(LAW)

The main goal of this paper is to showcase specific offences against economic interests in the Republic of Serbia`s Criminal Code – counterfeiting money, tax evasion, money laundering and abuse of authority. This paper first defines the basic terms related to the subject, then proceeds to show a brief overview of regulation concerning offences against economic interest in Serbian Criminal Law, and various solutions that it provided. However, the main focus isn`t the history but the present day law regarding the matter. The offences are analyzed as they are on the day of writing, and difficulties that come from such solutions are also mentioned, as well as court practice.

Key words: offences against economic interest, counterfeiting money, tax evasion, money laundering, abuse of authority

ОДГОВОРНОСТ СКЛАДИШТАРА У СРПСКОМ ПРАВУ

Тијана Ковачевић и Михајло Јовичић

Циљ овог рада је да да прикаже стање у домаћем законодавству и домаћој судској пракси по питању одговорности складиштара за испуњење обавеза из трговинскоправног уговора о складиштењу. Ово питање представља изузетно занимљиву и недо-вољно истражену област трговинског права која обилује специфичностима и одређеним неконзистентностима. Посебан значај складишног посла долази до изражаја у модерној привреди и њеним захтевима за брзим, сигурним правним прометима, са што мање трошкова и потенцијалних спорова. У таквим околностима, уз сав технички и технолошки напредак, штета је и даље неминовност. Често није лако утврдити односно прецизирати обавезу складиштара, а још мање правну природу и обим његове одговорности. Узимајући у обзир глобалну повезаност и убрзани развој међународне трговине, рад ће анализирати и одговарајућа решења из упоредног права. Како је у Републици Србији на снази пропис стар 40 година, а како је у току израда новог Грађанског законика, логично је да се рад осврне и на решења предложена у њему и да на крају као синтезу свега аутори покушају да дају допринос решавању овог питања својим закључком.

Кључне речи: уговор о ускладиштењу, складиштар, правна природа, одговорност, субјективна одговорност, објективна одговорност.

Увод

Посао ускладиштења има јако дугу традицију која датира још из раног средњег века. Међутим, у том периоду ускладиштење је било акцесорног (споредног) карактера, слабог привредног значаја, што је имало за последицу одсуство постојања детаљније законске регулативе. Први трговачки закони широм Европе нису уређивали уговор о ускладиштењу у меру у којој је то било потребно. Из истог разлога, се у ранијој правној литератури истицало да специјализовани трговци који обављају складишни посао, углавном, појављују крајем 18 века и почетком 19 века, јер тек тада складишни посао добија већи привредни значај.¹ То је праћено првим „јачим законодавним та-

ласом“ који је са простора Енглеске, која је тада била водећа поморска сила и главни трговачки центар, проширује и на остале државе. У Француској је 1848. године донет закон којим је регулисан положај јавних складишта који је од момента доношења претрпео бројне измене. Нешто детаљнији су били аустријски Закон о јавним складиштима из 1889. године и немачки Трговачки законик из 1897. године који су посао складиштара уредили као самостални посао трговинског права.

Ни наша земља није заостајала у том погледу. Први закон који је систематично уредио ову материју био је Закон о подизању и обртовању јавних складишта и о складишницама које су она издала из 1889. године.² Након формирања заједничке државе, 1930. године је усвојен Закон о јавним складиштима³ по узору на поменути аустријски Закон о јавним складиштима из 1889. године. Након Другог светског рата уследило је доношење Грађанског законика РСФСР од 1964.⁴ који је био основни извор целокупног грађанског права. Временом се схватило да је материја облигационог (уговорног) права веома опсежна и разноврсна, што је резултирало њеним издвајањем од осталих делова грађанског права и засебном кодификацијом. Задатак израде посебног закона који би уређивао ту материју био је поверен професору Михаилу Константиновићу који је после дужег времена објавио дело под називом „Скица за Законик о облигацијама и уговорима“. То је била добра подлога за каснију израду нацрта Закона о облигационим односима⁵ и каснијег усвајања коначног текста Закон о облигационим односима⁶ који детаљно уређује уговор о ускладиштењу па самим тим и одговорност складиштара.

2 Закон од 28. 4. 1889. године (Л. Др. 3. бр. 64).

3 Закон о јавним складиштима (Службене новине, бр. 200), од 3.9.1930. године.

4 Више о овом законнику види: Јаков Радишић, *Грађански законик РСФСР од 1964*, Институт за упоредно право, Београд, 1965, стр. 20.

5 Јаков Радишић, *Облигационо право – општи део*, девето измењено и допуњено издање, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 14.

6 Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља; у даљем тексту: ЗОО)

1 Владимир Капор, Славко Царић, *Уговори робног промета*, Научна књига, Београд, 1990, стр. 262.

1. Појам и основне карактеристике уговора о ускладиштењу

Закон о облигационим односима уговор о ускладиштењу⁷ дефинише кроз призму уговорних страна и њихових основних обавеза. Па тако, се уговором о ускладиштењу обавезује складиштар да прими и чува одређену робу и да предузме потребне или уговорене мере ради њеног очувања у одеђеном стању, те да је преда на захтев оставодавца или другог овлашћеног лица, а оставодавац се обавезује да му за то плати одређену накнаду⁸. Уговорне стране су дакле оставодавац и складиштар. Складиштар је уговорна страна која пружа карактеристичну престацију. Оставодавац може бити физичко или правно лице, које не мора бити власник ствари, и од њега зависи правна природа уговора о ускладиштењу. Ако је оставодавац привредни субјект који са складиштарем закључује уговор у оквиру свог предмета пословања или у вези са делатностима које чине предмет његовог пословања, овај уговор ће се третирати као уговор у привреду тј. двострани трговински уговор, јер су обе уговорне стране трговци. Ако са складиштаром уговор закључује потрошач, онда ће се такав уговор квалификовати као потрошачки уговор, чиме се складиштару намећу додатне обавезе с обзиром да закључује уговор са економски слабијоми недовољно информисаном страном коју законодавац тежи да заштити⁹. Сви остали уговори које се не могу сврстати ни у једну од претходне две групе, а које закључује складиштар са оставодавцима биће третиран као грађанскоправни уговори о ускладиштењу¹⁰.

Предмет уговора о ускладиштењу могу бити само покретне ствари, најчешће је реч о замениљивим стварима мада могу бити и незамењиве, потрошне или непотрошне, осим новца и хартија од вредности који се чувају у судском депозиту. Предмет уговора о ускладиштењу не могу никако бити непокретне ствари¹¹. Како предмет уговора могу бити и опасне ствари,

може се поставити питање постајање и деликтне одговорности складиштара.

У нашем предратном праву било је много више извора који су уређивали ову материју. Након Другог светског рата донете су Опште узансе за промет робом¹², које ће се примењивати ако су стране изричито уговориле њихову примену као и у оним питањима која нису регулисана Законом о облигационим односима, који данас представља најважнији извор. Поред њега, ову материју уређују и Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе¹³ и Царински закон¹⁴, који се примењује на специфичну врсту складишта-царинска складишта.

У Немачкој, уговор о ускладиштењу је регулисан поменути Општим трговачким законом (нем. *Handelsgesetzbuch*), у Аустрији такође (нем. *Unternehmensgesetzbuch*), док је у Италији и Француској овај уговор регулисан грађанским законима (итал. *Codice civile* и фран. *Code civil*)¹⁵, док је на међународном нивоу то учињено Конвенцијом ОУН о одговорности оператера транспортних терминала у међународној трговини која још увек не производи правна дејства. Већ овде можемо приметити да нека права овај уговор дефинишу посебним трговачким законима, а нека општим грађанским законима, из чега се јасно може видети чињеница да је закон о ускладиштењу заправо трговинскоправни облик уговора о остави од кога је и настао¹⁶. Заправо, може се рећи да је ускладиштење „остава у привредни односима“¹⁷, због чега не чуди да се одредбе о односима из уговора о ускладиштењу налазе одмах после одредаба којима се регулише уговор о остави као и чињеница да се на уговоре о ускладиштењу сходно примењују правила угора о остави, уколико правилима о ускладиштењу није другачије регулисано¹⁸. Питање

7 Ускладиштење је термин који користи законодавац, мада се у литератури често среће и уговор о складиштењу.

8 ЗОО, чл.730. На сличан начин: немачки Трговачки законик (нем. *Handelsgesetzbuch*) у § 467.ст. 1. и 2. у којима стоји да се уговором о ускладиштењу складиштар обавезује ускладиштити и чувати робу, а оставодавац платити договорену накнаду.

9 Види: Закон о заштити потрошача (Службени гласник РС, бр. 63/14, 6/16– др. закон и 44/18-др. закон).

10 Вук Радовић, Недостајући концепт јавног складиштара, *Право и привреда*, бр.7–9/2012, стр. 81.

11 Слободан Перовић, *Облигационо право-књига прва*, Београд 1990, Београд 2016¹⁵, стр. 163.

12 Опште узансе за промет робом (Службени лист ФНРЈ, бр. 15/1954).

13 Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе (Службени гласник РС, бр. 41/2009; даље у фуснотама: ЗЈСПП).

14 Царински закон (Службени гласник РС, бр. 18/10, 11/12, 108/16 и 113/17).

15 D.E. Murray, „Liability of Warehousemen for Loss and Damage to Goods: a Comparative View“, 16 U. Miami Inter-American Law Review, Miami 1985, стр. 488 и 491.

16 М. Васиљевић, *Трговинско право*, петнаесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 164.

17 Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, књига друга, Савремена администрација, Београд, 1995, стр. 1265.

18 Види ЗОО, чл. 739.

које следи је која се то правила из уговора о остави могу сходно применити на уговор о ускладиштењу? Наравно треба имати у виду да се не могу применити сва правила, оно што неспорно долази у обзир за примену је остава туђе ствари, предаја ствари другом на чување и употребљавање ствари¹⁹. Одређивање правне природе уговора о ускладиштењу је од круцијалног значаја за правила о одговорности складиштара. С обзиром на то да се уговор о ускладиштењу развио из уговора о остави, логично би било да је и одговорност постављена на идентичан начин, што није случај.

Интересантно је напоменити да за предмет уговора о остави законодавац користи назив ствар, а код уговора о ускладиштењу роба. Разлика је само термиолошке природе за разлику од немачког права које прави разлику у погледу самог предмета, код кога, ако се предају одређене ствари које не могу бити предмет уговора о ускладиштењу, примениће се правила уговора о остави.²⁰

Такође, треба правити разлику између уговора о ускладиштењу и уговора о закупу складишног простора, где су уговорне стране закуподавац и закупопримац, а издавање складишног простора не обухвата услугу чувања робе која се складишти у том простору. Јасно се види да уговорне стране нису исте, као ни њихове обавезе. На њихов уговорни однос се не примењују правила ускладиштења, већ одредбе Закона о облигационим односима посвећене уговору о закупу.

Што се тиче особина уговора, дуго је било спорно у нашој ранијој правној теорији када се сматра да је закључен уговор о ускладиштењу. Дефиниција уговора о ускладиштењу из Закона о облигационим односима не оставља никакву недоумицу да је реч о уговору који није реалан. Предаја ствари није акт закључења уговора, већ акт извршења већ закљученог уговора. Такође закључење уговора није праћено додатним захтевом у погледу форме, довољна је проста сагласност воља, што значи да је реч о неформалном уговору. Складиштар има право на накнаду за чување робе, из чега се закључује да је теретан и двостранообавезујући уговор. По правилу, формуларан и уговор са трајним извршењем престација²¹. Поједине особине уговора постављају границе могућности оставодавца да уговори повољније одредбе и евентуално прошири одговорност складиштар

ра уз поштовање законских ограничења. Мада, потребе за тим на страни оставодавца неће ни бити с обзиром да је одговорност складиштара законски престрого постављена.

2. Општа правила о одговорности

Српско право познаје различите основе и различите врсте одговорности. У начелу, основне одговорности можемо поделити на уговорну и вануговорну (деликтну), субјективну, објективну и одговорност по основу правичности. Уговорна одговорност односи се на одговорност за неиспуњење обавезе или неуредно испуњење обавезе. Круцијално обележје ове одговорности је да је овде облигациони однос већ постојао, при чему извор облигације не мора бити само уговор, може бити и неки други извор (због тога је назив уговорна одговорност у неку руку неадекватан)²². Друго кључно питање је карактер престације, да ли је у питању престација циља или престација средства, што је веома битно и за нашу тему. Интересантно је и питање доцње, у нашем праву она је постављена начелно објективно²³.

Када је реч о вануговорној одговорности, њена одредница је чињеница да између дужника накнаде штете и оштећеника (страна у новом облигационом односу), раније није постојао облигациони однос, или је постојао при чему штетни догађај није ни у каквој вези са постојећим облигационим односом. Елементи који морају постојати да би се утврдила одговорност су: проузроковање штете, узрочно-последична веза (коју је најтеже доказати) и кривица (која није увек неопходан елемент и која се претпоставља у тежини обичне кривице).

2.1 Уговорна одговорност складиштара

С обзиром на то да је уговор извор обавеза складиштара и оставодавца, овде је круцијално питање уговорне одговорности, у овом случају складиштара према оставодавцу. Прво ћемо анализирати општи режим уговорне одговорности у српском праву. Он је битан првенствено због различитих видова потенцијалних дерогирања правила о одговорности складиштара, али и општих правила о вануговорној одговорности. Српско право прописује правне норме о вануговорној одговорности као опште, а о уговорној као посебне²⁴ чл. 269 ЗОО („Уколико одредбама овог одсека није

19 ЗОО чл.713, 715, и 716.

20 Karsten Schmidt, *Handelsrecht*, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1994. стр. 1012.

21 М. Васиљвић, *нав. дело*, стр. 164.

22 Ј. Радишић, *Облигационо право-општи део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2016¹⁰, стр. 203.

23 ЗОО, чл. 324 ст. 1

24 Ј. Радишић, *нав. дело*, стр. 204.

другачије прописано, на накнаду ове штете сходно се примењују одредбе овог закона о нанеди вануговорне штете"). Правна природа одговорности је субјективна одговорност са претпостављеном кривицом на страни дужника уговорне обавезе. Одговорност дужника се пооштрава, из субјективне прелази у објективне доласком у доцњу, а једини ослобађајући разлог је доказ да би ствар која је предмет обавезе пропала и да је дужник на време испунио обавезу. Поменути правила ипак немају свој домен примене када је одговорност складишара у питању.

Основна обавеза складишара је да чува ускладиштену роби и да је врати оставодавцу односно другом овлашћеном лицу у онаквом стању у каквом је примљена. Отуда, складиштар одговара за штету на роби осим ако докаже да је штета проузрокована услед околности које се нису могле избећи или отклонити или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својствима робе, као и неисправном амбалажом²⁵.

Према томе, складиштар у српском праву одговара по принципу објективне одговорности²⁶, од часа пријема робе до часа њеног издавања. Његова одговорност је независна од кривице, другачије речено, он одговара без обзира на кривицу. Може се ослободити одговорности, ако докаже постојање законом предвиђених ослобађајућих разлога, није довољно да само каже „нисам крив“. Што значи да он одговара увек, чак иако му се штета не може приписати у кривицу, односно да оставодавац не мора да доказује кривицу складишара²⁷.

Законодавац предвиђа четири ослобађајућа основа: први, постојање околности које се нису могле избећи или отклонити²⁸, а које немају везе са поступањем складишара, нпр. да ли је складиштару било познато да је

то поднебље подводнато како би могао предузети одговарајуће мере да заштити робу. Други, штета проузрокована кривицом оставодавца (што ће бити случај ако, примера ради, није дао сва потребна обавештења о роби приликом њене предаје)²⁹. Трећи, роба је због природних својстава или мана склона кварењу, испарава временом, итд. И четврти, неисправна амбалажа, оставодавац одговара због тога што роба није адекватно упакована. Да би се складиштар ослободио одговорности у последња два случаја намеће му се још једна дужност, а то је да упозори оставодавца на те недостатке односно неисправну амбалажу услед које може доћи до штете на роби, чим је наведене недостатке опазио или је морао опазити³⁰.

Није релевантан моменат када је складиштар опазио недостатке, он то може учинити већ у тренутку пријема робе, али и касније, приликом прегледа складишта, ако би их тек тада опазио, и упозорити оставодавца на њих. О евентуално утврђеним недостацима приликом пријема робе на складиштење, саставља се записник о пријему робе, а његова садржина може послужити складиштару као доказ за његово ослобођење од одговорности³¹.

У једном случају из раније домаће судске праксе јавило се као спорно питање да ли је складиштар који је био тужена страна у поступку био дужан да ускладиштену робу чува у затвореном простору, будући да то странке нису изричито предвиделе, а да је роба била смештена на отвореном простору при чему је дошло до оштећења исте услед јаког невремена и пожара. Суд је заузео исправно становиште у овом случају, без обзира на чињеницу што странке нису изричито уговориле чување робе у затвореном простору, складиштар није смео да држи робу на отвореном простору ако је постојала и најмања могућност да дође до оштећења робе, што се и догодило³². Како је основна обавеза складишара да предузме све потребне мере (зависно од природе робе) или уговорене у циљу њеног очувања, правило је да се роба чува у затвореном магацину осим ако њена својства допуштају ускладиштење у отвореном складишту³³.

29 300, чл.730 ст. 2.

30 300, чл.731 ст.2.

31 Драгољуб Вељковић, *Облигационо право кроз коментар Закона о облигационим односима*, Пословни биро, Београд, 2005, стр.691.

32 Д. Вељковић, *нав.дело*, стр. 691.

33 М. Васиљевић, *нав.дело*, стр. 167.

25 300, чл. 731.

26 У домаћој литератури постоје и супротна мишљења да је одговорност складишара постављена субјективно. Више аргументовано о томе вид. Маша Мишковић, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015, стр. 210.

27 „Складиштар одговара за сваку штету на роби која му је поверена на чување; одговорност складишара се претпоставља, па је он дужан да доказује постојање околности које искључују његову одговорност.“ Пресуда Вишег привредног суда Хрватске, Сл.-125/76 од 18.5.1978.године.

28 Хрватски Закон о обвезним односима (*Народне новине*, бр. 35/05, 41/08, 125/11 и 78/15) чл. 745. ст.1. Такође познаје четири ослобађајућа разлога, али уместо „околности које се нису могле избећи или отклонити“ користи термин „виша сила“.

Оштећењем се сматра све оно што мења намену робе или умањује њену вредност.³⁴ О томе кад настаје и шта се сматра губитком или оштећењем робе постоји богата немачка судска пракса, која може бити од велике помоћи домаћим судовима³⁵.

Наш законодавац не познаје категорију претпостављеног губитка робе код уговора о ускладиштењу, али познаје код уговора о превозу робе. Овај институт је регулисан у Конвенцији о одговорности оператора транспортних терминала у међународној трговини (специфични складиштар), уз претпоставку да је роба изгубљена ако није предата у року од 60 дана од дана подношења захтева за предају од стране овлашћеног лица³⁶. У нашој ранијој правној теорији изнети су оправдани ставови да би ову установу требало увести и у посао ускладиштења, с тим што би се правно уредила у основи на истоветан начин као код истог института превозног посла³⁷.

Овако постављена одговорност складиштара се може оштро критиковати из више разлога. Његова одговорност је пооштрена у односу на општи режим уговорне одговорности. Због неизвршења обавеза из уговора и штети која због тога настане одговара се субјективно. За штету од ствари или делатности од којих потиче повећана опасност штете за околину, одговара се без обзира на кривицу³⁸. У случају стварања или одржавања повећаног ризика одговара се објективно када се тај ризик реализује (каузална одговорност). Посао складиштара није опасна делатност, која би оправдала такву природу одговорности. Друго, зашто би он одговарао оштрије у односу на оставопримце или друге специјализоване пружаоце услуга (превозиоце, шпедитере) који одговарају по правилима субјективне одговорности³⁹. Складишни посао је често саставни део послова робног промета превоза и шпедиције. Склапање уговора у ускладиштењу је заправо или почетни или завршни

део трансакције промета робе⁴⁰. У томе се и огледа значајна улога складишта, који омогућава смештај робе до момента преузимања од стране превозиоца, што чини значајну погодност за произвођаче производа, јер би у супротном свако привредно друштво морало да има сопствено складиште. Али, и велико олакшање за превозиоце јер им то омогућава брзо ослобађање робе коју су превезли у место опредељења⁴¹. Дакле, они не стварају нове производе, нити мењају постојеће, њихова делатност је услужног карактера и управо због наведених заједничких карактеристике не чуди раније решење немачког законодавца који је поменуте уговоре уређивао посебним законом (*Das Gesetz zur Neuordnung des Frach, Speditionen und Lagerrechts* скраћено *Transportrechtsreformgesetz*). Томе у прилог иде и могућност шпедитера да поред шпедитерских услуга пружа услуге превоза или складиштења робе, сам или уз ангажовање других лица.

Ту су могуће две ситуације. Прва, да шпедитер ангажује друга лица да врше услуге превоза или складиштења. У нашем праву, као и у немачком, шпедитер по правилу не одговара за штету на роби, за време превоза или ускладиштења (за њих одговара складиштар или превозилац, по правилима властите одговорности), а шпедитер одговара само за њихов правилан избор (*culpa in eligendo*)⁴². Од овог правила постоје два одступања: прво, ако је тако уговорено (*del credere* шпедиција) и друго, када се ради о посебном виду шпедиције (фиксна, паушална, форфетна шпедиција)⁴³. Супротно решење садржи француско право, које предвиђа одговорност складиштара уз могућност накнадног регреса од превозиоца или шпедитера⁴⁴. Друга, да је штета настала за

34 Petar Ceronja, „Ugovor o uskladištenju u hrvatskom i makedonskom pravu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, бр. 61 (2), стр. 834.

35 Више вид. F. Frantziöch у: Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, Verlag Vahlen, München, 2009, стр. 647–648.

36 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 170.

37 *Ibidem*.

38 ЗОО, чл.154 ст. 2.

39 Овако решење се ретко среће у упореном праву. Поред нашег права, и италијанско право предвиђа да складиштар одговара објективно. Вид. Италијански Грађански законик (итал. *Codice Civile Italiano*) из 1942 године, чл. 1787.

40 Изузетно, шпедитар одговара пооштрено – не може се ослободити ни за штету насталу услед више силе ако је одступио од добијених упуштава, осим ако докаже да би се штета догодила и да се држао датих упуштава. Вид. ЗОО чл. 833.

41 В. Капор, С. Царић, *нав. дело*, стр. 246.

42 „Шпедитер одговара свом налогодавцу у принципу за штету која настане на терету због лошег избора камионског возача, тј. ако изабере фирму на лошем гласу због некавалитетног рада“. Пресуда Вишег привредног суда Хрватске, Пж. 564/81, *Судска пракса*, бр. 9/85, стр. 42.

43 Назив фиксна, паушална шпедиција осликава начин на који шпедитер наплаћује пружене услуге. Он нема право на превознину или накнаду ускладиштења, будући да се претпоставља да је све то покривено фиксно утврђеном накнадом. М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 216.

44 Овакво решење је оштро критиковано у француској правој теорији. Детаљније о томе вид. René Rodière, *Droit des transports*, Dalloz, Paris, 1977, стр. 802–822.

време превоза или ускладиштења, али је те услуге пружао сам шпедитер. У том случају његова одговорност ће зависити од тога да ли је пружао услуге складиштења или превоза. Ако је пружао услуге превоза одговараће субјективно, ако је пружао услуге ускладиштења одговараће објективно.

Из овога наведеног можемо видети неправичност оваквог законског решења, које нема никаквог смисла и које *pro futuro* треба изменити. Складиштар једужан да у извршавању обавеза из уговора о ускладиштењу поступа са повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (пажња доброг стручњака). Постоје и мишљења у теорији да би од складиштара требало захтевати најнижи степен пажње (пажња доброг домаћина) који такође познаје Закон о облигационим односима. Овакав став је погрешан. Такав степен пажње нема своју примену у трговинскоправним односима, а складиштар ће по редовном току ствари бити трговац. Реч је о професионалцу, који обавља посао складиштења као своју делатност, чиме стиче право на накнадну одн. провизију. Стога би, складиштар одговарао за штету ако се губитак или оштећење ствари нису могли отклонити или избећи пажњом добро стручњака⁴⁵. Исправно решење је поставити да складиштар у извршавању обавеза из своје професионалне делатности одговара по принципу претпостављене кривице. Овакво решење је широко прихваћено у упоредном праву⁴⁶.

Тако исправно постављену одговорност складиштара за штету познавао је наш ранији Закон о јавним складиштима из 1930, који је предвиђао да јавно складиште одговара за сву штету због тога што у свом складишном пословању није поступило са пажњом уредног трговца⁴⁷, а данас је познаје Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе у којем је још јасније наведено да јавно складиште (исправније би било јавни складиштар, јер једино он може бити носилац права и обавеза) дужно да уобављању делатности поступа са повећаном пажњом према правилима струке и обичајима, односно са пажњом доброг стручњака⁴⁸.

45 300, чл.18 ст.2.

46 Вид. Немачки *Handelsgesetzbuch*, §475; швајцарски Грађански законик (нем. *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünftes Teil – Obligationenrecht)*) из 1911. године, чл. 483. ст. 1.

47 Закон о јавним складиштима, чл. 22.

48 „Јавно складиште је дужно да....накнади штету насталу на ускладиштеној роби због пропуста у свом раду...” Вид.:ЗЈСПП, чл. 38 ст. 1 и 2.

Нацрт Грађанског Законика⁴⁹ на сличан начин поставља одговорност складиштара као Закон о облигационим односима уз извесне модификације. Прва, се тиче повратка традиционалне поделе складишта на јавна и нејавна (приватна) складишта, која је и једина исправна подела. Интересантно је да Преднацрт Грађанског законика није правио ову разлику⁵⁰. У литератури се среће и подела на консигнациона складишта, тржнице на велико, царинска складишта и царинска сместишта⁵¹. Друга, прављење разлике између појма јавног складишта и јавног складиштара⁵². Што се тиче измена, може се фигуративно рећи да се враћамо на прави пут, али је на том путу потребно предузети још неке активности. Неопходно је генерално уредити материју јавних складиштара, с обзиром на чињеницу да значајан део предратног Закона о јавним складиштима није применљив, а актуелни Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе се примењује, као што сам назив каже, на јавна складишта која складиште пољопривредне производе (житарице, индустријско биље, воће или поврће у свежем или прерађеном стању). Да је ситуација другачија, односно да се предратни закон може применити, имали бисмо два закона која на различите начине постављају одговорност, па бисмо принципом *lex specialis derogat legi generali* дошли до жељеног резултата. Како то овде није случај, очигледна је потреба за законским уређењем јавних складишта. Поред поменутог, могу се навести и други разлози који то јасно показују (нпр. погрешна схватања појединих аутора да су сва

49 Влада Републике Србије– Комисија за израду Грађанског законика, *Нацрт-Грађански законик Републике Србије: Друга књига– Облигациони односи*, Београд, 2015, доступно на адреси: <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, (25.11.2018), чл.1133.

50 Упоред.:Влада Републике Србије– Комисија за израду Грађанског законика, *Преднацрт-Грађански законик Републике Србије: Друга књига– Облигациони односи*, Београд, 2014, доступно на адреси: http://www.korpaonikschool.org/dokumenta/C_Obligacioni_odnosi.pdf (25.11.2018), чл.937.

51 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 165–166; Борислав Благојевић, Врлета Кркуљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, друго издање, Савремена администрација, Београд, 1983, стр.1663–1664; Иван Букљаш, Борис Визнер, *Коментар Закона о обвезним(облигационим) односима*, 4 књига, Ријечка тискара, Загреб, 1979, стр. 730–731.

52 Исто решење садржи и амерички Закон о складиштима из 1916.године који такође прави разлику између складишта (енгл. *warehouse*) и складиштара (енгл. *warehouse operator*). Види: *United States Warehouse Act* (7 U.S.C. §§ 241–273), Title II, Sec. 2(10–11). Наведено према: В. Радовић, стр 78, фн. 7.

складишта јавна и да су само она овлашћена да издају складишнице)⁵³. Лоше је то што се остаје при концепту објективне одговорности складиштара. Све замерке које су упућене у том смислу решењу садржаном у Закону о облигационим односима, могу се упутити и Нацрту Грађанског законика.

Наравно, будући да је предмет уговора о ускладиштењу увек неновчана обавеза треба истаћи да поверилац (оставодавац) у сваком случају има право на уговорну казну за неиспуњење обавезе или задоцњење, с тим што уколико из уговора нешто друго не произилази сматра се да поверилац има право на уговорну казну због задоцњења⁵⁴. Поверилац свакако има право на уговорну казну без обзира на претрпљену штету, али се његова правна позиција разликује. Код уговорне казне, потребно је да поверилац само докаже неиспуњење обавезе од стране дужника, док код правног захтева за накнаду штете поверилац мора доказати штету, узрочно-последичну везу и кривицу дужника. Јасно је да је поверилац у овом другом случају тежем положају. Ипак, не треба губити из вида одредбу по којој споразум о уговорној казни губи правно дејство уколико је дужник задоцнио са обавезом из разлога због којих не одговара⁵⁵. Поверилац који се определио за уговорну казну због неиспуњења, нема право да захтева испуњење обавезе. За коју ће опцију опирати поверилац код уговора о ускладиштењу зависи пре свега од вредности робе и висине уговорне казне.

2.2 Модификација уговорне одговорности складиштара и обим накнаде штете

За уговор о ускладиштењу су посебно суважна правила о модификацији одговорности. Уговором се може искључити одговорност складиштара, осим одговорности по основу клафикованих облика кривице (намера и груба непажња), а у случају да је искључена одговорност по основу обичне непажње и да је таква одредба произашла из монополског положаја складиштара или уопште неправноности уговорних страна, суд ће на захтев оставодавца поништити и ту одредбу⁵⁶. Како је тзв. *B2C (business to consumer)*, једностраних трговачких послова⁵⁷ инхерентна неизбаланси-

раност уговорних страна, и слабија економска, образовна и страна преговарања потрошача, а како су уговори о ускладиштењу у највећем броју случајева двострани трговачки послови, питање је када ће доћи у обзир примена ове одредбе. Мада је уговор о ускладиштењу по својој природи адхезиони и општи услови пословања логистичких компанија имају велики значај, не би се могло рећи да неправноност постоји увек. Иако одређени привредни субјект није специјализован за послове блиске складиштењу, од њега се очекује да својим организационим, економским и правним капацитетима може успешно заштитити своја права и легитимне пословне интересе. Постојање неправноности би могло бити када оставодавац обавља привредну делатност која готово да нема додирних тачака са складишним послом, складиштење је за њега само један нужан процес у његовој активности који није чест. И српско потрошачко право дефинише потрошача као физичко лице које прибавља робу или услуге које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности⁵⁸. То значи да предузетник који закључује уговор о ускладиштењу није потрошач, као и да је свако правно лице трговац, односно да се ту у сваком случају ради о двостраном трговачком послу, без обзира на делатност коју правно лице обавља. Тумачењем у духу Закона о заштити потрошача, долази се до закључка да неправноност уговорних страна код уговора о ускладиштењу не постоји никада када је оставодавац правно лице, те је у том случају увек могуће искључити одговорност складиштара за штету проузроковану обичном непажњом, осим уколико је то последица монополског положаја складиштара. Конкретно значење правног стандарда монополски положај биће јако тешко утврдити што је последица огромног временског раскорака Закона о облигационим односима и Закона о заштити конкуренције. Са друге стране, одговорност складиштара се може проширити и у случајевима када он иначе не одговара, осим уколико би то било у супротности са начелом савесности и поштења. Имајући у виду да је уговор о ускладиштењу формуларан (типски), адхезиони уговор, да често оставодавац приступа општим условима пословања, оваква одредба у пракси би се веома ретко могла срести. Други разлог је доста строго постављена одговорност складиштара у српском праву, оваквом одредбом складиштару би било онемогућено да се позо-

53 О непоходности и препорукама начина уређење ове материја. Више вид. В. Радовић, стр. 78–82.

54 ЗОО, чл. 270.

55 ЗОО, чл. 272.

56 ЗОО, чл. 265.

57 Васиљевић, стр. 47.

58 Закон о заштити потрошача, чл. ст. 1 тч. 1.

ве и на оно мало ослобађајућих разлога који му остају на располагању.

Уговором се може одредити и максимални износ накнаде проузроковане штете, под условом да није у очигледној несразмери са проузрокованом штетом и да законом није што друго прописано и ако штета није проузрокована намером или крајњом непажњом⁵⁹. Како складиштар одговара до висине стварне штете, ова одредба може ограничити штету до одређеног износа уколико је проузрокована обичном непажњом (мањег од стварне вредности робе), а правни стандард очигледне несразмере са проузрокованом штетом можемо тумачити тако да је очигледна свака несразмера која не изискује било какве додатне напоре не би ли се утврдило да је проузрокована штета изнад ограничења, када је она јасна и неоспорна.

Одредба чл. 266 ЗОО, којом поверилац (оставодавац) има право на накнаду стварне штете и измакле добити које је дужник могао предвидети у тренутку закључења уговора као могуће последице повреде уговора с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате (осим у случају преваре или намерног неиспуњења, или неиспуњења због крајње непажње, што се у основи своди на намеру и грубу непажњу) дерогирана је у одређеном делу. Складиштар има право на накнаду целокупне штете једино уколико је она скривљена квалификованим обликом кривице, без обзира на савесност складиштара у тренутку закључења уговора. Треба обратити пажњу и на ст. 3 истог члана. Уколико је поверилац проузроковањем штете остварио неки добитак, то ће се узети у обзир приликом досуђивања износа накнаде штете. Мада парадоксално звучи, овакве ситуације су у пракси могуће⁶⁰. Код уговора о ускладиштењу то би могла бити ситуација у којој дође до уништења робе за коју одговара складиштар, када се испостави да је вредност уништене робе који би могао да добије продајом на тржишту мања од трошкова чувања или других трансакционих трошкова које би оставодавац имао услед нагле промене цене након закључења уговора о ускладиштењу⁶¹ (трошкови транспорта, трошкови осигурања и др. трошкови), или када уништењем робе оставодавцу остане нека сировина коју му складиштар предаје (нпр. гума).

Вредан пажње је и чл. 267 ЗОО, који прописује сразмерно смањење накнаде штете у ситуацији када постоји кривица повериоца или лица за кога он одговара. Складиштар с друге стране може ослободити одговорности уколико докаже да је штета проузрокована кривицом оставодавца. Логичким тумачењем ове две норме долази се до закључка да се складиштар ослобађа одговорности само у случају када докаже да је узрок штете искључиво кривица оставодавца (или лица за које он одговара), а да када докаже да је оставодавац својом кривицом делимично допринео проузроковању штете има право на сразмерно смањење накнаде. На ово нас упућује и строг режим одговорности складиштара у српском праву.

У теорији су познати још неки случајеви одређивања износа накнаде штете на основу самог уговора. Такав пример представљају клаузула о апстрактној штети и клаузула о пеналу⁶². У првом случају радило би се о унапред утврђеном износу штете. Питање је колико би код уговора о ускладиштењу оваква клаузула била ефикасна, с обзиром да складиштар по правилу одговара само за стварну штету. Могућност овакве клаузуле, чини се, постоји у ситуацији када би робу која је уништена или оштећена одговорношћу складиштара оставодавац могао касније да прода⁶³. Стварну штету могу представљати само издаци које је оставодавац имао ради прибављања или производње робе, а овакво решење би заправо представљало накнаду измакле добити оставодавца, што је дозвољено имајући у виду управо одредбу ЗОО којом је могуће проширити уговорну одговорност складиштара. Остаје на суду да у сваком конкретном случају утврди да ли би оваква одредба представљала проширење одговорности складиштара и на изгубљену добит, посебно из разлога што клаузула о апстрактној штети може да буде уговорена због велике флукуације цене робе и тешке процене штете коју оставодавац трпи. У другом случају не би се могло рећи да је намера уговорних страна била да прошире одговорност складиштара и на измаклу добит. Клаузула о пеналу се овде може применити у ситуацији када складиштар падне у доцњу и не преда ствар по захтеву оставодавца, тада оставодавац може платити пенале по дану задоцњења. Оваква уговорна одредба практично представља уговорну казну. Одредба

59 ЗОО, чл. 265 ст. 3 и ст. 4.

60 Вид. Радишић, стр. 314–315.

61 Под претпоставком да не дође до раскида уговора због промењених околности, што би у тој ситуацији тешко био случај.

62 Јожеф Салма, *Уговорна одговорност – у европском, домаћем и упоредном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2011, стр. 76.

63 М. Васиљевић, чл. 108.

којом складиштар у случају задоцњења плаћа и уговорну казну и пенал, сматрала би се кумулираном уговорном казном и била би пуноважна, ЗОО прописује да поверилац нема право истовремено на уговорну казну и на пенал када је та друга накнада (пенал) одређена законом, аргументом *a contrario*, закључује се да у свим другим случајевима је то могуће, па и у овом када је на основу уговора предвиђено плаћање пенала (суштински је и овде реч о уговорној казни).

2.3 Вануговорна (деликтна) одговорност складиштара

Осим уговорне, можемо говорити и о вануговорној одговорности складиштара и то према трећем лицу. У питању је одговорност за штету од опасне ствари по којој складиштар одговара објективно у случају да је предмет уговора о ускладиштењу опасна ствар (нпр. оружје, експлозив, бензин и сл.). Одговорност складиштара заснива се на чл. 176 ЗОО који прописује да је уместо имаоца (власника) ствари и исто као и он одговорно лице које је иначе дужно да ствар чува и надгледа а није код њега на раду. Обавеза чувања ствари је основна обавеза складиштара. Уколико штета буде проузрокована скривеним својством ствари или скривеном маном на коју оставодавац није упозорио складиштара, оставодавац ће одговорати солидарно са складиштаром, а складиштар ће моћи у потпуности да се регресира од оставодавца. Наравно, складиштар ће моћи да се ослободи одговорности уколико докаже да је штета изазвана искључивом радњом оштећеника или трећег лица или да је настала услед околности које се нису могле избећи, отклонити или предвидети (виша сила). Из изнетог примећујемо да у складишни посао може бити инволвирано и треће лице и да овде посебно долази до изражаја значај осигурања.

Закључак

Питање правне природе одговорности складиштара у српском праву уређено је Законом о облигационим односима и то на начин који није добар. Закон предвиђа строги режим објективне одговорности са одређеним ослобађајућим разлозима. За овакво решење не постоји довољно оправдања, посебно када се узме у обзир чињеница да је код других уговора у привреди одговорност претежно субјективна. Други разлог се тиче карактера обављања делатности, да ли је делатност складиштара са собом носи такав и толики ризик

да је неопходно поставити овако строг режим одговорности. На основу аргументације изнете у раду, аутори сматрају да је неопходно одступити од постојећег режима објективне одговорности и прећи на субјективну одговорност. Осим поменутих, потребно је нагласити и аргумент који се тиче „путујућих складишта“, превозника, који одговарају субјективно. Похвала се може упутити Закону о јавним складиштима за пољопривредне производе, где је прописан и јасно уређен режим субјективне одговорности и постављен одговарајући стандард дужне пажње, чиме се остало на трагу и отишло корак унапред у односу на концепцију која је постојала у нашем предратном праву (Закон о јавним складиштима из 1930. године). Надамо се да ће ова решења бити довољан подстицај законодавцу да изврши неопходне промене режима одговорности предочене у овом раду. Само тако ће се, с једне стране, подстаћи привредни субјекти да обављају делатност складиштења, а са друге стране обезбедити правна сигурност, витална не само за трговинско право већ и за цео привредни систем. Режим одговорности и висина накнаде штете се може дерогирати уговором у појединим случајевима из чега произилази да ће се у пракси поставити и питање тумачења. Осим промене правне природе одговорности, потребно је увести и режим претпостављеног губитка робе⁶⁴ који постоји у поменутој међународној конвенцији и која је у саобраћајном праву веома значајна у циљу избегавања и скраћивања евентуалних спорова, пре свега када је реч о извођењу доказа. Нацрт Грађанског законика Републике Србије није много одступио од регулативе у односу на Закон о облигационим односима када је реч о ускладиштењу, он остаје на позицији објективне одговорности тако да се и њему могу упутити исте критике. Осим уговорне, у вези са трговинскоправним послом ускладиштења може се јавити и питање вануговорне одговорности када је инволвирано и треће лице.

64 М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 170.

Tijana Kovačević i Mihajlo Jovičić

RESPONSIBILITY OF STOCKMAN (WAREHOUSEKEEPER) IN SERBIAN LAW

The aim of this paper is to present actual status of warehouseman's legal liability for fulfilling obligations that arises from warehousing contract as a commercial contract in domestic legislative and domestic legal practice. This question is considered as a very interesting and insufficiently researched area of commercial law with lot of specificities and inconsistencies. Special significance of this contract can be spotted in modern global economy and their demand's for prompt, safe legal trade with the least possible amount of spendings and potential disputes. In that occasions, even when overall technical and technological progress, damage can't be avoid. Often, it isn't easy to determine or to precise obligation of the warehouseman, and it's more harder to determine legal basis and scope of liability. Due to global connection and speedy progress of the international trade, this paper will analyse appropriate solutions from foreign law too. As it is 40-years old act applied in Serbia, and making of new Civil Code of the Republic of Serbia is in progress, it is logical that paper will contemplate solutions that are proposed in draft of mentioned code. Finally, as a synthesis of all arguments presented in a paper, authors will propose some solutions and their own stances and try to give a contribution to this topic in conclusion.

Key words: *warehousing contract, warehouseman, legal basis, liability, subjective liability, objective liability.*

ZA I PROTIV PRIVATIZACIJE TELEKOMA SRBIJE

Dušan Cerović*

Pitanje privatizacije Telekoma Srbije je već jako dugo aktuelno u javnom diskursu, u ovom radu predstavljani su teorijski razlozi za i protiv privatizacije Telekoma Srbije, kao i analiza konsolidovanih izveštaja o poslovanju Telekoma, u kojoj je prikazano kako su se kretale vrednosti ukupnog duga, broja zaposlenih, neto dobit, broj korisnika usluga mobilne, fiksne telefonije, kao i broj korisnika internet usluga. Cilj rada jeste da predstavi i razjasni glavne razloge za i protiv privatizacije prethodno pomenutog javnog preduzeća.

Ključne reči: Privatizacija, Telekom Srbija, Ekonomija, Telekomunikacije

Uvod

Privatizacija predstavlja proces promene državnog u privatno vlasništvo. Ova promena se vrši iz niza razloga, među kojima su najvažniji, povećanje efikasnosti preduzeća, stvaranje integralnog tržišta, povećanje štednje i investicija, i integracija u svetsku privredu¹. Takođe, možemo reći i da se privatno vlasništvo empirijski pokazalo kao superiorno u modernim vremenima. Autori poput Madžara² ističu da je na putu srpskog razvoja privrede jedna od barijera upravo državno vlasništvo, dok autori poput M. Arsića³ zagovaraju tezu da je u zemljama u tranziciji, kojima Srbija nesumnjivo pripada, značajna uloga u revitalizaciji privrede upravo pripala preduzećima u vlasništvu države, koji zbog svoje veličine i strateškog značaja mogu Srbiji omogućiti veću konkurentnost privrede.

Telekom Srbija a.d. je imao jednu „prilično burnu vezu” sa privatizacijom (konsolidovani godišnji zveštaj o poslovanju Telekoma za 2013. godinu).

Telekom je osnovan 1997. godine od strane PTT-a Srbije u formi jednočlanog akcionarskog društva i te iste godine se dogodio i prvi pokušaj privatizacije u kojem je privatizovano 49% Telekoma, od čega je 29% pripalo kompaniji *Stet International Netherlands N.V.*, holandskoj filijali italijanske telekomunikacione kompanije *Telecom Italia*, a 20% akcija grčkoj telekomunikacionoj kompaniji *Hellenic Telecommunications Organization S.A.*

Ova privatizacija je stvorila veliki prostor za kritiku. Pre svega Paunović⁴ se osvrće na sam postupak privatizacije koji nije bio sproveden na legalan način, tenderom odnosno javnom prodajom, već dogovorom sa jednim ponuđačem. Da je postignuta dobra cena, sam postupak bi mogao donekle da se opravda. 730\$ po priključku (ukupno 1,6 milijardi maraka) nije bilo dovoljno da opravda ovakav način privatizacije, naročito kada uporedimo tu cenu sa, na primer, madžarskom privatizacijom koja je koštala ne manje od 2.615\$ po priključku. Odvojeno je pitanje i van okvira ovog rada, zašto dobijena sredstva nisu ulagana u razvoj privrede ili na neki drugi način investirana već su davana kao direktna inekcija u budžet radi subvencionisanja plata i penzija⁵. Treba napomenuti i to da u to vreme nije još uvek osnovano regulatorno telo „Ratel” koje bi moglo da nadzire privatnu kompaniju, te je poslovanje Telekoma u potpunosti prepušteno upravi preduzeća.

2003. godine zaključen je ugovor na osnovu koga je JP PTT otkupilo sve akcije *Telecom Italia*, što ga čini vlasnikom 80% akcija, dok preostalih 20% ostaju u rukama grčke telekomunikacione firme.

2010. godine, na osnovu odluke Upravnog odbora JP PTT, akcije Telekoma Srbija se prenose na Republiku Srbiju. Nakon sklopljenog ugovora o prenosu akcija bez naknade Republika Srbija postaje vlasnik 80% akcija, dok grčka telekomunikaciona firma postaje vlasnik 20% akcija. U 2012. godini, grčka telekomunikaciona firma OTE u potpunosti biva isplaćena, i Telekom Srbija postaje vlasnik i preostalih 20% akcija. Iste godine dolazi do odluke vlade Republike Srbije o podeli besplatnih akcija građanima zaposlenim u Telekomu

* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu email: du-sanc97@live.co.uk

1 Boris Begović, Miroljub Labus, Aleksandra Jovanović, *Ekonomija za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, str. 579

2 Vid. Ljubomir Madžar, „Gordijev čvor javnih preduzeća u Srbiji: Drešiti ili seći? Restrukturiranje javnih preduzeća u uslovima institucionalnih ograničenja”, *Naučno društvo ekonomista Srbije*, Beograd 2015

3 Vid. Milojko Arsić „Privatizacija javnih preduzeća u Srbiji, Restrukturiranje javnih preduzeća u uslovima institucionalnih ograničenja”, *Naučno društvo ekonomista Srbije*, Beograd 2015

4 Vid. Blagoje Paunović, *Privatizacija javnih preduzeća u Srbiji: doktorska disertacija*, Univerzitet Singidunum, Beograd 2010

5 *Ibid.*, str. 68

i zaposlenima u prethodnom vlasniku PTT-u. Nakon te podele besplatnih akcija dolazi do promene u strukturi vlasništva Telekomu na Republiku Srbiju (58%), Telekom Srbiju (20%); građani stiču 14,9%, dok zaposlenima ide preostalih 6,94%, pri čemu treba primetiti da je većinski vlasnik ostala Republika Srbija.

Akcionari (učešća u kapitalu)	Republika Srbija	58,11%
	Telekom Srbija - sopstvene akcije	20,00%
	Građani Srbije	14,95%
	Zaposleni i bivši zaposleni	6,94%

Pitanje privatizacije Telekomu Srbije je aktuelno u javnoj sferi jako dug vremenski period. Najskoriji neuspeli pokušaj privatizacije dogodio se 2015. godine, a kao razlog neuspeha navodi se mala ponuđena cena. Mišljenja o tome da li je privatizacija poželjna su podeljena kako među ekonomistima, tako i javnosti u širem smislu. U ovom radu pokušaću da dam odgovor na pitanje da li treba privatizovati Telekom, kroz sistematičan prikaz teorijskih argumenata za i protiv, kao i kroz analizu finansijskih izveštaja ovog preduzeća u prethodnom periodu. To je uslovilo i strukturu ovog rada.

1. Teorijski razlozi za i protiv privatizacije Telekomu

Prva prednost koju pobornici privatizacije pominju, jeste povećana efikasnost koja dolazi sa uvođenjem privatnog vlasništva. Hipoteza je da privatni vlasnik kojem je cilj maksimizacija profita smanjuje troškove koje bi imalo državno preduzeće kojem nije glavni prioritet maksimizacija profita⁶. U širem smislu, ova hipoteza pretpostavlja da prilikom privatizacije preduzeća dolazi do povećanja alokativne i proizvodne efikasnosti usled rasta produktivnosti i smanjivanja troškova rada. Višak zaposlenih postoji zbog državne politike čuvanja radnih mesta, kriterijum koji neminovno privatni vlasnik ne bi uzimao u obzir.

Pitanje koje se postavlja izmedju ostalog, jeste i struktura zaposlenih, odnosno u kojoj meri se u preduzećima čiji je vlasnik država do posla dolazi na osnovu zasluga, vrednosti ljudskog kapitala. Moguće je pretpostaviti da bi se kvalitet radne snage uvećao ukoliko bi Telekom bio u privatnom vlasništvu. Privatni vlasnik bi u politici zapošljavanja pre svega vrednovao kvalitet radnika, ako pretpostavimo da je vođen aksiomom maksimi-

zacije vlastitog profita. Još je važno napomenuti pitanje motivacije zaposlenih u državnom Telekomu, koja je definitivno ograničena time što postoji redovna plata i zagarantovano zaposlenje, za razliku od privatnog Telekomu gde bi posao i plata zavisili pre svega od rezultata rada i profita preduzeća. Možemo zaključiti da je privatna uprava, bar načelno, bolja od državne uprave zbog toga što privatno vlasništvo dovodi do većih podsticaja za rast produktivnosti⁷. Može se pretpostaviti da bi privatizacija Telekomu na tržištu na kojem postoji već ozbiljna konkurencija (Telenor, Vip) dovela do unapređenja tehnologije, poboljšanja kvaliteta usluge u vidu boljih uslova za stare korisnike u cilju njihovog zadržavanja i nove korisnike da bi promenili operatera.

Treba ukazati na podatak da od oktobra 2012. godine⁸ promena broja postaje besplatna, te je promena operatera neuporedivo lakša, što otvara prostor da se telekomunikacione kompanije intezivnije „bore“ oko korisnika. Ogromni troškovi prenosa broja sa jednog operatera na drugog (eng. *switching costs*) su do tada predstavljali veliku barijeru novim operaterima (Telenor, Vip), ali takođe i postojećim (Telekom) da stvore ili izgube značajan broj korisnika. Iz tih razloga tehnološka trka nije predstavljala imperativ. Smanjenje troškova promene operatera dovodi neminovno do većih problema za državno preduzeće koje sa tromom administracijom mora da isprati najnovije tehnološke trendove.

Privatizacijom Telekomu, koja bi dovela do veće konkurencije na tržištu mobilne telefonije i internet usluga, možemo u dugom roku očekivati veću efikasnost, niže cene usluga, i veći kvalitet usluga svih učesnika na tržištu.

Kraj državne kontrole bi doveo do toga da efikasnost Telekomu bude veća i da se oslobodi inherentne neefikasnosti birokratije, ali bi i neminovno doveo do odaljavanja države od privrede što je dobro za razvoj privrede⁹. Još jedan pozitivan aspekt privatizacije i ujedno i glavni razlog prve privatizacije Telekomu (1997), je to da ona predstavlja veliku novčanu injekciju u budžet Republike Srbije. Država je oslobođena eventualnog pokrivanja gubitaka koje Telekom napravi, što za sobom povlači i to da bi ekonomska osnova privatizovanog Telekomu bila jača po prirodi stvari.

⁷ *Ibid.*, 579, 580

⁸ Agencija za privredne registre. *Konsolidovani godišnji finansijski izveštaj Telekomu za 2013. godinu*, Beograd 2013, str. 11

⁹ Lj. Madžar „Gordijev čvor javnih preduzeća u Srbiji: Drešiti ili seći? Restrukturiranje javnih preduzeća u uslovima institucionalnih ograničenja“, Beograd 2015, str. 18

⁶ B. Begović, M. Labus, A. Jovanović, *Ekonomija za pravnike*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, str. 579

Tina Pelec¹⁰ u svom radu naglašava da prilikom razmatranja privatizacije Telekomu treba uzeti primer privatizacije Hrvatskog Telekomu. Ona se zalaže za što skoriju privatizaciju Telekom Srbije iz dva razloga. Prvo, privatizacija uliva sigurnost budućim investitorima, usled promene u upravi sa državne na privatnu. Drugo, ona olakšava proces evrointegracija. Pelec ističe da je EU u interesu, da se srpski Telekom restrukturiira pre samog ulaska u EU, što argumentuje uzevši primer hrvatskih telekomunikacija. Smatram da autorka u razmatranju ovog pitanja, iako koristi jak argument ulaska u svetsku privredu, ipak bi trebalo uzeti i njena zapažanja sa rezervom, pre nego što stavimo tačku na pitanje privatizacije.

Kao argument protiv privatizacije Telekomu često možemo naići na jedno naizgled sasvim logično pitanje: „Zašto privatizovati firmu koja ostvaruje profit?“ Međutim, i ovom pitanju možemo da pokušamo da damo odgovor. Tačno je da ostvaruje dobit, ali se javlja pitanje duga koji ima to preduzeće (37 milijardi RSD po bilansu stanja za 2017. godinu). Takođe, treba pomenuti i da tržište mobilne telefonije nije monopolističko. Firma koja u jednom momentu stvara profit, već u drugom stvara za državu ogroman trošak ukoliko je upravljanje preduzećem loše. Takodje ovome treba dodati i podatak da obrtna sredstva (49.422 mil RSD) preduzeća čine gotovo četvrtinu stalnih sredstava (210.181 mil RSD)¹¹. To povlači pitanja u smeru, da li Telekom raspolaže sa dovoljno obrtnih sredstava da bi ostao kompetitivan.

Ukoliko je jasno da će Telekom kroz nekoliko godina loše funkcionisati zbog državne administracije koja se širom sveta pokazala kao loš menadžer iz već opisanih razloga, izvlači se logičan zaključak da će manja cena prilikom privatizacije moći da se ostvari ukoliko prodajemo „gubitaša“ sa velikim dugom, u odnosu na preduzeće koje trenutno dobro posluje. Nasuprot ovoj liniji rezonovanja, jeste nalaz da, i ako se pretpostavi da sve navedeno za loš državni menadžment jeste tačno, privatizacija nije jedino moguće rešenje problema, već samo jedno od mogućih. Kao alternativu treba razmotriti poljski model¹², u kojem samo preduzeće ostaje u vlasništvu države dok se zapošljava profesionalni menadžment kojem se obezbeđuju snažni podsticaji za dobro upravljanje, slični onim

koji postoje u korporativnim uslovima. U svakom slučaju, potrebna je promena menadžmenta u Telekomu, ali ostaje otvoreno pitanje jeste da li je i privatizacija neophodna.

Drugi aspekt kritike privatizacije je više empirijske prirode, i svodi se na to da se u Srbiji dosadašnji talasi privatizacije nisu uvek uspešno pokazali u očima javnog mnjenja, što stvara sumnju da i u narednim privatizacijama, među njima i Telekomu Srbije, neće biti zaštićen državni interes. Treba uzeti u obzir činjenicu da su u zemljama u tranziciji privatizacije imale tendenciju da služe vlastima kao izvor bogaćenja na račun državne imovine. O tome više govore Petrović i Demetrius¹³. Poverenje javnosti u institucije je malo, a mišljenje da je korupcija sveprisutna u državnoj administraciji rasprostranjeno¹⁴. Imajući u vidu pojedine neuspešne primere privatizacije u prošlosti, kao i otpor prema kapitalizmu u jednom delu biračkog tela, očekivano je i da izostane podrška javnosti privatizaciji profitabilnog preduzeća.

Ukoliko je tačna pretpostavka da je državna uprava i ljudi koji upravljaju preduzećem skloni korupciji, onda ne sledi da je najbolje mesto preduzeću od strateškog značaj za Srbiju u rukama „korumpirane administracije“. Pitanje stepena korupcije je relevantno i za cenu koja bi se postigla prilikom prodaje u procesu privatizacije, ali ono prevazilazi okvire ovog rada.

Konačno, treba uzeti u obzir cenu koju je moguće dobiti za Telekom koji uprkos svojoj značajnoj imovini jeste zadužen mobilni operater koji ima višak zaposlenih i posluje na tržištu sa dva velika konkurenta. Problem postizanja odgovarajuće cene ne umanjuje korisnost privatizacije *per se*, već samo otvara pitanje da li bi trebalo preduzeće prvo restruktuirati, pa tek onda odlučiti o privatizaciji. Ovaj pristup zahteva da se broj radnika smanji pre same privatizacije. Međutim, problem predstavlja državna politika čuvanja radnih mesta, zbog toga što bi otpuštanje viška zaposlenih značilo pad podrške u biračkom telu. S tim u vezi, negativna strana privatizacije je i rast nezaposlenosti, usled neminovnih otpuštanja. Ipak, velike su šanse da će do otpuštanja doći nezavisno od toga da li će se desiti privatizacija, jer država nije u stanju da neograničeno dugo snosi troškove viška zaposlenih čije se plate posredno ili neposredno isplaćuju na teret budžeta.

10 Tina Pelec, „New privatisation wave: Serbia has enough mistakes to learn from“, *LSEE blog*, September 12, 2014, str. 1–4

11 Agencija za privredne registre. *Konsolidovani godišnji finansijski izveštaj Telekomu za 2017. godinu*, Beograd 2017, str. 6

12 „Privatization in East and Central Europe perspectives and approaches“ (eds. Demetrius S. Iatridis, Martin C. Spechler, Gerd Schwartz and Paulo Silva Lopes), Praeger Publishers, 88 Post Road West, Westport 1998, str. 32

13 Vid. Bogdan Petrović, „Telekom Srbije – agonija nakon neuspele privatizacije“, časopis „Nova ekonomija“ izdanje Novembar 2017 i Demetrius S. Iatridis, „Privatization in East and Central Europe perspectives and approaches“, Westport 1998

14 Tina Pelec, „New privatisation wave: Serbia has enough mistakes to learn from“, *LSEE blog*, dostupno na: <https://blogs.lse.ac.uk>, September 12, 2014, str. 2

2. ANALIZA FINANSIJSKIH POKAZATELJA TELEKOMA

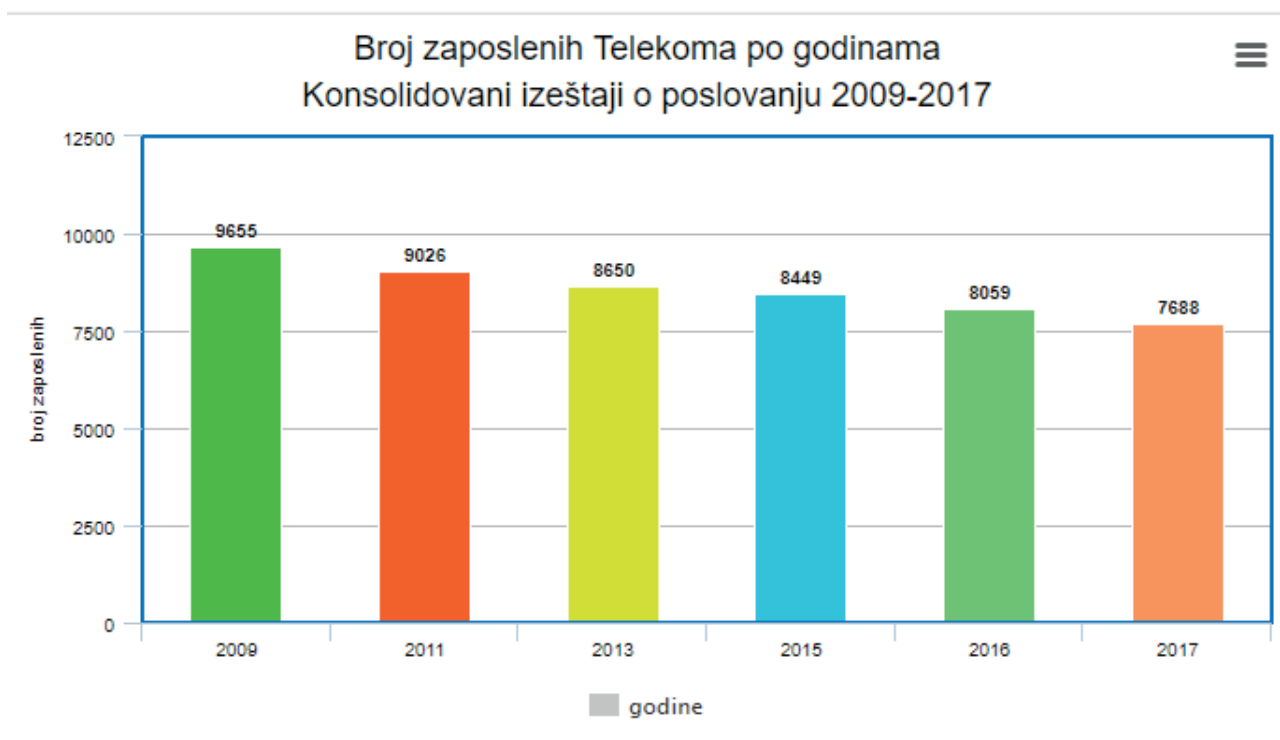
Drugi deo rada posvećen je analizi određenih pokazatelja prikupljenih iz finansijskih izveštaja Telekoma iz 2009., 2011., 2013., 2015., 2016., 2017. godine koji nam mogu biti od pomoći pri odmeravanju relativnog značaja teorijskih argumenata za i protiv privatizacije. Indikatori koje ćemo posmatrati jesu kretanje broja zaposlenih, kretanje broja korisnika mobilne telefonije, kretanje korisnika fiksne telefonije i interneta, kao i kretanje neto dobiti i ukupnog duga.

Pre svega, treba ispitati nalaz u literaturi da je broj zaposlenih u Telekomu izvestan problem¹⁵.

¹⁵ B. Petrović, „Telekom Srbije – agonija nakon neuspele privatizacije“, časopis „Nova ekonomija“ izdanje Novembar 2017, str. 3

Podaci od 2009. do 2017. godine pokazuju da postoji trend smanjivanja broja zaposlenih, što u principu znači da je bojazan od visoke neefikasnosti Telekoma donekle neopravdana. Međutim, mogu se uputiti i zamerke ovim promenama. Iako promene traju više od jedne decenije, može se postaviti pitanje njihove brzine, odnosno da li je uprava Telekoma u potpunosti rešila problem viška zaposlenih. Smanjivanje broja zaposlenih delimično osporava argumentaciju po kojoj je privatizacija jedino rešenje problema viška zaposlenih, budući da ostatak Telekoma u državnom vlasništvu ipak dovodi do racionalizacije broja zaposlenih, koja jeste spora ali je i konstantna.

Grafikon br. 1. Broj zaposlenih Telekoma po godinama, izvor : Agencija za privredne registre



Pojedini autori procenjuju da u ovom preduzeću i dalje postoji višak zaposlenih, iako se proceneviška razlikuju. Petrović¹⁶ iznosi brojku od 3000 kao „najkonzervativniju“. Za procenu viška indikativno je poređenje podataka o broju zaposlenih iz konsolidovanih izveštaja o poslovanju Vip mobile-a, Telenora i Telekoma za 2017. godinu. Telekom je na kraju 2017. godine imao 7688 zaposlenih (65% zaposlenih u celoj Telekom grupi), dok Telenor ima 876, a Vip 1047. Ova razlika nije toliko drastična ukoliko se uzme u obzir umnogome veća infrastruktura Telekoma, kao i usluge fiksne telefo-

nije i interneta. Ipak, ostaje značajna razlika u broju zaposlenih koju nijedan od ovih faktora ne može da opravda, ako uzmemo u obzir činjenicu da usluge mobilne telefonije čine 48% ukupnog prihoda Telekoma. Kao što možemo da vidimo na primeru konkurenata, ovu uslugu može da uspešno da pruži oko 1000 ljudi. Uporedbom broja aktivnih baznih stanica i pokrivenosti teritorije mobilnom mrežom između Telekoma (procenat pokrivenosti teritorije, i ukupan broj aktivnih baznih stanica 2G 90,67%, 2189; 3G 85,60 %, 2340; 4G 47,80%, 1074), Telenora (2G 91,90%, 2502; 3G 91,02% 3730; 4G 67,40% 1847), i Vip mobile-a (2G 88,80%, 2383; 3G

¹⁶ Ibid.

73,10%, 1760; 4G 66,00%, 1655;)¹⁷, nalaz o broju zaposlenih postaje indikativan, stoga što su razlike u broju baznih stanica krajnje zanemarljive, i čak i u korist efikasnosti Telenora i Vip-a.

Sledeći kriterijum koji sam uzeo jeste broj korisnika mobilne telefonije, čije usluge čine 48,5% profita¹⁸ ove kompanije. Broj korisnika je u padu od 2009. godine, kada je broj korisnika iznosio 5.916.000 korisnika, a 2017. godine iznosi 4.194.000. Zanimljiv podatak da se broj korisnika povećao 2016. godine sa 4.303.000 u 2015. godini, na 4.334.000 u 2016. godini. Iako je očigledan trend smanjivanja broja korisnika mobilne telefonije, koji sam po sebi predstavlja dovoljno jak argument u prilog privatizaciji, ovaj nalaz treba uzeti ipak sa rezervom iz dva razloga. Prvi je da je između 2015. i 2016. godine, iako neznatno, broj korisnika Telekoma povećan, što znači da postoji

realna mogućnost da se Telekom takmiči sa svoja dva konkurenta na tom tržištu. Ostaje pitanje da li bi ovo preduzeće bilo još konkurentnije ukoliko bi došlo do privatizacije.

Druga hipoteza jeste da pad broja korisnika koji je od 2009. do 2017. ipak značajan nije toliko vezan za loše upravljanje Telekomom, koliko za liberalizaciju tržišta¹⁹ sa ograničenim brojem korisnika. Hipoteza je da će se broj korisnika vremenom izjednačiti sa konkurentima ukoliko konkurenti nude čak i neznatno bolje uslove, stoga što su barijere promeni operatera znatno smanjene, pre svega zbog odluke „Ratela“ da se umnogome umanje troškovi prenosa broja (eng. *switching costs*) 2012. godine.

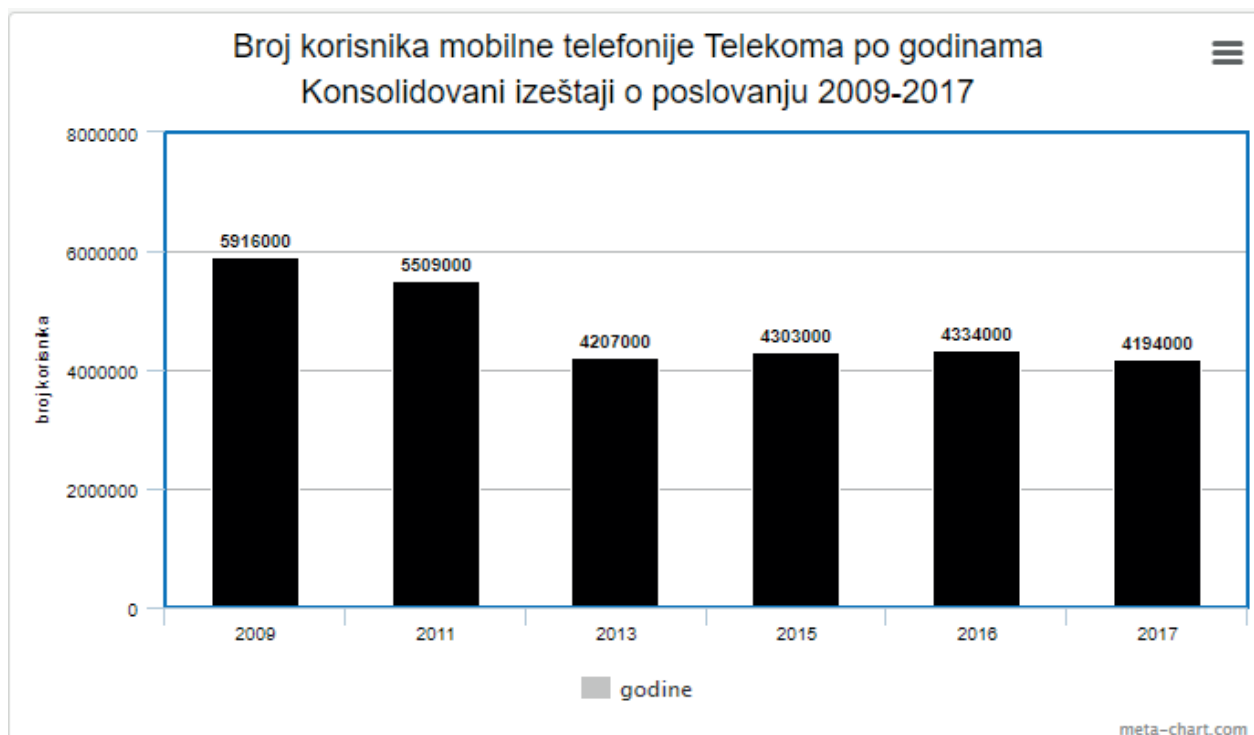
Usled uklanjanja barijere 2012. Možemo videti značajno smanjenje broja korisnika upravo u 2013. godini. Zbog uklanjanja tih barijera, postalo je umnogome ravnopravnije u smislu mogućnosti da se steknu novi, ali i izgube stari korisnici.

17 Agencija za privredne registre. *Konsolidovani izveštaj o poslovanju „Vip mobile“ za 2017. godinu*, Beograd 2017, str. 10–11.

18 Vid. Agencija za privredne registre. *Konsolidovani godišnji finansijski izveštaj Telekoma za 2017. godinu*, Beograd 2017.

19 Vid. Agencija za privredne registre. *Konsolidovani godišnji finansijski izveštaj Telekoma za 2011. godinu*, Beograd 2011.

Grafikon br. 2. Broj korisnika mobilne Telefonije Telekoma po godinama, izvor: Agencija za privredne registre



Sledeći indikator koji je bio predmet analize je ukupan dug preduzeća. Analiza nedvosmisleno pokazuje da se dug vremenom smanjivao. Podaci iz konsolidovanog izveštaja ukazuju na to da se dug Telekoma smanjuje iz godine u godinu, i manji je od četvrtine vrednosti onog iz 2009.

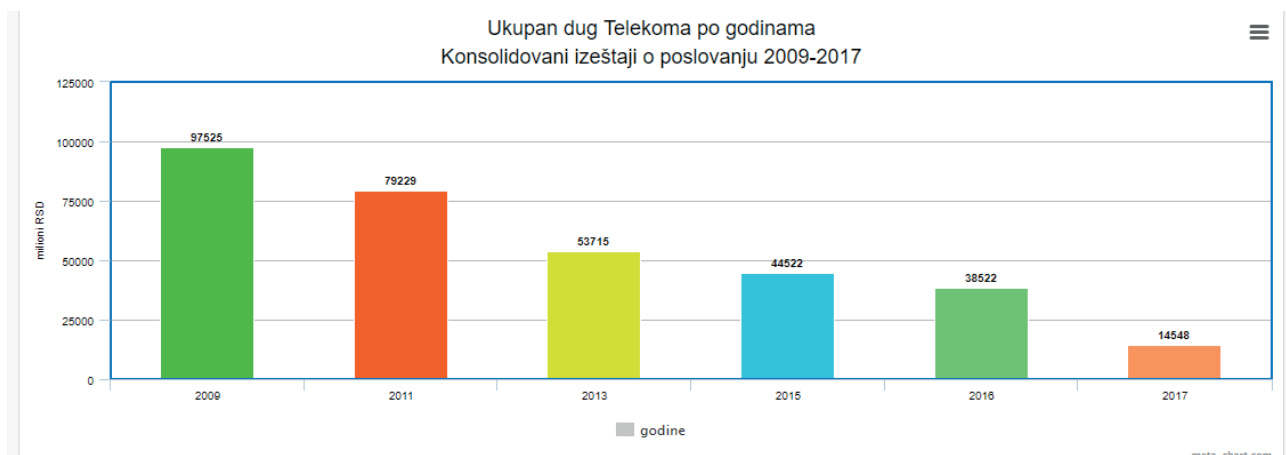
Analiza broja korisnika fiksne telefonije nije jednostavna kao se čini na prvi pogled: konstantan pad broja korisnika od 2009. (3.399.000) do 2017. godine (2.116.000). Više faktora je doprinelo ovakvim rezultatima. Stoga, pripisivanje loših rezultata isključivo neefikasnoj upravi Telekoma bi bilo

pogrešno. Značajan faktor bila je liberalizacija tržišta fiksnih telekomunikacija (Orion Telekom, Telenor, SBB i mnogi drugi), ali i zastarelost same fiksne telefonije, koja prostim protokom vremena sve više i više gubi korisnike (uprkos intenziviranju ponude „paketa“, u čiji sklop ulazi fiksna tele-

fonija), što zbog modernije mobilne tehnologije, što zbog praktičnijih internet supstituta (*Skype*, *Facetime*, i druge internet alternative)²⁰.

20 Agencija za privredne registre. *Konsolidovani godišnji finansijski izveštaj Telekomu za 2017. Godinu*, Beograd 2017, str. 7

Grafikon br. 3 Ukupan dug Telekomu po godinama, izvor: Agencija za privredne registre

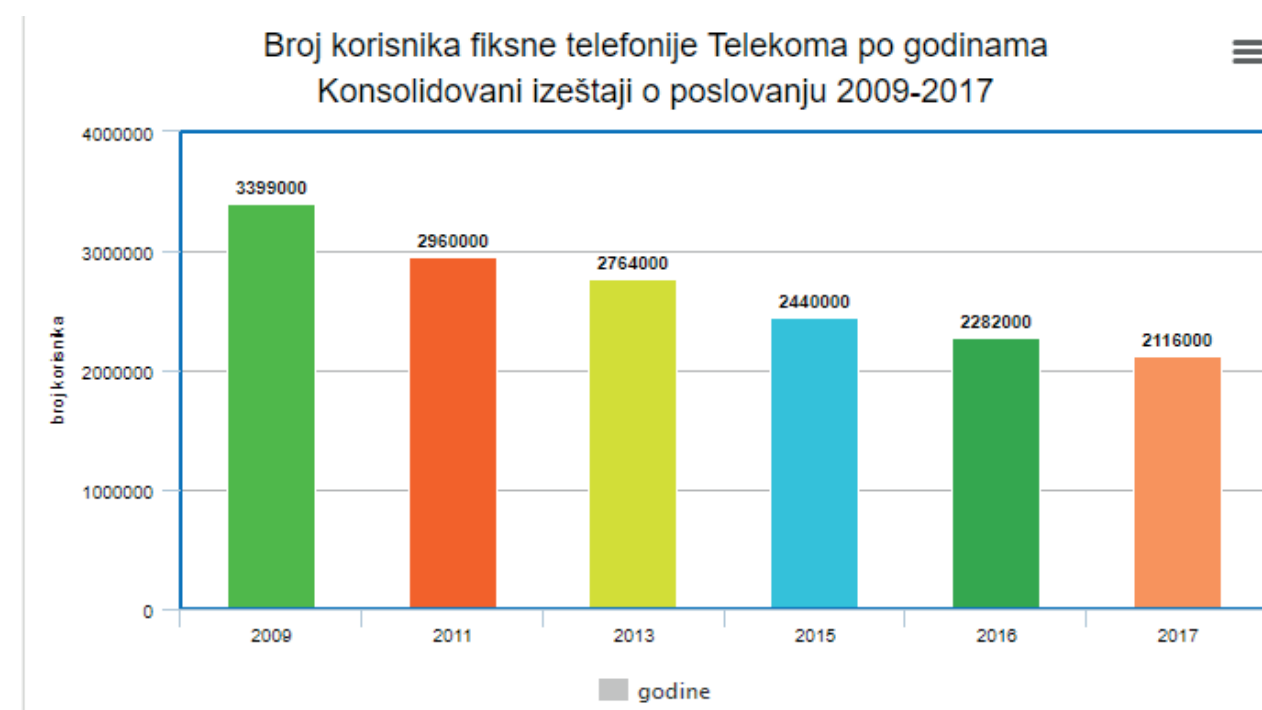


Fiksna telefonija, iako zastarela, čini 28,5% prihoda Telekomu²¹, što znači da upravo gašenje ili dodatno smanjenje broja korisnika ovog medijuma komunikacije može dovesti do velikih finansijskih gubitaka Telekomu ukoliko ne dodje do neke promene. Rezultati kretanja broja korisnika fiksne i mobilne telefonije dovode nas do zaključka da dve

delatnosti od kojih Telekom dobija oko 80% profita su u padu. Ako se uzme u obzir intezitet konkurencije učesnika na tržištu fiksne telefonije (SBB, Orion, Telenor), kao i na tržištu mobilne telefonije (Telenor, Vip mobile), kao i manje interesovanje za usluge fiksne telefonije, postavlja se pitanje koliko bi privatizacija mogla i u kojoj meri da promeni ove trendove.

21 *Ibid.*

Grafikon br. 4 Broj korisnika fiksne telefonije Telekomu po godinama, izvor: Agencija za privredne registre



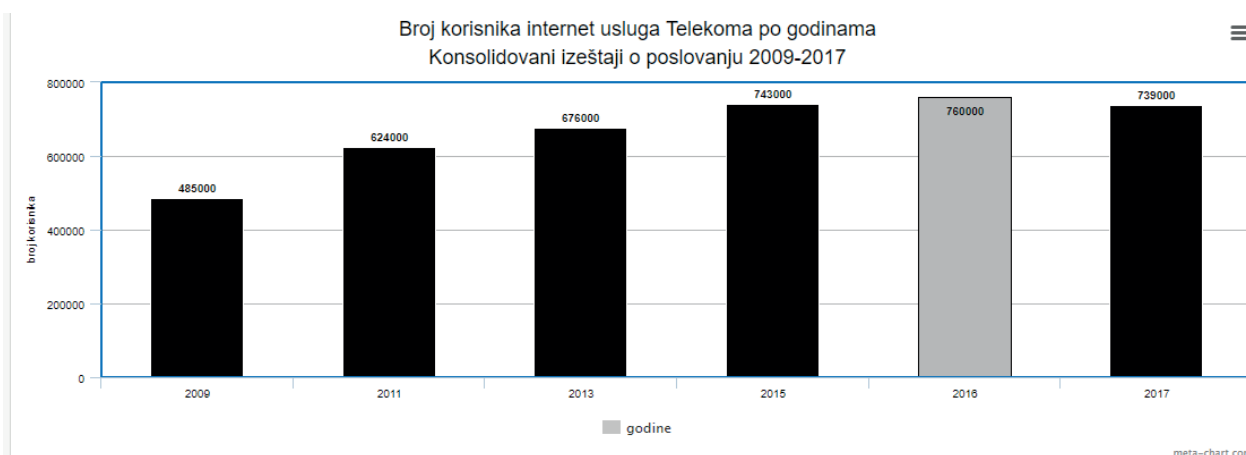
Pri analizi broja korisnika internet usluga, možemo primetiti da postoji trend rasta u pogledu broja korisnika koji je konstantan s izuzetkom 2017. godine. Kad se to upotpuni sa strategijom samog Telekoma²², koja rešenje vidi u tome da opadajući broj korisnika mobilne i fiksne telefonije nadomesti rastom na tržištu internet usluga, zaključujemo da je rast broja internet korisnika ipak rezultat koordinisanih napora Telekoma u toj oblasti kao i ulaganja u infrastrukturu koje je

započeto još početkom 20. veka. Ipak, neizvesno je da li će porast broja internet korisnika moći da nadomesti smanjenje broja korisnika na druga dva tržišta. Skepticizam autora se zasniva pre svega na analizi učešća profita od internet i multimedijalnih sadržaja u ukupnom profitu Telekoma. Prihod od internet usluga koje Telekomu predstavljaju „kartu za budućnost“ čini svega 9,1% ukupnog prihoda kompanije²³, a isti procenat prihoda obuhvata ponuda multimedijalnih sadržaja.

22 Vid. Agencija za privredne registre. *Konsolidovani godišnji finansijski izveštaj Telekoma za 2015. godinu*, Beograd 2015.

23 Vid. Agencija za privredne registre. *Konsolidovani godišnji finansijski izveštaj Telekoma za 2017. godinu*, Beograd 2017.

Grafikon br. 5 Broj korisnika internet usluga Telekoma po godinama, izvor Agencija za privredne registre

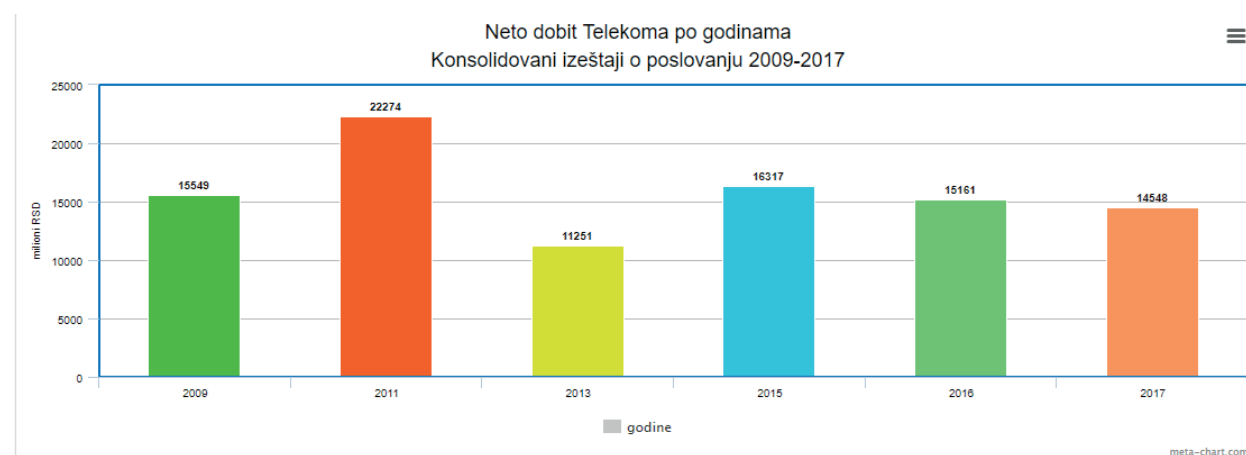


Neto dobit je jedan pokazatelj koji je u analizi pokazao interesantne rezultate. Jeremić²⁴ u svom radu „Privatizacija preduzeća TELEKOM Srbija a.d. Beograd u svetlu sumnje u efikasno korporativno upravljanje“ ističe da je došlo do pada neto dobiti od 2009. do 2013. godine. Iako je na osnovu ovih

podataka bilo osnovano očekivati da će doći do daljeg umanjivanja neto dobiti, neto dobit Telekoma se uvećala 2015. godine i preko vrednosti iz 2009. godine. Iz ovoga je moguće zaključiti da je nalaz Jeremića i Like iz 2015. godine bio pogrešan ili preuranjen, odnosno da je privatizacija tada bila sprovedena, nema sumnje da bi to bilo učinjeno iz pogrešnih razloga. Međutim, u poslednje dve godine posmatranja, došlo je do ponovnog pada profita čija je vrednost manja od neto profita iz 2009.

24 Nebojša Jeremić, Selim Lika; *Privatizacija preduzeća TELEKOM Srbija a.d. Beograd u svetlu sumnje u efikasno korporativno upravljanje*, Singidunum University International Scientific Conference 2015, str. 4

Grafikon br.6 Neto dobit Telekoma po godinama, izvor Agencija za privredne registre



godine. Moguće je, međutim, da je došlo do stabilizacije tržišta u smislu da je Telekom po standardima kvaliteta sustigao svoje konkurente, koje na tržištu mobilne telefonije predstavljaju Telenor i Vip, a SBB na tržištu internet i multimedijalnih usluga. To bi značilo da je rast kvaliteta usluga doveo do većih troškova i posledično pada profitabilnosti.

Zaključak

Ne bi bilo ispravno Telekom svrstati u grupu državnih preduzeća koja su kočnica razvoju srpske privrede, pre svega zato što je upravo Telekom preduzeće koje posluje sa profitom i svojim akcionarima isplaćuje dividende, od kojih je Republika Srbija za 5 godina ostvarila prihod od 179,5 miliona evra²⁵. Takođe, ne bi trebalo zaboraviti ni to da upravo Telekom poseduje ogromne resurse u kablovima, i ostaloj telekomunikacionoj infrastrukturi u koju je ulagano još od početka dvadesetog veka. Dakle, vrednost Telekoma je nesumnjiva, a ostaje otvoreno pitanje da li bi u procesu privatizacije njegova imovina bila na pravi način vrednovana, imajući u vidu neke od institucionalnih slabosti procesa privatizacije u prošlosti. Budući da je proces liberalizacije telekomunikacionog tržišta u Srbiji već u velikoj meri sproveden, prodaja Telekoma ne bi mogla da doprinese mnogo na tom planu, kao što je to slučaj sa državama gde se proces liberalizacije i privatizacije odvijao istovremeno. Ipak, analiza finansijskih pokazatelja ukazuje na to da je verovatno da u budućnosti nastane problem opstanka Telekoma na kompetitivnom tržištu mobilne i fiksne telefonije, i sa stanovišta vrednosno neutralne ekonomske analize slažem se sa onima koji bi Telekom privatizovali. Profitabilnost preduzeća je sa izuzetkom 2015.

²⁵ Ibid.

godine u blagom padu, a još je problematičniji konstantan trend pada broja korisnika na tržištu mobilne i fiksne telefonije. Rast broja korisnika na tržištu internet usluga za sada nije dovoljan da to nadomesti, imaju u vidu relativno malo učešće profita na ovom tržištu u ukupnom profitu Telekoma. Ipak ovo pitanje u krajnjoj liniji predstavlja vrednosni sud i pitanje dnevne politike.

Pitanje privatizacije Telekoma je od priličnog strateškog značaja, imajući u vidu vrednost infrastrukture u vlasništvu ovog preduzeća. Privatizacija bi trebalo da bude sprovedena ukoliko je to u najboljem nacionalnom interesu, a analiza u ovom radu nije dala jednoznačan odgovor. Argumenti izneseni u ovom radu pokazuju da se ubedljiv slučaj može izgraditi za obe pozicije. Iako analiza ekonomskih argumenata ide u korist privatizaciji, ekonomsko-politički razlozi mogu voditi i ka protivljenju istoj.

Dušan Cerović

ANALYSIS – ARGUMENTS FOR AND AGAINST THE PRIVATIZATION OF TELEKOM SRBIJA

The first part of the article deals with the theoretical reasons and arguments for and against the privatization of the Serbian Telekom, from an economic perspective. The second part of the article analyses the financial, an economic indicators of Telekom, and in conclusion the article argues that both those who believe Telekom should be privatized, and those who are against, have strong arguments, but from a purely economic perspective, the arguments are on the side of privatization.

Keywords: Privatization, Serbian Telekom, Telecommunications, Economics.

ФИНАНСИРАЊЕ ПОСЛОВНИХ ПОДУХВАТА ПУТЕМ УГОВОРА О ФИНАНСИЈСКОМ ЛИЗИНГУ

Душко Вујовић*

У овом раду аутор разматра уговор о финансијском лизингу као један од потенцијалних начина финансирања пословних подухвата. Први део рада бави се општим карактеристикама уговора о финансијском лизингу. У том смислу, аутор ће најпре дати појмовно одређење овог уговора, потом ће бити указано на три основна теоријска гледишта која се тичу времена настанка финансијског лизинга, да би на крају овог дела рада биле изложене основне обавезе уговорних страна (даваоца лизинга, примаоца лизинга и испоручиоца предмета лизинга). У другом делу рада размотрен је однос уговора о финансијском лизингу са одређеним сродним правним пословима (уговором о продаји са клаузулом *restitutio in integrum*, уговором о кредиту и уговором о закупу). Уз то, указано је на основне разлике између финансијског и оперативног лизинга. У трећем делу рада аутор сагледава основне предности и недостатке које овај правни инструмент финансирања носи са собом. У закључним разматрањима изнет је критички став по питању степена правне регулативе овог уговора у националним законодавствима, уз запажање да доношење посебних закона у области финансијског лизинга у оним земљама у којима овај трговински уговор своју потпуну правну регулативу још увек није доживео представља правну неопходност, имајући у виду његов све већи значај за савремено пословање.

Кључне речи: финансирање, финансијски лизинг, давалац лизинга, примаоца лизинга, испоручилац предмета лизинга.

Увод

Савремени тржишни услови намећу привредним субјектима све веће изазове. Брзина одвијања привредних активности сужава временски оквир за доношење успешних пословних одлука. „Светско тржиште постаје све комплекснија арена, у којој више никоме ништа није сигурно, ако не буде у тренду сталних промена.“¹ *Inter alia*, једно од питања, са којим сваки привредни субјектат треба да ра-

чуна тиче се начина финансирања сопствених пословних подухвата, стога што прибављање финансијских средстава представља један од најкомплекснијих проблема у самом процесу покретања новог подухвата². Начелно, може се говорити о две основне врсте финансирања: унутрашњем и спољашњем. Унутрашње финансирање је вид финансирања који подразумева ангажовање сопствених средстава, чији главни извор представља профит који предузеће остварује, док спољашње финансирање подразумева обезбеђење финансија из туђих средстава³. Дакле, капитал се може набавити на два основна начина: 1) улагањем сопствених средстава и 2) задуживањем, односно позајмљивањем средстава⁴.

Један од правних „аранжмана“ којем би лице (физичко или правно) које нема властитих ликвидних средстава⁵ којима би финансирало одређени пословни подухват могло прибећи свакако представља уговор о финансијском лизингу, када би у позицији примаоца (корисника) лизинга предмет лизинга наба-

2 За синтетички осврт на разноврсне механизме финансирања вид. Hugo Deams, *Planning and financing*, Electronic & Database Publishing, Inc, Bloomington 2006.

3 Вид. Владан Владисављевић, Милена Кнежевић, Горан Дивац, „Правна природа уговора о финансијском лизингу“, *Одитор* 2/2017, 67.

4 Привредни субјекти порекло (изворе) свог капитала исказују у пасиви биланса стања. Када је сопствени капитал премали у односу на позајмљени биће речи о утањеној капитализацији, што може довести до нелегитимне законите пореске евазије, те је са становишта јавних власти врло значајно успоставити продуктивне правне механизме како би се ова „аномалија“ спречила. Више о томе вид. Дејан Поповић, *Пореско право*, 15. издање, Београд 2017, 401–402; Цвјетана Цвјетковић, „Утањена капитализација као евазиони инструмент“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2010 (ур. Драгиша Дракић), 521–536. С тим у вези, Закон о порезу на добит правних лица-ЗПДП „Службени гласник РС“, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002–др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014– др. закон, 142/2014, 91/2015– аутентично тумачење, 112/2015 и 113/2017) у чл. 62 ст. 2 прописује за банке и даваоца финансијског лизинга фиксни однос позајмљеног и сопственог капитала постављен у сразмери 10:1.

5 Појам неликвидности не треба мешати са инсолвентношћу. Док неликвидност подразумева тренутну (пролазну) неизбалансираност (неравнотежу) потраживања и обавеза одређеног лица, дотле, инсолвентност претпоставља трајнију неспособност плаћања.

* Аутор је студент четврте године Правног факултета Универзитета у Београду, dvujovic1996@gmail.com.

1 Драган Михаиловић, *Лизинг као облик финансирања привредног развоја Црне Горе*, докторска дисертација, Београд 2016, 20.

вило посредством лизинг друштва (даваоца лизинга) које би по његовој спецификацији и избору купило од одређеног продавца (испоручиоца) предмет лизинга који му даље уступа на коришћење уз плаћање лизинг накнаде. Посматрано строго *de iure* власник ствари која је предмет лизинга постаје давалац лизинга, али практично, власник је прималац лизинга⁶ који има право да предмет лизинга економски искоришћава. Основни постулат на којем се заснива читава филозофија лизинг посла почива на идеји да власништво није основна и најважнија категорија савремене производње и промета инвестиционих добара, без обзира на то да ли се ради о покретним или непокретним добрима⁷. Дакле, лизинг трансакција омогућава „проток“ коришћења вредних средстава од оних који њима располажу (и не требају им) ка онима који их фактички употребљавају за свој подухват, остварујући тако профит који представља финансијску основу из које се исплаћује лизинг накнада власнику ствари тј. даваоцу лизинга⁸. Поједини аутори својину лизингодавца на предмету лизинга квалификују као обезбеђење, иако строго правно посматрано овде и није реч о обезбеђењу у правом смислу те речи, те је прикладније користити термин „квази-обезбеђење“⁹. Природу овог уговора најверније одсликавају Аристотелове речи: „Истинско богатство није у власништву над имовином, већ у праву да се она користи.“¹⁰ Да закључимо, да би се остваривао профит, довољно је располагати правом (економског) искоришћавања одређеног средства током одређеног временског периода.

Уговор о финансијском лизингу, у савременој пословној пракси има све раширенију примену. Лизинг се користи од стране компанија свих величина и из свих грана индустрије, као један од метода за финансирање средстава¹¹. „Савремена примена лизинга је таква да није претерано констатовати да је освојио свет и све поре пословног и приватног живота“¹². На

међународном плану, у Отави је 1988. године донета UNIDROIT¹³ Конвенција о међународном финансијском лизингу¹⁴ (UNIDROIT Convention on International Financial Leasing) која је ступила на снагу 1. маја 1995. године, чиме је извршена делимична унификација ове установе¹⁵. У Републици Србији правни оквир за примену овог уговора представља Закон о финансијском лизингу донет 27. маја 2003. године¹⁶. Доношењем овог закона, финансијски лизинг, као значајан институт савременог пословног промета, у нашем правном систему добија своје правно утемељење¹⁷.

1. Опште карактеристике уговора о финансијском лизингу

1.1 Појам

Назив овог уговора потиче од енглеске речи *to lease* – дати у закуп, најам¹⁸. Финансијски лизинг представља комплексну установу, која има своју правну, али и економску димензију, те не чуде теоријска преплитања приликом његовог дефинисања. Све у свему, појам уговора о лизингу је врло тешко прецизно одредити, због чега се у доктрини прибегава описним дефиницијама¹⁹.

13 UNIDROIT (енг. *The International Institute for the Unification of Private Law*, фр. *Institut international pour l'unification du droit privé*) је независна међувладина организација са седиштем у Вили Алдобрандини у Риму чија је сврха пре свега проучавање метода за усклађивање и кординацију приватног (посебно трговинског) права између држава. Нормативна делатност ове организације се огледа у доношењу међународних конвенција и моделских закона.

14 Детаљно о правном режиму конвенције вид. Младен Драшкић, „Уговор о финансијском лизингу према UNIDROIT Конвенцији“, *Привредноправни приручник* 8/90; Иванка Спасић, Мара Тодоровић, *Међународни финансијски лизинг и међународни факторинг*, Институт за упоредно право, Београд 1989. Конвенција доступна на адреси: <https://www.unidroit.org/leasing-ol/leasing-english>, 20.12.2018.

15 Поред ове конвенције, UNIDROIT је донео и Модел закона о лизингу (UNIDROIT Model law on leasing) усвојен 2008. године. Доступно на адреси: <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/model-law>, 20.12.2018.

16 Закон о финансијском лизингу-ЗОФЛ, „Службени гласник РС“ бр. 55/2003, 61/2005, 31/2011 и 99/2011– др. закони.

17 Јелена Перовић, *Финансијски лизинг*, Београд 2014, 1.

18 Трагајући за старијим кореном речи лизинг, може се доћи до закључка да она потиче од грчке речи *lysis*– разрешење, откуп, ослобађање. Д. Михаиловић, 57.

19 Вид. Марко Ђурђевић, „Својина на предмету лизинга као обезбеђење лизингодавца у уговору о лизингу“, *Право и привреда* 9–10/2002, 54.

6 Вид. Ewan McKendrick, *Goode on Commercial Law*, fourth edition, London 2010, 768.

7 Љубица Лаушевић, „Повратни лизинг-алтернативни извор повећања обртног капитала предузећа“, *Банкарство* 1/2014, 32.

8 Вид. Д. Михаиловић, 56.

9 Вид. Христина Војводић, „Недостаци регулативе оперативног лизинга у Србији“, *Право и привреда* 7–9/2016, 131.

10 *Lat. Divitae verae non est a modo in proprietate sed in se sunt leges.*

11 Brian Coyle, *Leasing*, AMACOM, Chicago 2000, 4.

12 Д. Михаиловић, 73.

Проф. Мирко Васиљевић дефинише финансијски лизинг као уговор којим се давалац лизинга (*lessor*) обавезује да ће кориснику лизинга (*lessee*) дати на привремено коришћење (употребу–закуп) одређену ствар, коју му је у својину предао испоручилац предмета лизинга и да ће обавити одређене радње у вези са том употребом, а корисник лизинга се обавезује да плаћа накнаду (закупнину) у уговореним ратама и да по истеку уговореног рока врати ствар даваоцу лизинга, или продужи коришћење или је откупи²⁰. Уговор о лизингу представља само један део целовитог посла (целовите лизинг конструкције), код које се на уму има економска страна овог посла, која подразумева посебан алтернативни начин финансирања примаоца лизинга који нема сопствених финансијских средстава преко лизинг друштва²¹ које по његовој спецификацији купује од продавца предмет лизинга који му даље уступа на коришћење уз плаћање лизинг накнаде²². Домаћи ЗОФЛ у чл. 2 утврђује да је посао финансијског лизинга посао финансијског посредовања који обавља давалац лизинга и који подразумева да давалац лизинга, задржавајући право својине над предметом лизинга, на примаоца лизинга преноси, на одређени временски период, овлашћење држања и коришћења предмета лизинга, са свим ризицима и свим користима повезаним са правом својине, а примаоца му за то плаћа лизинг накнаду²³.

Међународни рачуноводствени стандард (МРС) број 17, за разлику од нашег Закона, садржи једну парцијалну дефиницију овог посла, те финансијски лизинг одређује као ли-

зинг којим се суштински преносе сви ризици и користи који су повезани са власништвом над неким средством²⁴. Ризици се односе на потенцијалне губитке због неискоришћености капацитета, технолошке застарелости и сл. Користи представљају очекивану зараду током економског века средстава²⁵. Поред МРС бр. 17 вреди поменути још два врло значајна међународна финансијска инструмента која тангирају област финансијског лизинга, а то су: Финансијски рачуноводствени стандард (ФРС) број 13²⁶ и Кејптаунска конвенција²⁷ (Конвенција о међународним интересима на покретној опреми) усвојена 2001. године.

Све у свему, уговор о финансијском лизингу представља тродимензионални (тространи) однос у којем се појављују три лица: давалац лизинга–лизинг друштво, корисник–прималац лизинга и испоручилац предмета лизинга. У овој тројединој структури закључују се два уговора. Уговор о лизингу закључују давалац лизинга и прималац лизинга, а уговор о продаји (уговор о испоруци) закључују давалац лизинга и испоручилац предмета лизинга (произвођач). Позиција даваоца лизинга у овој конструкцији је свакако најзначајнија будући да се он појављује као уговорна страна у оба уговора. Он је „централна полука“ за одвијање лизинг посла и суштински посматрано, све од њега полази²⁸.

Према својим правним особинама уговор о финансијском лизингу се сврстава у именоване уговоре, двострано обавезне и теретне уговор, комутативне уговор, уговоре по приступу,²⁹ уговоре са трајним престацијама, по правилу уговоре *intuitu personae* и формалне уговоре по самом закону при чему је прописана свечана форма (*forma ad solemnitatem*)³⁰ праћена

20 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, 15. издање, Београд 2016, 366.

21 Давалац лизинга је друштво с ограниченом одговорношћу или акционарско друштво са седиштем у Републици Србији, које има дозволу Народне банке Србије за обављање послова финансијског лизинга. Вид. ЗОФЛ, чл. 10 ст. 1. За обављање послова финансијског лизинга чији је предмет покретна ствар, новчани део оснивачког капитала даваоца лизинга не може бити мањи од 500. 000 евра, а ако је реч је финансијском лизингу чији је предмет непокретна ствар новчани део оснивачког капитала даваоца лизинга не може бити мањи од 5. 000.000 евра. Вид. ЗОФЛ, чл. 10а ст. 3 и 4.

22 Вид. М. Васиљевић, 366.

23 Закон о финансијском лизингу Црне Горе, „Службени лист РЦГ“, бр. 81/2005 и „Службени лист ЦГ“, бр. 40/2011 у чл. 2 тач. 2 нормира да је посао финансијског лизинга правни посао у којем давалац финансијског лизинга са примаоцем лизинга уговара посао финансијског лизинга којим се обавезује да на примаоца лизинга пренесе овлашћење држања и коришћења предмета лизинга на уговорено време, а прималац лизинга се обавезује да за држање и коришћење плаћа уговорену накнаду у уговореним ратама.

24 Међународни рачуноводствени стандард (енг. *International Accounting Standards*) број 17–МРС 17, доступно на адреси: <http://www.iasplus.com/en/standards/ias>, 20.12.2018.

25 Вид. Драгана Чавић, „Рачуноводствено обухватање набавке основних средстава путем финансијског лизинга“, *Школа бизниса* 2/2009, 111.

26 Финансијски рачуноводствени стандард (енг. *Financial Accounting Standards*) број 13–ФРС 13, доступно на адреси: <http://www.fasb.org/home>, 20.12.2018.

27 Конвенција доступна на адреси: <http://www.unidroit.org/instruments/security-interests/cape-town-convention>, 20. 12. 2018.

28 Д. Михаиловић, 123–124.

29 Закључује се на основу општих услова пословања даваоца лизинга као економски јаче стране којима приступа прималац лизинга.

30 Форма *ad solemnitatem* је форма која је услов пуноважности правног посла, док *forma ad probationem* представља доказну форму. Ако уговор за који је

уписом у прописани регистар и са правним дејством према трећим лицима почев од дана уписа³¹.

1.2 Настанак и развој

О самим почецима примене лизинга не постоје једнодушна схватања у правној теорији. *Grosso modo* посматрано, могу се издвојити три групе гледишта.

Прва група аутора корене лизинга налази у далекој прошлости. Помињу се одређене трансакције на простору Месопотамије предузимане у вези са стоком, земљиштем и иригационим системима око 5000. године п.н.е. које наликују данашњем лизингу. Наилази се и на размишљања да се овај посао најпре појавио у Египту око 3000. године п.н.е. за време владавине фараона Менеса, а постоје и одређени извори према којима је у Вавилону око 2000. године п.н.е. примењиван један вид лизинга за чамце за стоку³².

Друга група аутора порекло овог института везује за одређене пословне трансакције америчке фирме „*Bell Telephone Company*“. У САД-у се наводи 1877. година, јер је тада поменута компанија прешла са класичне продаје, која није била довољна да апсорбује сву производњу, на изнајмљивање телефонских апарата³³.

Најзад, трећа група аутора стоји на становишту да је лизинг настао у САД-у 50-их година 20. stoleћа. Могло би се рећи да је прву праву компанију за финансијски лизинг основао Хенри Шофелд у Сан Франциску 1952. године. Компанија је основана са циљем да реализује једну конкретну трансакцију у домену железничког транспорта. Наведеном трансакцијом демонстрирана је економска ефикасност финансијског лизинга па је Шофелд одлучио да настави пословање и оснује америчку лизинг компанију – „*United States Leasing International Inc*“³⁴.

Дакле, у свом савременом облику, финансијски лизинг се најпре примењивао у земљама англосаксонске правне традиције³⁵ (САД,

Велика Британија³⁶ и др.). Имајући у виду предности овог посла, долази до развоја овог уговора и на осталим континентима. На тлу Европе, овај вид финансирања пословних подухвата заживео је у шестој декади 20. века, да би се потом још више развио у наредној деценији. Међутим, посао финансијског лизинга још увек није доживео потпуну правну регулативу у већини националних правних система³⁷.

На нашем правном подручју, до доношења Закона о финансијском лизингу³⁸ лизинг је био регулисан само спољнотрговинским прописима као и царинским, девизним и пореским прописима и прописима о кредитним пословима са иностранством³⁹.

1.3 Обавезе уговорних страна

1.3.1 ОБАВЕЗЕ ДАВАОЦА ЛИЗИНГА

У правном послу финансијског лизинга, давалац лизинга, као централна фигура, преузима неколико обавеза. Његова основна обавеза је да према спецификацији примаоца лизинга прибави предмет лизинга⁴⁰ од испоручиоца кога је одредио прималац лизинга (по правилу, не ослањајући се на стручност даваоца лизинга) и да ту ствар преда на коришћење прима-

36 У Великој Британији се 1960. године оснива „*US Leasing Corporation Mercantile Credit CO*“, Вид. Д. Михаиловић, 64.

37 Прва европска земља која је целовито регулисала посао финансијског лизинга је Француска која је свој закон (*Ordonance*) донела 1966. године (прво лизинг друштво у Француској основано је 1962. године). Више о томе вид. И. Спасић, „Развој, специфичности и нормативно уређење лизинга посла у Француској, Страни правни живот 1/2008, 139–152. У Белгији је финансијски лизинг најпре био регулисан Краљевским декретом (*Arrêté royal*) од 1967. године (прво лизинг друштво у Белгији је основано 1963. године). Више о томе вид. И. Спасић, „Специфичности нормативног уређења лизинга посла у Белгији“, Страни правни живот 3/2008, 214–221. У Немачкој је у Дизелдорфу 1962. године дошло до спајања два друштва, те је настало „*Deutsche Leasing AG*“ које је и данас највеће друштво за лизинг опреме у Немачкој. Више о развоју лизинга у Немачкој вид. Friedrich von Westphalen, *Der Leasingvertrag*, Köln 1992. Синтетички поглед на размере лизинг послова у Европи у: Mario Giovanoli, *Le credit – bail (leasing) en Europe*, Paris 1980.

38 Критички осврт на ЗОФЛ у: Ј. Перовић, *Коментар Закона о финансијском лизингу*, Београд 2003; Миладин Нешић, „Осврт и коментар на Закон о финансијском лизингу“, *Право–теорија и пракса* 4/2005, 38–56.

39 Вид. М. Васиљевић, 367.

40 Према чл. 4 ЗОФЛ предмет финансијског лизинга је покретна непотрошна ствар (опрема, постројења, возила и сл.) и непокретна ствар која може бити предмет права својине у смислу закона који уређује својинскоправне односе. Давалац лизинга не може оптеретити хипотеком непокретност коју је дао у финансијски лизинг. Вид. ЗОФЛ чл. 14 ст. 2

прописана битна форма као услов пуноважности није у тој форми и закључен сматраће се ништавим. Вид. Закон о облигационим односима-ЗОО, „Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“ бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 70 ст. 1.

31 Вид. ЗОФЛ чл. 6 ст. 4 и чл. 51.

32 Вид. Д. Михаиловић, 62–63; В. Владисављевић, М. Кнежевић, Г. Дивац, 68.

33 Вид. Д. Михаиловић, 63.

34 Вид. Јован Родић, Иван Марковић, *Пословне финансије*, Савремена администрација, Београд 1982, 133.

35 Више о томе вид. И. Спасић, „Leasing у англосаксонским земљама“, *Страни правни живот* 2–3/1991, 105–116.

оцу лизинга. Друга обавеза даваоца лизинга је одржавање предмета лизинга на уговорени начин⁴¹. Притом, за материјалне недостатке⁴² предмета лизинга примаоцу лизинга одговара испоручилац, а не давалац лизинга⁴³. Имајући у виду да је ова законска одредба диспозитивног карактера, могуће је уговорити да ће и у овом случају одговарати давалац лизинга. Када је избор испоручиоца извршио давалац лизинга, за материјалне недостатке предмета лизинга примаоцу лизинга одговарају солидарно давалац лизинга и испоручилац предмета лизинга⁴⁴. Трећа обавеза даваоца лизинга тиче се заштите од евикције (правног узнемиравања). Давалац лизинга дужан је да примаоцу лизинга омогући на предмету лизинга не само мирну, већ и корисну државину. Давалац лизинга ће одговорати ако о праву трећег лица на предмету лизинга прималац лизинга није обавештен, нити је пристао да узме предмет лизинга оптерећен тим правом. Одговорност даваоца лизинга по основу евикције не може се уговором ограничити или искључити. Напослетку, давалац лизинга је обавезан да по истеку уговора пренесе својинскоправна овлашћења на примаоца лизинга, ако је тако уговорено⁴⁵.

1.3.2 ОБАВЕЗЕ ПРИМАОЦА ЛИЗИНГА

Прва обавеза примаоца лизинга је преузимање предмета лизинга на начин, у време и на месту како је то уговорено. Друга обавеза при-

маоца лизинга је да користи предмет лизинга са пажњом доброг привредника, у складу са уговором и наменом предмета лизинга, с тим да ће бити одговоран за штету ако предмет лизинга користи противно уговору или намени. Уз то, прималац лизинга је обавезан да одржава предмет лизинга у исправном стању и да врши потребне поправке, а ако то не учини одговараће за штету проузроковану неодржавањем предмета лизинга у исправном стању. Трећа обавеза примаоца лизинга подразумева плаћање лизинг накнаде у износима, роковима и на начин који су предвиђени уговором о лизингу. У лизинг рату редовно је укључена и одређена стопа амортизације предмета лизинга, при чему давалац лизинга редовно тежи да кроз увећане стопе амортизације оствари предност лизинга у односу на продају⁴⁶. Ако прималац лизинга падне у доцњу са исплатом прве рате, давалац лизинга има могућност да раскине уговор⁴⁷. Ако после исплате прве рате прималац лизинга задоцни са исплатом једне или више узастопних рата чији укупан износ достиже једну четвртину укупне лизинг накнаде, давалац лизинга може да раскине уговор или да захтева од примаоца лизинга исплату остатка накнаде заједно са припадајућом каматом. Уз то, давалац лизинга може раскинути уговор у погледу свих будућих обавеза исплате и ако прималац лизинга не исплати само једну рату, ако је из околности очигледно да ни оне неће бити испуњене. Давалац лизинга који жели да се служи својим правом на раскид уговора дужан је да примаоцу лизинга остави накнадни (разуман, примерен) рок за испуњење обавезе (будући да није реч о фиксном уговору), с тим да ако ни у том року прималац лизинга не испуни своју обавезу, долази до раскида уговора по сили закона (*ex lege*). Прималац лизинга може да одржи уговор на снази ако понуди одговарајуће средство обезбеђења. Давалац лизинга у случају раскида уговора има право на повраћај предмета лизинга и накнаду претрпљене штете у виду тзв. позитивног уговорног интереса⁴⁸ – давалац лизинга треба да

41 Више о томе вид. Ј. Перовић, „Одговорност за недостатке на предмету финансијског лизинга“, *Право и привреда* 5–8/2006, 445–457.

42 Према чл. 479 ЗОО материјални недостатак постоји: 1) ако ствар нема потребна својства за њену редовну употребу или за промет; 2) ако ствар нема потребна својства за нарочиту употребу, за коју је купац набавља, а која је била позната продавацу, или му је морала бити позната; 3) ако ствар нема својства и одлике које су изричито или прећутно уговорене, односно, прописане и 4) када је продавац предао ствар која није саобразна узорку или моделу, осим ако су узорак или модел приказани само ради обавештења.

43 Прималац лизинга може да захтева од испоручиоца испуњење уговора тј. испоруку опреме, отклањање недостатака опреме или предају друге ствари без недостатака. Уз то, прималац лизинга има и секундарно право на накнаду претрпљене штете. Тако: *UNIDROIT* Конвенција о међународном финансијском лизингу, чл. 12.

44 Давалац лизинга ће одговарати примаоцу лизинга за штету нанету опремом ако је прималац лизинга претрпео штету због тога што се ослонио на стручно даваоца лизинга или ако је давалац лизинга имао своје учешће у избору испоручиоца или у спецификацији опреме. Давалац лизинга, пак, у том својству не одговара трећим лицима за смрт, телесне повреде или штете на имовини, које им проузрокује опрема. Вид. *UNIDROIT* Конвенција о међународном финансијском лизингу, чл. 8–9.

45 Вид. ЗОФЛ чл. 14–22.

46 Вид. М. Васиљевић, 368.

47 „Када прималац лизинга ни после опомене због неплаћања прве лизинг рате за преузети комбајн, своју обавезу не изврши, те услед тога давалац лизинга раскине уговор, давалац лизинга има право на повраћај предмета лизинга и накнаду претрпљене штете, јер треба да буде доведен у положај у којем би се налазио да је прималац лизинга испунио своју обавезу у свему у складу са уговором“ – из пресуде Апелационог суда у Београду, Гж. 504/11.

48 Код позитивног уговорног интереса надокнађују се оба вида конкретне штете: обична (стварна) штета (*damnum emergens*) и измакла добит (*lucrum cessans*),

буде доведен у положај у којем би се налазио да је прималац лизинга испунио своју обавезу, у свему у складу са уговором. Притом, давалац и прималац лизинга могу пред надлежним судом, у ванпарничном поступку, записнички утврдити да су се споразумели да ће у случају неплаћања лизинг накнаде од стране примаоца лизинга о доспећу, давалац лизинга имати право да ствар која је предмет лизинга преузме у државину. Записник који су потписале обе стране има снагу судског поравнања⁴⁹ које представља извршну исправу. Најзад, прималац лизинга има и обавезу да по протеклу рока утврђеног уговором врати предмет лизинга, осим ако није супротно уговорено⁵⁰.

1.3.3 ОБАВЕЗЕ ИСПОРУЧИОЦА

Испоручилац предмета лизинга се у целовитој лизинг конструкцији појављује као страна у уговору о продаји (уговору о испоруци) који закључује са даваоцем лизинга и притом преузима две основне обавезе. Прва обавеза испоручиоца (произвођача) је предаја примаоцу лизинга предмета лизинга у исправном стању, са припацама, у свему у складу са уговором, осим ако је ову обавезу уговором преузео на себе давалац лизинга. Ако испоручилац не изврши или неуредно изврши ову своју обавезу, прималац лизинга има права према испоручиоцу која би му била на располагању да је он био страна у уговору са испоручиоцем, искључујући притом право на раскид и поништај уговора који је закључен између даваоца лизинга и испоручиоца и право на снижење цене. Законом је прописано, такође, да испоручилац не може бити одговоран и даваоцу и примаоцу лизинга за исту штету. У случају да је давалац лизинга извршио избор испоручиоца, што је у пракси ретко, јер иницијатива за ступање у лизинг трансакцију потиче од примаоца лизинга и он је тај који обично бира опрему и произвођача⁵¹, одговараће солидарно са њим за неиспоруку или испоруку са доцњом предмета лизинга, као и за материјалне недостатке. Друга обавеза коју преузима испоручилац подразумева да уговор који је закључио са даваоцем лизинга не може накнадно да мења, без добијене сагласности примаоца лизинга⁵².

док се код тзв. негативног уговорног интереса надокнађује само обична штета, јер међу странкама не постоји уговор који би се морао извршити.

49 Више о правним дејствима поравнања вид. ЗОО, чл. 1089–1097.

50 Вид. ЗОФЛ чл. 23–35.

51 Вид. Е. McKendrick, 769.

52 Вид. ЗОФЛ чл. 36–39.

Уз то, треба напоменути да домаћи ЗОФЛ нормира две ситуације приликом којих ће доћи до завршетка (престанка) правних дејстава уговора о финансијском лизингу:

- 1) протек рока на који је уговор закључен и
- 2) пропаст предмета лизинга услед више силе⁵³ (*vis maior*).

2. Разграничење од сродних правних послова

Финансијски лизинг (енг. *finance lease, full payout lease*) спада у категорију мешовитих правних послова, те је услед тога, за правну теорију и праксу значајно направити јасна разграничења овог од сличних правних послова. Најзначајније је направити јасну дискрепанцу у односу на уговор о продаји са клаузулом *pactum reservati dominii*, уговор о кредиту и уговор о закупу⁵⁴.

Уношење клаузуле *pactum reservati dominii* у уговор о продаји подразумева да продавац остаје власник ствари, упркос томе што је она предата купцу, све док му купац у потпуности не исплати продајну цену. Код овог модалитета уговора о продаји ризик случајне пропасти и оштећења ствари прелази на купца у тренутку њене предаје, иако власник ствари остаје продавац до потпуне исплате цене. Самим тим, циљ који се овом клаузулом жели постићи је заштита продавца од ризика неплаћања цене од стране купца. Евентуално уговарање опције да прималац лизинга по истеку уговора купује предмет лизинга значи само овлашћење да постане и њен власник, што нема никакву заштитну функцију⁵⁵. Будући да и продавац код уговора о продаји са клаузулом *pactum reservati dominii* и давалац лизинга код уговора о финансијском лизингу и после предаје ствари купцу, односно, примаоцу лизинга остају власници, они могу, за случај да ствар дође у поседство трећих лица, користити реивиндикациону тужбу и захтевати повраћај ствари. Такође, продавац, односно, давалац лизинга имаће право, у случају стечаја купца, односно, примаоца лизинга, да излучном тужбом у парници (положај излучног повериоца) захтевају предају ствари из стечајне масе купца, односно, примаоца

53 ЗОФЛ у чл. 41 користи једну, не баш најсрећнију формулацију – „случај више силе.”

54 Уговор о финансијском лизингу има сличности и са неким другим правним пословима, пре свега мисли се на зајам и модалитет уговора о продаји са оброчним отплатама цене. Више о односу финансијског лизинга и ових уговора вид. М. Ђурђевић, 55–57.

55 М. Васиљевић, 372.

лизинга. Закључно, код продаје са клаузулом *pactum reservati dominii*, улога својине као обезбеђења наглашенија је него код лизинга, те се она приближава неким уговорима којима се конституише бездржавинска залога, док је код финансијског лизинга димензија кредитирања прибавиоца (примаоца лизинга) присутнија него код овог модалитета продаје⁵⁶.

Између уговора о финансијском лизингу и уговора о кредиту постоји неколико основних разлика. Прво, код финансијског лизинга прималац лизинга отплаћује предмет лизинга (по правилу у месечним лизинг ратама) са намером да постане власник, с тим да потпуно власништво може стећи тек након отплате последње лизинг рате, ако је тако уговорено. Код новчаног кредита клијент постаје власник у тренутку куповине ствари. Друго, процедура одобрења финансијског лизинга је бржа него код кредита, односно лизинг омогућава брже обављање формалности у односу на кредит. Треће, код финансијског лизинга није могућа превремена отплата пре законског минималног рока од две године, док код кредита постоји могућност превремене отплате без ограничења (у свако доба), с тим да банка (кредитор) не може да зарачуна камату у периоду од враћања кредита до оног дана када је по уговору требало да буде враћен. Четврто, прималац лизинга враћа исту ствар у смањеној вредности (услед амортизације), а прималац кредита враћа исту ствар, али у несмањеној вредности⁵⁷. Пето, лизинг омогућава бржу процену бонитета дужника у односу на кредит⁵⁸. И шесто, давалац лизинга-лизинг друштво обично не захтева додатна средства обезбеђења (с тим да би се могла уговорити) будући да остаје власник предмета лизинга до истека уговорног периода, док банка (кредитор) приликом закључења уговора о кредиту захтева од корисника кредита (дебитора) да положи одговарајућа (персонална или реална) средства обезбеђења за случај да не врати износ уговореног кредита са припадајућом каматом у уговореном року⁵⁹. Притом, опорезивање одређеног предузећа између кредита и

финансијског лизинга као потенцијалних извора финансирања, пре свега је диктирано величином предузећа и износом активе, те не чуди чињеница да далеко чешће у лизинг аранжмане ступају мала и средња предузећа због релативно малих износа капитала у односу на велика предузећа и недовољног износа активе који би се користио као средство обезбеђења код уговора о кредиту⁶⁰.

Свакако најтежи посао за правну теорију представља разграничење уговора о лизингу и уговора о закупу, будући да ова два уговора имају доста сличности. Уговор о закупу регулисан је Законом о облигационим односима.⁶¹ Код оба уговора преноси се право другој уговорној страни да ствар користи у одређеном периоду, с тим да право својине задржавају закуподавац, односно давалац лизинга. Међутим, док је код лизинга могуће уговорити да ће по протеклу уговореног рока прималац лизинга имати право да предмет лизинга откупи и тако постане њен власник, код закупа то није могуће, јер *causa finalis* овог уговора није у преносу права својине на закупца. Значајно је направити и разлику између природе закупнине с једне стране и лизинг накнаде с друге стране. Закупнина се јавља као еквивалентна новчана противчинидба која стоји наспрам основне обавезе закуподавца да ствар преда на коришћење закупцу, док је природа лизинг накнаде унеколико друкчија, јер нема еквиваленције, будући да износ лизинг накнаде бива већи од вредности ствари, јер лизингодавац кроз њу треба да поврати новчани износ који је уложио да би предмет лизинга прибавио од испоручиоца. Као сличност између ова два уговора могло би се навести то да закупца, односно, прималац лизинга имају право да закупљену ствар, односно, предмет лизинга, дају у подзакуп, односно подлизинг. Иако су права и обавезе из ова два уговора у великој мери сличне, ипак треба констатовати да финансијски лизинг представља сложенију правну конструкцију од закупа у којој учествују три лица (давалац лизинга, прималац лизинга и испоручилац предмета лизинга), док код закупа постоје две стране (закупац и закуподавац). У нашој правној теорији присутна су и схватања о лизингу као „специјалном закупу“⁶².

56 Вид. М. Ђурђевић, 61.

57 М. Васиљевић, 372.

58 Д. Михаиловић, 92.

59 У пословној пракси може се, додуше ретко, наићи и на кредите без средстава обезбеђења. Код оваквих кредита обезбеђење је поверење (етимолошки, реч кредит потиче од латинског глагола *credere*-веровати). Овакви, необезбеђени, кредити, обично се називају „непокривени кредити“, док се кредити који су покривени одређеним (персоналним или реалним) средством обезбеђења називају „покривени кредити“. Вид. М. Васиљевић, 353.

60 Вид. Нада Миленковић, „Стратегија привлачења ризичног и приватног капитала у условима тржишног амбијента Србије“, *Школа бизниса* 2/2017, 2.

61 Уговор о закупу је уговор којим се закуподавац обавезује да преда одређену ствар закупцу на употребу, а закупца се обавезује да му за то плаћа одређену закупнину. Вид. ЗОО, чл. 567 ст. 1.

62 Тако: Јелена Вилус, „Правни проблеми лизинга“, *Анали* I-VI/72, 112., наведено према М. Васиљевић, 373.

3. Финансијски лизинг vs. оперативни лизинг

У правној теорији се може наићи на различите класификације уговора о лизингу,⁶³ али она која је неоспорно најважнија је подела на финансијски (индиректни, капитални, прави) и оперативни (пословни, директни, неправи, квази) лизинг. Ова подела изведена је према два критеријума: 1) садржини и обухватности самог посла и 2) броју учесника. На овом месту ће се најпре изнети кратак осврт на посао оперативног лизинга да би потом било указано на основне разлике које постоје између ова два посла.

Оперативни лизинг (енг. *operational lease, non full payout lease*) је таква врста лизинга која подразумева постојање само два лица: даваоца лизинга који је истовремено и испоручилац и примаоца лизинга. Дакле, реч је о двостраном правном послу у којем се давалац лизинга обавезује да примаоцу лизинга преда (испоручи) ствар која је предмет лизинга, а прималац лизинга се обавезује да му за то плаћа накнаду. Испоручилац остаје власник ствари и после закључења уговора о лизингу, будући да је он и давалац лизинга. Правно посматрано, овде и није реч о уговору о лизингу који има своја специфична правила, већ је у основи реч о уговору о закупу или неком другом именованом уговору, са одређеним специфичним клаузулама⁶⁴. Из овакве дефиниције оперативног лизинга произилази неколико кључних разлика у односу на финансијски лизинг. Прво, у правној конструкцији финансијског лизинга учествују три стране: давалац лизинга, прималац лизинга и испоручилац предмета лизинга, док се код оперативног лизинга појављују само две стране, будући да су позиција даваоца лизинга и испоручиоца сједињене у једном лицу. Друго, особеност финансијског лизинга је постојање базичног рока⁶⁵ за време којег уговор не може

бити отказан, док код оперативног лизинга овог рока нема, те обе стране могу отказати уговор у сваком моменту. Треће, код финансијског лизинга прималац лизинга по истеку уговора може да откупи ствар која је предмет лизинга и да постане власник те ствари,⁶⁶ док код оперативног лизинга прималац лизинга не постаје власник средстава по истеку уговорног периода. Четврто, у послу финансијског лизинга на примаоца лизинга се преносе сви ризици и користи везани за ствар која је предмет лизинга, упркос томе што је она остала у власништву даваоца лизинга. Основна одлика финансијског лизинга је у стављању суштине изнад форме, јер код њега није битно ко је власник средстава, већ код кога се то средство налази на коришћењу⁶⁷. Насупрот томе, код оперативног лизинга се не преносе сви ризици и користи на примаоца лизинга. Основна одлика пословног лизинга је форма изнад суштине⁶⁸. Пето, уговор о финансијском лизингу је дугорочан (или средњорочан) лизинг, а оперативни лизинг је краткорочан лизинг⁶⁹. И шесто, код финансијског лизинга давалац лизинга успева да кроз укупан износ уговорене лизинг накнаде амортизује своје инвестиционе трошкове (рок амортизације опреме која је предмет лизинга је дужи од рока трајања уговора о лизингу – златно правило лизинга), док код оперативног лизинга давалац лизинга није у могућ-

smarter_way_to_build_enterprise_value.html, 21.2.2019. Уз то, финансијски лизинг познаје и резидуални или преостали рок. Резидуални рок је предмет накнадног договора између даваоца и примаоца лизинга, везано за могућност примаоца лизинга да након истека базичног рока, продужи време коришћења предмета лизинга. Вид. Весна Матић, „Савремени инструменти финансирања – лизинг”, *Банкарство* 9–10/2006, 61.

66 По протеклу рока на који је уговор закључен, прималац лизинга може да откупи предмет лизинга по цени која је одређена уговором или да продужи трајање уговора о лизингу (право опције), с тим да је дужан да о својој одлуци обавести даваоца лизинга најкасније месец дана пре истека рока на који је уговор закључен. Вид. ЗОФЛ чл. 42 ст. 2.

67 В. Владисављевић, М. Кнежевић, Г. Дивац, 69.

68 *Ibid.*

69 Дужина рока лизинга обично покрива већину очекиваног корисног века трајања средстава. Уобичајено је да се уговора рок у трајању 3–5 година. Рок од 5 година је типичан за лизинг постројења и машина, а рок од 10 година за лизинг бродова, авиона и железничког возног парка. Вид. В. Coyle, 35. Закон о лизингу Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске”, 70/07 и 116/11 предвиђа да финансијски лизинг мора бити закључен минимално на две године, а за оперативни лизинг не постоје никаква ограничења у погледу рока. Вид. Дамјан Даниловић, „Лизинг послови”, *Зборник радова Економског факултета у Источном Сарајеву* 8/2014 (уп. Младен Ребић), 160.

63 Више о томе вид. Љиља Стојнић, *Врсте уговора о лизингу*, Београд, 1991; Светлана Радосављевић, „Уговор о лизингу”, *Привредноправни приручник* 11–12/1992, 84–85.

64 Вид. М. Васиљевић, 371. О правној природи оперативног лизинга, постоје, међу ауторима, опречна схватања. Док га једни третирају као класичан или као посебан закуп, други му дају епитет неименованог уговора. Вид. Х. Војводић, 135–139.

65 Притом, платежна способност примаоца лизинга (могућност редовног отплаћивања уговорених лизинг рата) и квалитет и корисни век трајања лизинг опреме представљају два кључна фактора која опредељују рок трајања лизинга. Вид. Venture Leasing-A Smarter Way To Build Enterprise Value, https://www.streetdirectory.com/travel_guide/262/debts_loans/venture_leasing_a

ности да током једног лизинг посла амортизује своје инвестиционе лизинг трошкове, те мора ствар више пута давати у лизинг. Дакле, код финансијског лизинга је износ лизинг накнаде већи од вредности опреме, док је у случају оперативног лизинга лизинг накнада мања од вредности опреме.

4. Предности и недостаци финансијског лизинга

Пракса све чешћег закључивања уговора о финансијском лизингу у савременом пословном свету правда се бројним предностима⁷⁰ које се ступањем у овај правни аранжман остварују. Ипак, не треба пренебрегнути чињеницу да овај правни инструмент финансирања показује и одређене недостатке. Међутим, ипак промовишемо став да је у основи овог метода *win-win* (обе стране добијају) као његово фундаментално пословно обележје⁷¹.

Предности финансијског лизинга из перспективе примаоца лизинга су: прво, финансијски лизинг омогућава лицу које у датом тренутку нема сопствених ликвидних средстава којима би купило одређену ствар, да посредством даваоца лизинга дату ствар набави како би је употребило за планирани подухват. Дакле, набавка средстава се остварује без коришћења властитих финансијских средстава, што доводи до значајне уштеде капитала примаоца лизинга. Прималац лизинга може, ако је тако уговорено по протеку рока финансијског лизинга откупити предмет лизинга. По својој основној „финансијској конституцији“ лизинг омогућава често и до 100% ангажовање туђих средстава и обично не подразумева давање аванса⁷². Друго, давалац лизинга често не захтева додатна средства обезбеђења, будући да управо он остаје власник ствари која је предмет лизинга. Треће, брзина и једноставност код овог уговора, за разлику од неких других уговора (нпр. уговор о кредиту). Четврто, посматрано са пореског аспекта⁷³, прималац лизинга може лизинг накнаду исказати као оперативни трошак, те тако остварити умањење

пореске основице или одређене пореске олакшице. Пето, уношењем посебних клаузула, може се уговорити да ће давалац лизинга сносити обавезе одржавања, сервисирања, унапређења, замене делова и слично што умногоме поправља положај примаоца лизинга. Најзад, шесто, лизинг друштво које је у улози даваоца лизинга је специјализовано и поседује потребно искуство у пословању на тржишту које прималац лизинга најчешће нема.

Предности финансијског лизинга из перспективе даваоца лизинга су: прво, основна предност за даваоца лизинга је та што он остаје власник ствари која је предмет лизинга, упркос томе што је она у државини примаоца лизинга, што му даје одређена права у случају неовлашћеног располагања од стране примаоца лизинга. Друго, у случају неиспуњења основне обавезе примаоца лизинга која се састоји у плаћању лизинг накнаде, која стоји као пандан основној обавези даваоца лизинга да ствар прибави од испоручиоца према спецификацији примаоца, прописан је једноставан поступак повраћаја ствари у државину даваоца лизинга, будући да ће до тога доћи у ванпарничном, а не у парничном поступку, што је много брже и делотворније са аспекта даваоца лизинга. Треће, давалац лизинга има могућност да у случају стечаја примаоца лизинга искористи излучну тужбу у парници којом захтева излучење ствари која је предмет лизинга из стечајне масе примаоца лизинга⁷⁴. Четврто, и овде се као предност јавља једноставност и брзина закључења уговора, будући да то знатно смањује трошкове даваоца лизинга и чини његово пословање ефикаснијим. Уговори о лизингу су по начину закључења уговори по приступу, те омогућавају даваоцу лизинга (као економски јачој страни) да правни оквир за њихову примену буду његови општи услови пословања (који свакако морају задовољити све услове који се за њихову пуноважност захтевају и проћи поступак управне и судске контроле). Најзад, пето, степен регулације и контроле пословања лизинг друштава мањи је од неких других привредних друштава (пре свега банака).

Поред ових предности, финансијски лизинг показује и одређене недостатке, који имају своје импликације на положај примаоца лизинга. Прво, иако прималац лизинга ствар има у својој непосредној државини, он нема право својине на предмету лизинга, за разлику од продаје када својину стиче у тренутку предаје (код покретних ствари) или у тренутку

70 Вид. Слађана Бенковић, Тијана Андрић, „Advantages of leasing as a mode of financing vice debt financing“, *Management: Journal for Theory and Practice* 35/2004, 33–37.

71 Д. Михаиловић, 90.

72 *Ibid.*, 91.

73 Више о порескоправној димензији лизинг послова вид. Драган Босанкић, „Међународне лизинг трансакције структуриране са циљем генерисања пореских уштеда“, *Право и привреда* 4–6/2015, 542–559; Божић Раичевић, Марта Ђорђевић, „Пореско–правни аспекти лизинга“, *Право и привреда* 5–8/1997, 732–740.

74 Вид. ЗОФЛ чл. 15; Закон о стечају-ЗС, „Службени гласник РС“ бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/ 2012–одлука УС, 83/2014, 113/2017 и 44/2018), чл. 95.

уписа у катастар (код непокретности). Друго, уговор о финансијском лизингу је двострани и теретни правни посао, те и давалац лизинга улази у њега како би остварио одређену корист (добит). Она се огледа у износу лизинг накнаде коју му прималац лизинга плаћа током трајања уговора. Међутим, предност коју остварује прималац лизинга тиме што не плаћа ствар одмах, већ је отплаћује у ратама, није апсолутна. Како је лизинг друштво, као давалац лизинга, привредно друштво чија је основна карактеристика лукративни циљ (остваривање добити), прималац лизинга ће плаћањем предмета лизинга на лизинг рате њега платити у већем износу него што је његова основна цена (општи износ лизинг накнаде може достићи и до 130–160% у односу на основну цену робе). Треће, уколико прималац лизинга жели да реконструише или оствари каква техничка побољшања на предмету лизинга, то не може учинити без добијене сагласности даваоца лизинга. Најзад, четврто, поменута пореска корист коју може да оствари прималац лизинга, по свом карактеру је само привремена.⁷⁵

Дакле, свако ко би желео да одређени подухват финансира путем финансијског лизинга требало би да има у виду све горе наведене предности и недостатке, чијим међусобним вагањем треба да утврди да ли му ступање у овај правни аранжман представља оптимално решење.

Закључак

Чињеница је да лизинг послови доживљавају експанзију у савременом пословном свету, пре свега због околности да овај вид финансирања пословних подухвата не подразумева тренутно издвајање целокупних финансијских средстава потребних за остварење одређене инвестиције, већ омогућава отплату предмета лизинга у месечним лизинг ратама. То је лицу које се у овој конструкцији налази у положају примаоца лизинга олакшавајућа околност имајући у виду чињеницу да током трајања лизинга може коришћењем предмета лизинга на уговорени начин остварити одговарајући профит, те тако спровести у дело своју пословну замисао коју је имало приликом закључења овог правног посла. Како корисник, тако и давалац лизинга ступањем у овај правни аранжман доноси себи профит који се огледа у укупном износу лизинг накнаде коју му је корисник лизинга дужан да плати током трајања овог уговора, а која је овде већа од основне цене ствари коју је давалац лизинга платио ис-

поручиоцу приликом њене куповине. Дакле, долази до задовољења пословних потреба све три стране у овом односу: прималац лизинга је упркос томе што није имао сопствених ликвидних средстава прибавио ствар која му је потребна за реализацију свог пословног подухвата посредством даваоца лизинга–лизинг друштва, давалац лизинга ће кроз лизинг накнаду, која је већа од основне цене опреме која је предмет лизинга амортизовати своје инвестиционе трошкове и остварити добит, док је испоручилац предмета лизинга за ствар коју је продао добио одговарајућу своту новца.

Имајући све наведено у виду, врло је значајно да државе овај правни посао целовито регулишу. Међутим, будући да лизинг у свом савременом облику представља релативно младу установу, у већини националних законодавстава он није у потпуности регулисан. У Републици Србији правни оквир за примену овог уговора представља Закон о финансијском лизингу донет 27. маја 2003. године. Доношењем овог *lex specialis-a* наша земља се сврстала у круг земаља које су правни посао финансијског лизинга регулисале посебним законом. Тиме је прекинут период у којем је наша земља овај посао регулисала само спољнотрговинским прописима, као и царинским, пореским и девизним прописима и прописима о кредитним пословима са иностранством. Наш законодавац се определио да у овом закону регулише само финансијски лизинг, али не и оперативни лизинг, на који се, због његове суштинске везе са закупом примењују правила Закона о облигационим односима. На међународном плану донето је неколико аката који се тичу финансијског лизинга: *UNIDROIT* Конвенција о међународном финансијском лизингу усвојена у Отави 1988. године (ступила на снагу 1995. године), *UNIDROIT* Модел закона о лизингу усвојен 13. новембра 2008. године, Међународни рачуноводствени стандард (МРС) број 17, Финансијски рачуноводствени стандард (ФРС) број 13 и тзв. Кејптаунска конвенција (Конвенција о међународним интересима на покретној опреми) усвојена 2001. године (ступила на снагу 2006. године).

Конечно, са становишта већ изнетог, изражавамо очекивање да ће у наредном периоду посао финансијског лизинга, због свог великог значаја за савремено пословање, али и специфичности које поседује у односу на друге трговинске послове, бити инкорпорисан у посебне законске текстове у оним земљама у којима своју целовиту законску регулативу још увек није доживео, чиме ће степен правне сигурности и извесности приликом ступања у овај трговински посао бити подигнут на највиши ниво.

⁷⁵ Д. Михаиловић, 93.

Duško Vujović**FINANCING OF BUSINESS VENTURES BY
CONTRACT ON FINANCE LEASE**

In this paper the author considers finance lease contract as one of potential ways of financing business ventures. The first part deals with general characteristics of a finance lease contract. In this sense, the author gives a conceptual definition of this contract, then analyzes three main theoretical views concerning the timing of finance lease, and at the end of this part of the paper the basic obligations of the contracting parties are considered (lessor, lessee and supplier of the lease object). The second part considers the relationship of finance lease contract with certain similar legal contracts (the contract of sale with a clause pactum reservati dominii, loan contract and lease contract). In addition, it was pointed out to basic differences between finance and operational lease. In the third part the author considers the basic advantages and disadvantages that this legal instrument of financing entails. The concluding observations set forth a critical stance on the degree of legal regulation of this contract in national legislation, with the observation that the adoption of special laws in the field of finance lease in those countries where this commercial contract has not yet been legally adopted in its fullest extent is a legal necessity, bearing in mind its growing importance for modern business.

Keywords: financing, finance lease, lessor, lessee, supplier of the lease object.

CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

СТУДЕНТСКА ревија за привредно право [Електронски извор]
: стручно научни часопис студената Правног факултета Универзитета
у Београду / главни и одговорни уредник Татјана Јованић. –
Електронски часопис. - 2010/11, бр. 1– . – Београд : Правни факултет
Универзитета у Београду, 2011-

Начин доступа (URL): <http://www.ius.bg.ac.rs/revijapp>. – Насл. са насл.
странице. – Опис извора дана 15. 03. 2011. – Полугодишње

ISSN 2217-5202 = Студентска ревија за привредно право (Online)

COBISS.SR-ID 182513932

