

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Татјана Бугарски
декан Правног факултета у Новом Саду

Главни уредник
Проф. др Владимир Марјански

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду
доступан је у више електронских база:



Зборник излази непрекидно од 1966. године.
Од 2012. године Зборник излази четири пута годишње.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)



ЗБОРНИК РАДОВА **COLLECTED PAPERS**

LVI 4 (2022)

НОВИ САД, 2022.

ЗРПФНС, година LVI Нови Сад, бр. 4 (2022)

УДК 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

<i>Љубомир С. Сџајић</i> <i>Владан М. Мирковић</i> Историјске и савремене геополитичке тенденције великих сила са посебним освртом на безбедност Републике Србије	947
<i>Драго Љ. Дивљак</i> Стандарди безбедности хране и право Светске трговинске организације	965
<i>Сенад Р. Јаџаревић</i> <i>Дарко М. Божичић</i> Специфичности радноправног положаја директора у привредном друштву . .	983
<i>Сања В. Ђајић</i> Историјска победа или кула у ваздуху? Значај арбитражне одлуке у предмету <i>Green Power v. Spain</i> у сукобу Европске уније и међународног система решавања инвестиционих спорова	1005
<i>Петар М. Ђунгић</i> Међународна надлежност у споровима поводом повреде права личности на интернету – право Србије и Европске уније	1033
<i>Лука О. Бајић</i> <i>Горан Б. Милошевић</i> <i>Џејмс М. Џејмсовић</i> Пореске олакшице за запошљавање новонастањених лица	1055
<i>Иван Д. Милић</i> Специфичности прекршајног гоњења према Закону о пореском поступку и пореској администрацији	1081
<i>Рајко С. Радошевић</i> Аустријско управно судство: реформа и нова парадигма	1097
<i>Стефан М. Гојковић</i> Ко су судијски помоћници у Републици Србији?	1119

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Текла И. Пай

Јанош Ј. Дул

Одрживо финансирање: стварно мађарско законодавство у оквиру ЕУ 1145

Зоран Р. Васиљевић

Реформски процеси у вези са друштвима са ограниченом одговорношћу у праву
Европске уније и њених држава чланица 1171

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Александра А. Тороман

Ограничења људских права према Европској конвенцији о људским правима
и основним слободама – нове тенденције 1193

TABLE OF CONTENTS

<i>Ljubomir S. Stajić</i>	
<i>Vladan M. Mirković</i>	
Historical and Contemporary Geopolitical Tendencies of the Great Powers With Special Reference to the Security of the Republic of Serbia	947
<i>Drago Lj. Divljak</i>	
Food Safety Standards and Law of the World Trade Organization	965
<i>Senad R. Jašarević</i>	
<i>Darko M. Božićić</i>	
Specificities of the Employment Position of the Director in a Business Company . .	983
<i>Sanja V. Đajić</i>	
A Groundbreaking Win or a Castle in the Air? The Relevance of the Green Power v. Spain Award in the EU-ISDS Feud	1005
<i>Petar M. Đundić</i>	
International Jurisdiction in Disputes over Infringement of Personality Rights on the Internet – Serbian and EU Law	1033
<i>Luka O. Baturan</i>	
<i>Goran B. Milošević</i>	
<i>Cvjetana M. Cvjetković Ivetić</i>	
Tax Reliefs for Employment of New Residents	1055
<i>Ivan D. Milić</i>	
The Characteristics of Misdemeanor Prosecution According to The Law on Tax Procedure and Tax Administration	1081
<i>Ratko S. Radošević</i>	
Austrian Administrative Judiciary: The Reform and the New Paradigm	1097
<i>Stefan M. Gojković</i>	
Who are Judicial Assistants in the Republic of Serbia?	1119

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Tekla I. Papp

János J. Dúl

Sustainable Finance: The Relating Actual Hungarian Legislation in EU Frame 1145

Zoran R. Vasiljević

Reform Processes Regarding Limited Liability Companies in Legislation of European
Union and its Member States 1171

SECTION FOR STUDENTS

Aleksandra A. Toroman

Restrictions on Human Rights under the European Convention of Human Rights and
Fundamental Freedoms – New Tendencies 1193

Оригинални научни рад

327:351.74/78(497.11)
doi:10.5937/zrpfns56-41379

Љубомир С. Стајић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7594-5741

Владан М. Мирковић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9995-8598

ИСТОРИЈСКЕ И САВРЕМЕНЕ ГЕОПОЛИТИЧКЕ ТЕНДЕНЦИЈЕ ВЕЛИКИХ СИЛА СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА БЕЗБЕДНОСТ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ*

Сажетак: Геополитика објашњава законитости политичког деловања у међународним односима проналазећи детерминанте политичких одлука у географским факторима. Резултат геополитичке мисли представљају могући обрасци понашања држава у међународним односима на основу којих се објашњавају прошли и садашњи догађаји, а будући предвиђају. Полазећи од основних принципа Макиндрове и Стајкменове теорије, у раду су приказане историјске и савремене геополитичке тенденције Великих сила на подручју Европе, са посебним освртом на простор на коме је настајала и развијала се модерна српска држава. На крају су идентификовани показатељи на основу којих би се могао предвидети будући развој геополитичке ситуације и импликације по безбедност Републике Србије.

Кључне речи: Геополитика, безбедност, Велике силе, Макингер, Стајкмен.

* Рад је настао као резултат рада на научно-истраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ у 2022. години, а чији је носилац Правни факултет у Новом Саду.

1. УВОД

Геополитичка мисао представља један од начина на који се објашњава законитост политичког деловања у међународним односима. У средишту проучавања геополитике је међусобни однос између географског простора, као територије на којој се налази једна или више држава и политичких одлука које се доводе у везу са положајем, обликом територије, рељефом и сл. Отуда геополитика представља науку која проучава утицај географских фактора на политичке одлуке односно њихову међузависност у смислу тенденција тог утицаја без обзира на проток времена. Простор на коме се држава налази у великој мери одређује њену судбину у међународним односима, због чега деловање државе према геополитичким схватањима има два смера. Прво, државе настоје да обезбеде што повољнију позицију у смислу заштите грађана и територије на којој врше суверену власт. Друго, поседовањем и контролом стратешки важних места остварује се контрола светског или регионалног тржишта што утиче на повољну економску позицију. Тако настаје повратно дејство економске моћи на војну и обрнуто, што објашњава заинтересованост политике за географију.

На основу анализе догађаја из прошлости уз апстракцију непотребних детаља, геополитика нуди могуће обрасце понашања држава у међународним односима. Овим обрасцима објашњавају се претходни и садашњи догађаји, а будући предвиђају. Геополитика пружа рационално објашњење разлога политичког деловања држава (војни, безбедносни, економски и др. разлози), што пред Велике силе поставља захтев да се насилно и освајачко понашање представи као хуманитарно, алтруистичко и у интересу човечанства.

За разумевање и сагледавање сопствене позиције у међународним односима од суштинске је важности раздвојити геополитичке чињенице од пропаганде којом се те чињенице прикривају. Чињеница је да природу и ток међународних односа увек одређују Велике силе, због чега је њихова позиција полазна основа сваке шире политичке и безбедносне анализе малих држава, које сопствене националне интересе морају да ускладе и уподобе са интересима Великих сила. Историја потврђује да су се периодичним ратовима утврђивале позиције у међународним односима. У том смислу политичке стратегије резултирале су тиме да државе настају, развијају се и нестају, док географија остаје вечна и константна. Отуда и пракса држава да у међусобној борби остварују што повољнију географску позицију и онемогуће противника у истим таквим намерама остаје константна. Имајући у виду претходно речено проблеми истраживања дефинисани су на следећи начин:

1. Који су општи принципи, правила и значај геополитике?
2. Које су савремене и историјске геополитичке тенденције Великих сила у Европи?

3. Које је потенцијално место српског етничког простора у геополитичким стратегијама Великих сила?
4. Које су безбедносне импликације по Републику Србију супротстављених геополитичких тенденција Великих сила на српском етничком простору?

2. ГЕОПОЛИТИКА – ПОЈАМ, ОПШТИ ПРИНЦИПИ И ЗНАЧАЈ ГЕОПОЛИТИКЕ

Рудолф Кјелен (1864-1922) дефинисао је геополитику као „науку о држави као географском организму или појави у простору“ која као политичка наука „стално има на уму јединство државе и жели да допринесе разумевању суштине државе.“ Кјелен геополитици супротставља политичку географију која „проучава територију као место становања људских заједница.“¹ Држава је код Кјелена схваћена у органицистичком смислу, које он преузима од Карла Ритера (1779-1859) који је почетком 19. века изнео тезу о држави као географском организму² који се састоји из органа (реке, планине, земљиште и сл.) који имају посебне функције и чине јединство, по аналогiji са људским телом. Фридрих Рацел (1844-1904), кога такође сматрају оснивачем геополитике, заступа органицистички приступ и у *Политичкој географији*³ пореди функционисање државе са кретањем живих бића.

Ритерово схватање државе показује да су се органицистичка схватања у друштвеним наукама појавила и пре објављивања Дарвиновог дела *О пореклу врста* (*On the Origin of Species*)⁴ из 1859. године и Спенсерових *Принципа биологије* (*The Principles of Biology*)⁵ из 1864. године, чиме се негира мишљење да су њихова дела научни основ Кјеленове и Рацелове научне мисли. Штавише, компарацијом Кјеленових и Рацелових теорија, али и теорија других аутора⁶ утврђено је да су предмет геополитике географски фактори који детерминишу политичке одлуке или прецизније речено узрочно – последичне везе између политичких одлука и географских фактора, при чему научна мисао која објашњава карактер државе нема никакву улогу.

¹ Rudolf Kjellen, *Der Staat als Lebensform*, Verlag von H. Hirzel, Leipzig 1917, 46.

² Вид. R. Kjellen, 65 и Walter Eric Boettcher, *Carl Ritter's Early Geographic Thought (1779-1817)*, University College London, London 1990, 180.

³ Friedrich Ratzel, *Politische Geographie*, Druck und Verlag von R. Oldenbourg, Munchen – Berlin 1903, 4.

⁴ Charles Darwin, *On the Origin of Species*, John Murray, Albemarle Street, London 1859.

⁵ Herbert Spencer, *The Principles of Biology, Vol. 1*. D. Appleton and Company, New York – London 1910.

⁶ Махан, Макиндер, Киркхофен, Спајкмен, па и Кисиндер и Бжежински и др.

Геополитика настоји да утврди рационалан и општи образац понашања политичких актера који је заснован односно мотивисан вредношћу појединих географских фактора. Географски фактори су географски положај, рељеф, распоред копна и мора, климатски положај, квалитет и површина обрадивог земљишта, рудна богатства, пловне реке, врста и квалитет морске обале, површина и облик територије и др. Вероватно најважнији географски фактор јесте да или је држава поморска или копнена. Чињеница где се држава налази детерминише опште безбедносне и економске услове, па тиме и начин и логику деловања, отуда се овај фактор налази на почетку сваке геополитичке расправе. Острвске државе имају најбоље услове да остваре сопствену безбедност⁷ у смислу да нису подложне неочекиваним упадима суседа, номада и сл., док с друге стране отворено море као нека врста аутопута пружа брзу и лаку доступност страним тржиштима и ресурсима на којима се заснива јака економија.

Кјелен⁸ говори о острвској држави; држави која је на копну, али има излаз на отворено море и држави која је потпуно копнена држава без излаза на море. Махан⁹ је сматрао да није довољно да нека држава има излаз на море да би имала поморску моћ. Напротив, идентификовао је седам принципа из којих проистиче поморска моћ државе. Он је тврдио да поморске државе имају за циљ проходност и безбедност трговачких путева којима пролазе њени поморски транспорти. У том смислу поморска држава усмерена је ка контроли острва која се налазе уз руте поморског кретања како би њени бродови могли да попуне своје потребе, одморе људе и заштите трговачке бродове ратном флотом која је ту усидрена. Исту функцију имају и пријатељске луке, због чега поморска држава не мора нужно да осваја територије, већ може и да ступа у партнерства и савезе са обалским државама. На крају, мореузи као уска грла кроз која пролази поморски транспорт од егзистенцијалне су важности, па је и контрола над њима (политика или физичка) интерес поморске силе и услов њене доминације и утицаја у свету. Распоред седишта америчких ратних флота широм света¹⁰ потврђује да су Маханови ставови (прихваћени и потврђени од стране Спајкмена), створили основне обрасце глобалног и регионалног геополитичког деловања САД.

⁷ Упор. Alfred Thayer Mahan, *The Influence of Sea Power Upon History 1660-1783*, e-book, <http://www.blackmask.com>, и R. Kjellen, па чак и Дарвиново поређење ситуације када се у станишту промене околности у смислу да што је станиште изолованије, то је могућност продора егзогених врста мања, са ситуацијом у коме острвске нације трпе мање утицаје и миграције него оне на копну. C. Darwin, Chapter IV Natural Selection.

⁸ R. Kjellen, 65.

⁹ Махан је издвојио седам принципа на којима се заснива поморска моћ државе. A. T. Mahan.

¹⁰ Вид. мапу са седиштем флота: https://www.globalsecurity.org/military/agency/navy/fleet_n.htm 23.8.2022.

Потпуно копнене државе хендикепиране су и у економском и безбедносном смислу, због чега се исправном показује Кјеленова теза да је „чежња за морем у државама које су превише копненог карактера политички мотив првог реда.“¹¹ Осим за морем, копнене државе теже и ка природним границама које су потврдиле своју историјску корисност. Планински венци пружају најбољу заштиту и стога се највиши врхови планина и доминантни висови по правилу налазе у оној држави¹² која је могла да диктира услове разграничења. Тропске шуме, пустиње, подручја покривена ледом и друга места која нису погодна за живот, такође представљају повољне границе, јер у великој мери онемогућавају или отежавају напредовање противника. Простране низије и долине пловних река историјски су се показале као колевка цивилизација, али нису безбедне границе.

У пракси ипак не постоје апсолутне и дефинитивне категорије, јер копнене силе могу да изађу на море које им пружа довољно основа да се развију као поморска сила (пример САД), док с друге стране пример Француске показује да доступност мора не гарантује поморску моћ, јер је Француска већи део своје историје била копнена сила. Оно што је константно, независно од географског положаја, и што представља геополитичку законитост јесте да свака држава настоји да обезбеди најповољнију географску позицију, док у исто време настоји да у тим напорима онемогући противнике. Потреба за одређеном врстом ресурса одређује некада стратегијску важност територије и путева до те територије. У тренутку када је нафта почела да покреће ратне и трговачке бродове, контрола Блиског истока постала је од егзистенцијалне важности. Ипак, развој технологије може да омогући да ресурси буду произведени другим технологијама или из других извора (пример тзв. зелених технологија), на другим територијама или да се преносе другачијим линијама снабдевања, што може утицати на промену геополитичких образаца. Покушај промене геополитичке ситуације тренутно је актуелан у напорима САД да ослободи Европу зависности од руског гаса.

Сумирајући резултате истраживања у овом делу, као геополитичка законитост утврђено је да копнене силе настоје да изађу из „географског кавеза“ и дођу до отворених мора, док поморске силе настоје да их у томе онемогуће. Затим, да копнене силе на различите начине настоје да рељеф претворе у ефикасну одбрамбену линију или да искористе простор у ту сврху (планински масиви, пустиње, залеђене површине као граничне области). Независно до тога да ли је реч о поморској или копненој сили, циљ сваке силе јесте да спречи настанак моћног супарника и да у исто време у зависности

¹¹ R. Kjellen, 34.

¹² Уколико узмемо за пример границу Србије и Албаније, коју су утврђивале Велике силе, а пре свих Аустрија, види се како Проклетије доминирају над метохијском котлином.

од безбедносних, економских, стратегијских, војних, демографских и др. потреба прошири своју зону утицаја. На крају треба истаћи да се традиционални принципи геополитике могу променити, првенствено под утицајем развоја технологије што је развој ваздухопловства потврдио. Питање које доноси будућност јесте како ће употреба сајбер простора и свемира утицати на традиционална геополитичка правила?

3. ГЕОПОЛИТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ И ТЕНДЕНЦИЈЕ ВЕЛИКИХ СИЛА У ЕВРОПИ

3.1. Геополитичке теорије о Европи

Велике силе¹³ су оне државе којима је формално или неформално признато својство привилеговане државе у међународним односима, због чега имају фактичке и правне прерогативе које их чине привилегованим у односу на друге државе што им омогућава да стварају правила поретка и да буду његови арбитри. Еволуција идеје о привилегованој групи држава може се пратити од Бечког конгреса и стварања Свете Алијансе (1815)¹⁴ до Повеље ОУН (1945) која у саставу Савета безбедности, као тела које је задужено за одржавање међународног мира и безбедности, предвиђа постојање сталних чланица које де јуре имају функцију арбитра савременог поретка. За предмет истраживања узете су геополитичке тенденције Русије, Немачке, Велике Британије и САД из разлога што је сукобљавање ових Великих сила на подручју Европе у последња два века готово увек имало импликације по безбедност наше државе.

Претходно утврђене геополитичке законитости и деловање Великих сила препознају се у две најпознатије геополитичке теорије. Према Макиндреровој теорији о географском стожеру (*geographical pivot*)¹⁵ онај ко контролише централни простор Евроазије контролише и судбину света (тзв. теорија Хартленда), док према Спајкменовој тзв. Римланд теорији¹⁶ судбину света одређују поморске државе које се налазе на ободу централног копна. Упркос концептуалној супротности теорија, Макиндеру и Спајкмену заједнички је

¹³ Вид. Garry Simpson, *Great Powers and Outlaw States – Unequal Sovereigns in the International legal Order*, Cambridge University Press, New York 2004.

¹⁴ William. P. Cresson, *The Holy Alliance*, Oxford University Press, New York 1922, 37.

¹⁵ Halford Mackinder, „The Geographical Pivot of History“, *The Geographical Journal*, No. 4, Vol. XXIII, April 1904.

¹⁶ Nicholas J. Spykman, *America's Strategy in World Politics, The United States And The Balance Of Power*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1942. <http://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.5673/page/n1/mode/lup?view=theater>, 12.8.2022.

страх да ће савез између Русије и Немачке бити препрека свакоме ко жели да влада светом.

По Макинтеру, границе Европе на истоку полазе од Петрограда и иду до Казања, а онда се граница спушта Волгом и Доном до Црног мора и на југу Дунавом и Савом до Јадранског мора. Велику Британију посматра као не-Европу¹⁷, јер је поморска сила и не меша се у послове Европе, осим ако немају везе са поморском доминацијом. Иступање Велике Британије из чланства ЕУ само је потврда ове британске позиције. Занимљиво је да подручје Балкана јужно од Саве и Дунава, Макинтер није сматрао Европом већ „истоком“¹⁸. Овакву Европу Макинтер даље дели на Западну и Источну, а граница иде од Јадранског мора долином Рајне до Холандије, при чему су Берлин и Беч на источној страни. По Макинтеру, граница између источне и западне Европе истовремено је и граница између Хартленда и Римленда.

Макинтеру се и у време када је настала теорија, а и данас може оспорити научна утемељеност. Наиме, у време настанка теорије, Русија је спроводила експанзију према Средоземном мору, Индијском океану и Пацифику. Отуда Макинтерова теорија заправо изражава забринутост да огромно и пространо подручје ван утицаја Велике Британије може довести у питање британску поморску доминацију. Због тога Макинтерова теза суштински није да онај ко контролише Евроазију контролише свет, већ да док неко други контролише огромно подручје Евроазије, Велика Британија неће имати апсолутни монопол у међународним односима. Ипак, Макинтерова теза о подели Европе, показала се као далековида у смислу да је туда повучена граница између источног и западног блока током Хладног рата.

Спајкмен је 1942. године поставио теорију у потпуно другачијем смеру. По њему, историјски је тачно да су номадска племена и копнене силе Хартленда вршиле експанзију према Римленду, али је развој технологије допринео већој мобилности поморских сила због чега државе Римленда наступају према средишту континента и тиме остварују утицај на светску политику. Савез између Јапана и Велике Британије против Русије почетком 20. века и јапанско-немачки савез у Другом светском рату, по Спајкмену илуструју промењену геостратешку позицију у односима копнених и поморских сила. У време немачке офанзиве на источном фронту, Спајкмен је претпостављао да ће Немци доћи до Урала, а Јапанци до Бајкалског језера, чиме би огромно подручје Хартленда било подељено између копнене и поморске силе. Из чињенице да је Спајкманово дело објављено 1942. године изведен је закључак да је улазак САД у Други светски рат последица зрелог геополитичког

¹⁷ Halford Mackinder, *Democratic Ideals and Reality – A Study in the Politics of Reconstruction*, Constable and Company LTD, London 1919, 161.

¹⁸ H. Mackinder, 1919, 153-154.

расуђивања, а не одмазда и импулсивна реакција на напад Јапана на Перл Харбур 7. децембра 1941. године.

3.2. Геополитичке тенденције Великих сила у Европи

Руски геополитички интереси у Европи су излазак на отворена мора и остваривање повољних копнених граница у источној и средњој Европи. Русија је историјски настојала да обалом Црног мора дође до Цариграда и туда изађе у Средоземно море, па су отуда за руску политику на Балкану, интересантији били Бугари, него Срби. Из тог разлога створена је Велика Бугарска 1878. године¹⁹ која је добила излаз на Егејско море и дошла готово до Јадранске обале (Охрид и Корча), чиме је посредно и Русија изашла на топло море, а у исто време онемогућила германски продор на исток. Незадовољне ситуацијом на Балкану, велике силе су сазвале Берлински конгрес на коме је бугарска територија битно смањена. Русија је подржавала Балкански савез у Првом балканском рату када је Бугарска поново добила излаз на Егејско море. Ипак, после Првог балканског рата Русија се окреће партнерству са Србијом.

Други руски интерес јесте да постави границу у средњој Европи што ближе Берлину као најужој тачки северноевропске низије и која би у идеалним условима водила линијом Карпати – Татре – Судети. Таква граница би обезбедила најбоље услове за обезбеђивање правца одакле су се историјски покретали походи на Русију. Сасвим супротно овоме, прво Немачка, а потом САД настоје да границу према Русији у средњој Европи поставе што ближе Москви. Од краја Другог светског рата САД примењују тзв. доктрину обуздавања односно Труманову доктрину која подразумева акције на сваком фронту на коме Русија (раније СССР) настоји да оствари напредовање. Пријем балтичких држава и држава средње и источне Европе у НАТО и рат у Украјини потврђује актуелност Труманове доктрине и у 21. веку.

Немачка се историјски ширила у три правца²⁰. Први правац ширења био је обалом Балтичког мора до данашње Литваније. После Првог светског рата, балтички град Данциг (Гдањск) постао је слободан град у царинској унији са Пољском, која је на штету Немачке добила излаз на Балтичко море. Овиме је прекинута копнена веза између немачких територија на Балтику, а покушај спајања два дела Немачке у септембру 1939. године довео је до британске објаве рата чиме је започео Други светски рат. Друго, Немачка се ширила миграцијом становништва на подручје средње Европе. Немачка

¹⁹ Према мировном споразуму потписаном у Сан Стефану марта 1878. године између Турске и Русије. Вид. текст споразума: <https://pages.uoregon.edu/kimball/1878mr17.SanStef.trt.htm>, 25.8.2022.

²⁰ Вид. Н. Mackinder, 1919, 147-190.

је тиме настојала да помери границу према Русији тако да она полази од Финског залива, преко Пољске до Карпата. Територијално ширење Немачке у средњој Европи извршено уласком немачке војске у Сарску област (1936), а затим припајањем Аустрије (1938) и окупацијом Чехословачке (1938), за Велику Британију као поморску силу није имало исту вредност као немачко заузимање луке Данциг (1939). Треће, Немачка се ширила на исток преко Балкана²¹, одакле је пут даље водио према Блиском истоку.

Политика Велике Британије према европском континенту увек је имала за циљ обезбеђивање поморске доминације. Велика Британија ушла је у два светска рата са намером да онемогући Немачку да доведе у питање њену поморску и колонијалну доминацију и изађе на отворено море. Преко Каналских острва која се налазе у близини француске обале у Ламаншу Велика Британија остварује контролу француске обале, затим контролише Гибралтар још од 1713. године²² и Малту од 1800. године као стратешки важно острво на путу за Индију. Историјски посматрано, Велика Британија је у партнерству са Турском константно задржавала руски продор на Медитеран²³ за шта су најбољи примери Кримски рат и Берлински конгрес. Снажном морнарицом која је држала кључна упоришта у Атлантику и Медитерану успела је да успостави континенталну блокаду којом је онемогућена поморска активност Наполеонове Француске.

Контуре савремене америчке геополитичке стратегије према Европи, а тиме и према Русији и Немачкој исцртао је Спајкмен још за време Другог светског рата. Он тврди да слаба и разједињена Европа даје основа да Нови свет (САД) утиче на њу и *vice versa*²⁴, да би уједињена Европа могла да утиче на Нови свет. Спајкмен истиче да федерална и уједињена Европа, по узору на САД, није оно због чега су САД ушле у рат²⁵. Отуда је за САД неприхватљива идеја ЕУ као федералне државе, затим савез између Русије и Немачке, а тиме и каснија Де Голова идеја²⁶ Европе од Урала до Атлантика. У интересу САД је савез слабијих европских држава, без израженог хегемона, чији би формални или неформални члан биле и САД. Интерес САД остварен је

²¹ Занимљив је поглед Слободана Јовановића на однос Немачке према могућем савезу са Србијом, Румунијом и Грчком, а касније и Турском као савезницима за продор према Блиском истоку. Вид. Слободан Јовановић, „Вилхелм II и Србија“ у *Из историје и књижевности (Сабрана дела)*, БИГЗ, Београд 1991, 451-453.

²² Ben Johnson, *The History of Gibraltar*, Historic UK, <https://www.historic-uk.com/History-Magazine/DestinationsUK/History-of-Gibraltar/>, 10.9.2022.

²³ Вид. Rachel Odams, *British perception of the Ottoman Empire 1876-1908*, University of Oxford, 1996. и С. Јовановић, „Бугарска зверства и Херцеговачки устанак“, 488-491.

²⁴ N. Spykman, 179.

²⁵ N. Spykman, 466.

²⁶ Éric Anceau, *De Gaulle and Europe*, Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe, published on 22.6.2020, <https://ehne.fr/en/node/12243>, 20.9.2022.

оснивањем НАТО чиме је безбедност западне Европе везана за САД и ЕУ чије је институционално јачање и интегрисање у чвршћу федерацију које је трајало скоро пола века завршено неуспехом Лисабонског уговора.

НАТО и ЕУ треба посматрати као „геополитичко оружје“ којим САД контролишу Европу, онемогућавају Француску и Немачку да постану регионалне силе које би довеле у питање хегемонију САД и онемогућују савез Русије и Немачке. У том смислу временски коинцидира миграторни таласа са Блиског истока са покретањем Северног тока 1 (2011), док рат у Украјини (2022) почиње непосредно пред пуштање у рад Северног тока 2, којим би Пољска и Украјина у потпуности изгубиле геостратешки значај у смислу транзита гаса у Немачку. Затим, САД су путем чланства Румуније (2004), Бугарске (2004), Хрватске (2009), Албаније (2009), Црне Горе (2017) и Северне Македоније (2020)²⁷ затвориле пут Немачкој ка Медитерану и Блиском истоку и тако Немачку у потпуности учиниле зависном од САД.

4. БЕЗБЕДНОСТ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У КОНТЕКСТУ ИСТОРИЈСКИХ И САВРЕМЕНИХ ГЕОПОЛИТИЧКИХ ТЕНДЕНЦИЈА ВЕЛИКИХ СИЛА

Српски етнички простор у време стицања независности 1878. године обухватао је подручје данашње Србије, Северне Македоније, Црне Горе, северне Албаније, Босне и Херцеговине и простор некадашње Војне крајине (Далмација, Банија, Кордун, Лика и Славонија). Отуда је после стицања независности природна тежња српске државе била ширење према Македонији и Јадранском мору²⁸. Ипак, на овом простору сукобљавали су се интереси великих сила утичући на безбедност тадашње Србије и српског народа ван Србије и онемогућавајући Србији да самостално реши своје националне интересе, већ само у мери у којој то одговара равнотежи моћи између великих сила.

Русија је у намери да изађе на отворено море преко Балкана после рата са Турском 1878. године створила Велику Бугарску која се простирала од Црног мора до Охрида и Корче и која је обухватала Пирот, Врање и целу вардарску Македонију као области које су у то време сматране српским етничким или барем интересним простором. Немачка није пристала на територијалне промене јер јој је затворен пут према Турској и Блиском истоку, док Великој Британији није одговарало што је Бугарска (а тиме и Русија) добила излаз на Егејско море. На Берлинском конгресу, исте године, поништени су резултати Санстефанског мира, а Србији су припали Пирот и Врање. С

²⁷ Вид. сајт НАТО <https://www.nato.int/nato-welcome/index.html>, 28.9.2022.

²⁸ О српским државним интересима од Првог српског устанка до Другог светског рата писао је Слободан Јовановић. Вид. С. Јовановић, „Никола Пашић“, 161-164.

друге стране, Аустроугарска је добила право да окупира Босну и Херцеговину и Новопазарски санџак као области на које је Србија полагала право. Тиме је Аустроугарска испунила простор између Славоније и Далмације, раздвојила Србију од Црне Горе и изашла на Дрину као повољнију границу према Србији која је представљала следећу мету германске експанзије према истоку.

Видевши да на помоћ Русије у остваривању националних питања не може да рачуна, Србија се 1878. године окренула Аустроугарској²⁹ и одрекла аспирација према Босни и Херцеговини, а за узврат је добила независност и подршку за експанзију на југ. Експанзија на југ у овом случају стављена је у контекст Аустроугарске политике која је тиме ширила своје интересе на рачун руског утицаја који је и даље био јак у Бугарској. Отуда изостанак било каквих територијалних губитака Србије после изгубљеног рата са Бугарском 1885. године. Ипак, 1903. године на власт у Србији долази династија Карађорђевић која се окреће Русији, док са Аустроугарском долази до кризе у односима нарочито после анексије Босне и Херцеговине³⁰ 1908. године.

У таквим околностима, уз подршку Русије настаје Балкански савез који 1912. године започиње рат са Турцима у коме српска војска ослобађа Косово и Метохију, део Новопазарског санџака, вардарску Македонију и већи део данашње Албаније, док Црна Гора ослобађа део Новопазарског санџака, део Метохије и Скадар. Бугарска поново излази на Егејско море и тиме Русији омогућава да заобиђе мореузе којима је Велика Британија Русију „закључала“ у Црном мору. Излазак Србије на Јадранско море у потпуности би зауставио германски продор на исток, због чега је Србија, на инсистирање Аустроугарске³¹, морала да се повуче из Албаније која је 1913. године постала независна држава. Незадовољна је била и Бугарска српским освајањем у Македонији, што је Аустроугарска искористила и Бугарску гурнула у рат против Србије. Бугарска је поражена и изгубила је већину територија које је освојила у Првом балканском рату, укључујући и егејску обалу, док је Србија постала најмоћнија држава на Балкану.

Доминантна позиција Србије на Балкану имала је утицај на српски и југословенски етнички простор којим је владала Аустроугарска, чиме Србија више није била само препрека у продору на исток, већ и претња целовитости Аустроугарске³². Из тог разлога Аустроугарска улази у рат са Србијом 1914. године, а Русија у намери да задржи ширење германског утицаја на

²⁹ С. Јовановић, „Александар Батенберг и краљ Милан“, 424-428 и Живојин Мишић, *Моје усјомене*, БИГЗ, Београд 1990.

³⁰ С. Јовановић, „Анексиона криза поставила је пред европску јавност српско питање“, 506-509.

³¹ Исто, 164.

³² С. Јовановић, „Вилхелм II и Србија“, 453.

Балкан улази у рат са Аустроугарском. Парадоксално, геополитички победник Првог светског рата на овом простору биле су Велика Британија, а посредно и САД, које су стварањем Краљевине СХС (касније Краљевине Југославије) и Мале Антанте (Југославија, Румунија и Чехословачка)³³ затвориле пролаз германској експанзији према Турској (савезници из рата) и уопште Блиском истоку, а СССР-у који је настао револуцијом 1917. године, затворен је пролаз ка Балкану и Средоземном мору.

Улога Југославије као бафер зоне према германском продору на исток нужно је довела до интересовања немачке спољне политике за Југославију за време Другог светског рата. У намери да спаси државу од рата, намесник кнез Павле Карађорђевић пристао је да Краљевина Југославија приступи Тројном пакту, али је већ 27. марта 1941. године изведен пуч којим је и споразум стављен ван снаге. Немачка је потом, у складу са геополитичким интересима да великој држави треба велики простор утицаја, своју намеру контроле југословенског простора остварила силом. Инспирисан подршком СССР, у окупираној Југославији избио је устанак комуниста који су водили борбу за ослобођење и у исто време политичку револуцију која би због припадности Коминтерни требало да обезбеди политички утицај СССР. Ипак, упркос комунистичкој идеологији југословенских партизана, Велика Британија и САД, после конференције у Техерану 1943. године одлучују да пруже подршку партизанима³⁴, уместо Југословенској војсци у отаџбини која је имала подршку избегличке владе у Лондону. Овиме је идеолошка и политичка судбина будуће државе била одређена.

Даље аспирације Немачке на нашем простору заустављене су окупацијом и поделом Немачке и њеним приступањем НАТО и ЕУ. Међутим, утицај СССР на комунистичку Југославију био је велика претња геополитичкој позицији САД на простору Балкана. Под утицајем америчке и британске помоћи и охрабривања³⁵, Југославија се супротставила одлукама СССР и 1948. године направила искорак ка независној политици. Тако је успостављена копнена веза Италија – Југославија – Грчка – Турска која је представљала жељену врсту копнене баријере која је онемогућавала СССР да изађе на Средоземно море што је био пожељан резултат примене Труманове доктрине. Штавише, Југославија је учествовала у оснивању Покрета несврстаних, покрета који је обухватио углавном сиромашне земље Трећег света које су биле предиспониране да падну под утицај СССР.

³³ Вид. Здењек Сладек, *Мала Антанта 1919-1938*, Службени гласник, Београд 2019.

³⁴ Јелена Максимовић, Други светски рат: Фицрој Меклејн, авантуриста, дипломата и војник који је пременио историју Југославије, BBC News на српском, 15. јун 2021. <https://www.bbc.com/serbian/cyr/balkan-57444400>, 29.9.2022.

³⁵ Вид. Емилија Цветковић, „‘Два плана и два маршала’ у светлу југословенско – америчких односа (1947-1951)“, *Бащина*, Приштина – Лепосавић, св. 57/2022.

Дисолуцијом СССР и Варшавског уговора, руске границе су од Берлина померене према Москви у украјинске равнице које ни природно ни стратешки не представљају безбедно окружење за Русију. Наведеним дешавањима променила се и геополитичка позиција нашег региона, а простор који је постао важан за сузбијање руског утицаја постале су државе средње и источне Европе, које су заједно са Грчком и Турском као чланицама НАТО формирале копнену континенталну баријеру од Балтика до Црног мора. Већ 1991. године формирана је Вишеградска група³⁶ коју од 1993. године чине Мађарска, Пољска, Чешка и Словачка. Од суштинског геополитичког значаја у Европи постаје Украјина, док Југославија престаје да има претходни геополитички значај. Ипак, значај простора Југославије не престаје ни за Русију, ни за Немачку, ни за САД, а тиме и Велику Британију.

САД упркос померању граница према Москви не желе да у залеђини имају државу као што је Југославија која има склоност према Русији и да потенцијално доведе у питање политику опкољавања Русије у Европи. У исто време не желе ни да пусте уједињеној Немачкој контролу над целом Југославијом чиме се поново враћају на позиције од пре Другог светског рата. Русија је у то време превише слаба да учини било шта у Југославији. Опет, уколико би се Русија и Немачка повезале у савез, јединствена Југославија би била велики геополитички проблем САД, јер би се тада Вишеградска група, Румунија и Бугарска нашле између Русије и Немачке. Отуда је у интересу САД на Балкану била иста опција као и у западној Европи на крају Другог светског рата: група слабијих држава, без израженог хегемона и којима се лако управља. Из тог разлога долази до сецесије и признавања независности бивших југословенских република, при чему географску дистанцу у односу на Немачку, САД решавају војним присуством у Босни и Херцеговини и на Космету, одакле могу да контролишу регион.

Реализација наведеног плана била је условљена решавањем српског националног питања које је у Хрватској решено етничким чишћењем којим је створена готово етнички чиста територија³⁷, док је у Босни и Херцеговини извршена национална поларизација по ентитетима, уз тенденцију утапања Републике Српске у БиХ. Процес решавања српског питања настављен је окупацијом Косова и Метохије и раздруживањем Србије и Црне Горе и настојањем да се српски народ у Црној Гори подели и маргинализује. Ефективна државна власт Републике Србије сведена је на Централну Србију са Војводином, што донекле одговара позицији Србије уочи Првог балканског рата. У таквој ситуацији као и пре 100 година поново се на истом простору

³⁶ Вид. сајт Вишеградске групе <https://www.visegradgroup.eu/>, 7.10.2022.

³⁷ Према Државном заводу за статистику Хрватске у Хрватској има 3,2% Срба. Види сајт Завода <https://dzs.gov.hr/vijesti/objavljeni-konacni-rezultati-popisa-2021/1270>, 7.10.2022.

сукобљавају германски и руски интерес, при чему сигурну геополитичку корист имају САД које одржавају ривалство Русије и Немачке на овом простору. Након дисолуције Југославије и ратова створено је неколико држава, да би потом под покровитељство ЕУ покренута иницијатива регионалног повезивања држава³⁸ која у лабаву царинску унију треба да укључи Србију, Црну Гору, Босну и Херцеговину, Северну Македонију и Албанију, што представља лабаву заједницу држава по узору на Спајкменову идеју за Европу после Другог светског рата.

Србија за Русију никада није била толико геостратешки значајна као данас. Историјски, руски интереси су били везани за Бугарску као копнени пут за Цариград. Уласком Бугарске у НАТО и ЕУ, копнени пут према Средоземном мору је пресечен, што се симболички видело када је Бугарска зауставила изградњу гасовода Јужни ток. Поред тога, преко Републике Српске, Русија је присутна и у Босни и Херцеговини. Руско присуство у ове две државе тренутно не доноси велику стратешку корист Русији. Русија има користи у смислу да изазива забринутост САД од евентуалног савеза Русије и Немачке у коме би Србија била на њиховој страни, али и формирања потенцијалног блока држава које би чиниле Србија, Мађарска и Украјина (цела или њени делови) којим би Русија окружила Бугарску и Румунију. За Немачку је Србија важна као део историјског пута који Немачку води до Блиског истока и уопште мора путем кога би се слободно остиснула и постала поморска сила. Сасвим је јасно да САД и Русија немају интерес да се то деси, осим ако се не ради о некој врсти партнерства или можда боље рећи туторства над Немачком.

Историјска судбина Србије потврдила је општи принцип геополитике да што је једна држава ближе центру моћи, то је њена позиција интересантнија за освајање и контролу, а она угроженија. Историја показује и законитост да се царства и велике силе гасе и нестају, али је постојање рељефа константно због чега ће геостратешка позиција Србије и даље бити интересантна за велике силе и хегемоне. Речју, географска позиција Србије је била, јесте и биће фактор који детерминише политичке одлуке великих сила, а нама отежава самостално доношење одлука, раст и развој.

5. ЗАКЉУЧАК

Геополитика је наука која политичко деловање држава у међународним односима објашњава кроз заинтересованост државе за одређени географски

³⁸ Благоја Кузмановски, „Мини Шенген“ променио име у „Open Balkan“, Радио Слободна Европа, 29. јул 2021. године <https://www.slobodnaevropa.org/a/skopje-balkan-mini-sengen/31383711.html>, 10.10.2022.

простор. Заинтересованост државе за географски простор проистиче из утицаја који такав простор може да има на војну, економску или политичку моћ. Од обима утицаја географског простора на компоненте моћи зависи и значај тог простора. Даље следи да значај неког простора одређује његову атрактивност за велике силе које настоје да контролишу свет, што повратно утиче на безбедност оних држава које се на том простору налазе.

Компаративном анализом утврђено је да острвске и копнене силе припадају различит значај простору. Острвске државе су заинтересоване за контролу лука, острва која се налазе на поморским путевима и мореуза као географских тачака од чије контроле зависи проходност светским морима. С друге стране, копнене државе настоје да изађу на отворено море како би се укључиле у светску трговину и размену, док на копну настоје да дођу до природних граница које су се историјски показале као поуздане. И једни и други паралелно са тим теже приступу светским басенима сировина.

Геополитичка мисао рационално објашњава понашање држава, због чега је оним државама које се налазе на „атрактивнијим“ просторима услов опстанка правилно сагледавање геополитичких позиција Великих сила, јер само у комплементарности са интересима неке силе могу остварити сопствене циљеве. Геополитика нуди обрасце прошлог понашања, препознаје их у садашњости и на основу њих предвиђа будућа деловања. Историја ратовања у Европи, а посебно на Балкану показала је да се исти геополитички обрасци понављају независно од облика уређења или назива држава.

Укрштање руских, германских и англоамеричких интереса на подручју Балкана одредило је судбину српског етничког простора. Потреба Русије да изађе на јужна топла мора преко Балкана увек је била у сукобу са интересом Велике Британије да остане једина поморска сила. Отуда је Велика Британија подржавала Турску против Русије, што је имало негативне последице по самосталност и територијална проширења свих балканских народа, па и Срба. Када су САД замениле Велику Британију на месту владара светских мора, логика деловања је остала иста, уз разлику што се она почела називати Труманова доктрина или доктрина обуздавања.

У односу на вековни германски правац деловања преко Балкана, руски интереси нису увек били у апсолутној супротности, али је деловање Немачке и Аустроугарске преко или против Србије и Бугарске као држава културно ближих Русији, увек доводило до сукоба. После балканских ратова, када је Бугарска направила отклон од Русије, а Русија се везала за Србију, напад Аустроугарске на Србију није могао да не доведе до руске интервенције. Настанком НАТО и ЕУ, немачки утицај се утопио у англоамерички и он је у зони нашег етничког простора био заинтересован за сузбијање руског утицаја по америчком моделу. Ипак, могућност осамостаљења немачке политике и партнерство са Русијом довели су до разбијања СФР Југославије на више

држава међу којима постоје неповерење и историјске неправде, а потом и до повремених пријема држава сукцесора СФРЈ у НАТО и ЕУ, темпом који је био у негативној корелацији са немачком кооперативношћу према САД.

Отуда се не може рећи да се историја понавља, већ да географија која је вечна на исти начин детерминише активности и великих и моћних држава и малих држава у остваривању циљева и уређивању међусобних односа. Историјске и савремене геополитичке тенденције великих сила на подручју Европе, показују константу вековима, што потврђује геополитичке законитости и принципе, а у исто време и неколико примера из српске историје потврђује то. На крају, геополитика нуди обрасце који треба да буду оријентир свакој држави приликом доношења одлука.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Теоријски извори:

- Alfred Thayer Mahan, *The Influence of Sea Power Upon History 1660-1783*, e-book;
Charles Darwin, *On the Origin of Species*, John Murray, Albemarle Street, London 1859;
Емилија Цветковић, „Два плана и два маршала’ у светлу југословенско – америчких односа (1947-1951)“, *Башчићина*, Приштина – Лепосавић, св. 57/2022;
Friedrich Ratzel, *Politische Geographie*, Druck und Verlag von R. Oldenbourg, Munchen – Berlin 1903;
Garry Simpson, *Great Powers and Outlaw States – Unequal Sovereigns in the International legal Order*, Cambridge University Press, New York 2004;
Halford Mackinder, „The Geographical Pivot of History“, *The Geographical Journal*, No. 4, Vol. XXIII, April 1904;
Halford Mackinder, *Democratic Ideals and Reality – A Study in the Politics of Reconstruction*, Constable and Company LTD, London 1919;
Herbert Spencer, *The Principles of Biology*, Vol. 1. D. Appleton and Company, New York – London 1910;
Nicholas J. Spykman, *America’s Strategy in World Politics, The United States And The Balance Of Power*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1942;
Rudolf Kjellen, *Der Staat als Lebensform*, Verlag von H. Hirzel, Leipzig 1917;
Слободан Јовановић, „Вилхелм II и Србија“, „Бугарска зверства и Херцеговачки устанак“, „Никола Пашић“, „Александар Батенберг и краљ Милан“, „Анексиона криза поставила је пред европску јавност српско питање“ у *Из историје и књижевности (Сабрана дела)*, БИГЗ, Београд 1991;
Walter Eric Boettcher, *Carl Ritter’s Early Geographic Thought (1779-1817)*, University College London, London 1990;
William. P. Cresson, *The Holy Alliance*, Oxford University Press, New York 1922.
Здењек Сладек, *Мала Анџанија 1919-1938*, Службени гласник, Београд 2019 и Живојин Мишић, *Моје усвојене*, БИГЗ, Београд 1990.

Интернет извори:

- Благоја Кузмановски, „Мини Шенген“ променио име у „Open Balkan“, Радио Слободна Европа, 29. јул 2021. године <https://www.slobodnaevropa.org/a/skopje-balkan-mini-sengen/31383711.html>;
- Ben Johnson, The History of Gibraltar, Historic UK, <https://www.historic-uk.com/HistoryMagazine/DestinationsUK/History-of-Gibraltar/>;
- Éric Anceau, De Gaulle and Europe, Encyclopédie d'histoire numérique de l'Europe, published on 22.6.2020, <https://ehne.fr/en/node/12243>;
- Јелена Максимовић, Други светски рат: Фицрој Меклејн, авантуриста, дипломата и војник који је пременио историју Југославије, BBC News на српском, 15. јун 2021. <https://www.bbc.com/serbian/cyr/balkan-57444400>;
- Сајт Вишеградске групе: <https://www.visegradgroup.eu/>;
- Сајт Државног завода за статистику Хрватске: <https://dzs.gov.hr/vijesti/objavljeni-konacni-rezultati-popisa-2021/1270>
- Сајт НАТО: <https://www.nato.int/nato-welcome/index.html> и
- Текст споразума из Сан Стефана: <https://pages.uoregon.edu/kimball/1878mr17.SanStef.trt.htm>.

Ljubomir S. Stajić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7594-5741

Vladan M. Mirković
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Mirkovic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9995-8598

Historical and Contemporary Geopolitical Tendencies of the Great Powers With Special Reference to the Security of the Republic of Serbia

Abstract: *Geopolitics explains the regularity of political action in international relations by finding the determinants of political decisions in geographical factors. The result of geopolitical thought are possible patterns of behavior of states in international relations which are used to explain past and present and predict future events. Starting from the basic principles of Mackinder's and Spykman's theory, the paper presents the historical and contemporary geopolitical tendencies of the Great Powers in Europe, with special reference to the territory where the modern Serbian state is located. At the end, we identified indicators of future development of the geopolitical situation with implications for the security of the Republic of Serbia could be predicted.*

Keywords: *Geopolitics, Security, Great Powers, Mackinder, Spykman.*

Датум пријема рада: 25.11.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 19.12.2022.

Датум прихватања рада: 27.01.2023.

Драго Љ. Дивљак
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7698-0189

СТАНДАРДИ БЕЗБЕДНОСТИ ХРАНЕ И ПРАВО СВЕТСКЕ ТРГОВИНСКЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ*

Сажетак: У раду се размаћра правни значај стандарда безбедности хране у праву СТО. У њом оквиру, задаћак је да се утврди формална нормативна основа и концептуални прилици овој материји. Предмет дејалних анализа ће бићи биће одреднице овој прилици, а посебно процес хармонизације и стандарди међународних стандарда у праву СТО. Ипак, рад има за циљ да утврди ефективне резултате правила СТО у овој области, као и њихове домаће и одређене а то се посебно односи на процес хармонизације и примене међународних стандарда.

У области безбедности хране, у праву СТО се ипак Сторазума о примени санитарних и фитосанитарних мера креира реалистичан нормативни систем заснован на правилима која осигуравају сигурност и предвидљив прилици хране на међународном тржишту, уз приоритетно поштовање здравља људи и безбедности хране. У садржинском погледу, водећа улога држава у овој области се не искључује, али се она надограђује алтернативним решењима за олакшано одвијање међународне трговине, посебно снажним подстицајем хармонизације и нормативним признањем и уређењем стандарда међународних стандарда.

Ипак се дајти прилици СТО свакако може позитивно оценићи, он није једнозначан и суочен је се одређенима и изазовима, посебно у контексту Codex стандарда као основне међународне референцијне тачке у области безбедности хране. Стога је нужно овај нормативни систем дорадићи, међусобно ускладићи и посебно прецизираћи да би се избегле нежељене

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту Биомедицина, заштита животне средине и право (бр. 179079) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

импликације неодређености неких од правила, чиме би се ефективност ових правила појачала на виши ниво.

Кључне речи: Стандарди безбедности хране, право Свешке провинске организације, Споразум о примени санитарних и фитосанитарних мера, *Codex Alimentarius*, хармонизација, међународни стандарди.

1. УВОД

У модерно доба, проблем безбедности хране¹ је све актуелнији. Разлози су вишеструки. То је посебно имплицирано развојем нових технологија, знатним увећањем броја производа, диференцијацијом потрошача по економској снази и сл.² Свест о значају безбедности хране је широко присутна на различитим нивоима.³ Сталним растом трговине храном на међународном нивоу она постаје предмет све веће пажње и на универзалном нивоу и као таква све више постаје глобални изазов⁴ који захтева институционалне одговоре. То је посебно исказано у раду Светске трговинске организације (у даљем тексту: СТО) и Комисије *Codex Alimentarius* (*Codex Alimentarius Commission*). Управо су оне кључне организације и институције које управљају ризицима у вези са храном на међународном нивоу.

С обзиром на наведено, сматрали смо корисним да предмет анализе у раду који следи буде управо правни значај стандарда безбедности хране у праву СТО. У том оквиру, утврдиће се формална нормативна основа и концептуални приступ овој материји. Предмет детаљних анализа ће бити битне одреднице овог приступа, а посебно процес хармонизације и статус међународних стандарда у праву СТО. Исто тако, рад има за циљ да утврди ефективне резултате правила СТО у овој области, као и њихове домаћаје и ограничења, што се посебно односи на процес хармонизације и примене међународних стандарда.

¹ Безбедност хране се може дефинисати као „разумна сигурност да ће штета бити последица намеравања употребе под предвиђеним условима потрошње.” Шире: Fritz K. Käferstein, „Food Safety as a Public Health Issue for Developing Countries“, *Food safety in food security and food trade* (Unnevehr, Laurian, ed.). Vol. 10. Washington, DC: International Food Policy Research Institute, 2003, 1.

² О вишеструким разлозима за овај тренд, шире: John R. Lupien, „The Codex Alimentarius Commission: international science-based standards, guidelines and recommendations”, *AgBioForum*, Volume 3, Number 4, 2000, 192.

³ То одражава растућу употребу ових мера на глобалном нивоу као одговор код брзог повећања научног и техничког разумевања о опасности које се преносе храном по здравље људи. Henson Spencer, „Food Safety Issues in International Trade“, *Food safety in food security and food trade*, 1.

⁴ Упор: Stefania Negri, „Food safety and global health: an international law perspective”, *Global Health Governance* 3.1, 2009, 1.

2. ФОРМАЛНО-ПРАВНА ОСНОВА ЗА СТАНДАРДЕ БЕЗБЕДНОСТИ ХРАНЕ У СТО

У новонасталом систему глобалног управљања безбедношћу хране, важну и специфичну улогу има Светска трговинска организација. Њена улога произилази из признатих двоструких ефеката стандарда безбедности хране, где се она фокусира на њихове трговинске ефекте.⁵ Централни инструмент у овом контексту је Споразум о примени санитарних и фитосанитарних мера (у даљем тексту СПСФМ)⁶ који се примењује на све санитарне и фитосанитарне мере⁷ које могу, директно или индиректно, утицати на међународну трговину. У датом контексту од значаја је и Анекс А Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера, који је његов саставни део.⁸

Битна општа нормативна основа за примену ових мера се налази и у чл. XX(б) ГАТТ-а, којим се утврђују тзв. општи изузеци од примене правила ГАТТ-а-1994.⁹ Тако гледано, Споразум о примени санитарних и фитосанитарних мера фактички има улогу да разјасни и разради правила за примену одредаба ГАТТ 1994 које се односе на употребу санитарних или фитосанитарних мера.

3. НОРМАТИВНИ КОНЦЕПТ

У моменту доношења Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера у сфери безбедности хране постоји широко заснована и разграната мрежа националних стандарда и мера везаних за безбедност хране¹⁰ и она је подразумевала систематску анализу и контролу биолошких, хемијских и физичких ризика.¹¹ У већини случајева, ове регулаторне иницијативе служиле су потпуно легитимним циљевима. Међутим оне могу, потенцијално,

⁵ Упор: Lee Ann Jackson, Marion Jansen, "Risk assessment in the international food safety policy arena. Can the multilateral institutions encourage unbiased outcomes?", *Food Policy* 35.6, 2010, 539.

⁶ https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm, новембар 2022.

⁷ У чл. 1. Анекса А Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера дефинише се опсег санитарних или фитосанитарна мера.

⁸ Чл. 1. ст. 2. и 3. Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера.

⁹ Шире: Драго Дивљак, „Светска трговинска организација и вишестрани међународни споразуми о заштити животне средине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)*, 3/2012, 182.

¹⁰ Упор: J. R. Lupien, 1.

¹¹ Упор: Jill E. Hobbs, "Public and private standards for food safety and quality: international trade implications", *Estey Journal of International Law and Trade Policy* 11.1753-2016-141207, 2010, 137-138.

постати атрактивно средство протекционизма¹² и изазвати тензије и препреке у међународном пословању, са значајним негативним последицама.¹³ Томе свакако погодује међусобна садржинска различитост и неусклађеност националних мера. Иако те разлике могу бити резултат националних специфичности,¹⁴ оне могу бити од великог значаја јер утичу на способност земаља у развоју али и извозно оријентисаних земаља да приступе међународном тржишту.¹⁵

У таквој ситуацији, право СТО је имало обавезу да пронађе могуће правце деловања, којима ће се, ако не избећи, онда бар умањити негативне реперкусије неусаглашених националних мера о безбедности хране по међународну трговину јер су трговински спорови у нехармонизованом систему скоро неизбежни.¹⁶ Оптимална опција која подразумева заснивање ових стандарда искључиво на међународном нивоу није била реално остварива, јер је безбедност хране кључна за здравље нације.

У таквом сплету правних и фактичких околности, креира се реалистичан нормативни концепт у Споразуму о примени санитарних и фитосанитарних мера, којим се водећа улога држава у овој области не искључује, али се она и надограђује, прво, дефинисањем правних услова под којима се то одвија, друго, креирањем механизма за олакшано одвијање међународне трговине и треће, подстицањем, формалним признањем и уређењем статуса међународних стандарда. Ове битне одреднице нормативног концепта СТО, биће предмет анализе у делу рада који следи.

3.1. Полазни приступ

Споразум о примени санитарних и фитосанитарних мера полази од примарне улоге држава у погледу утврђивања стандарда безбедности хране. Та улога држава, којом оне задржавају суверенитет у датој области,¹⁷ се различито стилизује у преамбули споразума, а различито у нормативном делу Споразума. Наиме, у Преамбули се исказује став да ниједну чланицу не треба спречити да усвоји или спроведе мере неопходне за заштиту живота

¹² Упор: Lukasz Gruszczynski, "Science in the process of risk regulation under the WTO agreement on sanitary and phytosanitary measures", *German Law Journal* 7.4, 2006, 372.

¹³ О економским импликацијама, шире: J. E. Hobbs, 138-139.

¹⁴ О разликама између регулаторних система у овој области, шире: Alan O. Sykes, "The (limited) role of regulatory harmonization in international goods and services markets", *Journal of International Economic Law* 2.1, 1999, 49-70.

¹⁵ Упор: H. Spencer, 1.

¹⁶ Упор: John Wilson, Tsunehiro Otsuki, „Balancing Risk Reduction and Benefits from Trade in Setting Standards“, *Food safety in food security and food trade*, 1.

¹⁷ Упор: David Demortain, "Enabling global principle-based regulation: The case of risk analysis in the Codex Alimentarius", *Regulation & Governance* 6.2, 2012, 2.

или здравља људи, животиња или биљака.¹⁸ С друге стране, у нормативном делу се изричито утврђује да чланице имају право да предузму санитарне и фитосанитарне мере неопходне за заштиту живота или здравља људи, животиња или биљака, под условом да такве мере нису у супротности са одредбама овог споразума.¹⁹ То фактички значи да имају право да успоставе сопствени ниво заштите који чланица сматра одговарајућим.²⁰

На први поглед ово право је широко постављено. Тиме је у овој области државама чланицама СТО дата широка граница регулаторне самосталности по основу које имају право да успоставе било који ниво заштите безбедности хране који им одговара.²¹ Међутим, предвиђају се и логични захтеви или ограничења, који дисциплинују регулаторну активност држава чланица.²² С једне стране, од земаља чланица се захтева да приликом одређивања одговарајућег нивоа санитарне или фитосанитарне заштите своје санитарне или фитосанитарне мере заснивају на процени, у зависности од околности, ризика по живот или здравље људи, узимајући у обзир технике процене ризика које су развиле релевантне међународне организације.²³

Исто тако, од држава чланица се захтева да приликом креирања и коришћења ових мера, поштују и одређене додатне захтеве, који су материјалног и процедуралног карактера,²⁴ а који представљају нешто разрађенију варијанту већ споменутог чл. XX(б) ГАТТ-а, којим се утврђују тзв. општи изузеци од примене правила ГАТТ-а-1994. Тако се од чланица тражи да обезбеде да њихове санитарне и фитосанитарне мере не праве произвољно или неоправдано дискриминацију између чланица у којима преовладавају идентични или слични услови, укључујући њихову територију и територију других чланица, као и да се оне неће примењивати на начин који би представљао прикривено ограничење међународне трговине.²⁵

Поред ових, постоје и специфични захтеви који су суштинског карактера.²⁶ У њима је утврђено да ће чланице обезбедити да се свака санитарна или фитосанитарна мера примењује само у мери неопходној за заштиту живота или здравља људи, животиња или биљака, да је заснована на научним принципима и да се не одржава без довољно научних доказа.²⁷

¹⁸ Преамбула Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

¹⁹ Чл. 2 .с т.1. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

²⁰ Чл. 5. Анекса А Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

²¹ Упор: Н. Spencer, 1.

²² Упор: L. Gruszczynski, 372.

²³ Чл. 5 ст.1. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

²⁴ Упор: Steve Charnovitz, "International Standards and the WTO", *GW Law Faculty Publications & Other Works*, 2005, 9.

²⁵ Чл. 3. ст. 3. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

²⁶ Упор: S. Charnovitz, 9.

²⁷ Чл. 2. ст. 2. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

Из наведеног приступа може се закључити да СТО, у креирању напред наведених ограничења и захтева, не доводи у питање право држава да успоставе сопствене националне системе безбедности хране али тражи да се исти успоставе на рационалним правним основама. С друге стране, неограничено право на утврђивање садржине санитарних и фитосанитарних мера могло би да отвори Пандорину кутију широког спектра дискриминаторних трговинских мера на том основу. Стога остаје као комплексан изазов питање на чему засновати ту рационалност, која би помирила ове различите интересе у колизији.²⁸ У том погледу полази се од става да ове мере не смеју непотребно ометати трговину а то се постиже применом принципа недискриминације и забране прикривеног ограничења међународне трговине. У датом контексту је посебно значајно коришћење критеријума научне заснованости за диференцирање дозвољеног и недозвољеног понашања држава. Овде тај критеријум добија централну улогу.²⁹ Он у овој области има своје пуно оправдање и одражава покушај да се регулаторна политика у овој области учини мање подложном политичким или економским интервенцијама.³⁰ Међутим, није прецизно дефинисана садржина, а то отвара простор за различито тумачење па и злоупотребе.

Проблем недовољног прецизирања односних правила СТО је још израженији у ситуацијама када су релевантни научни докази недовољни и када се додатно отвара питање степена довољности тих доказа.³¹ Тада се даје могућност да чланица СТО може привремено усвојити санитарне или фитосанитарне мере на основу доступних релевантних информација, укључујући оне од релевантних међународних организација, као и на основу санитарних или фитосанитарних мера које примењују друге чланице. У таквим околностима, од држава се тражи да прибаве додатне информације неопходне за објективнију процену ризика и преиспитају санитарне или фитосанитарне мере у складу са тим у разумном временском периоду.³² Иако ова додатна прецизирања настоје да подигну степен објективизације проблема, она га фактички само умањују и не решавају га дефинитивно.

3.2. Механизми за олакшавање одвијања међународне трговине

Недостаци националних мера у области безбедности хране и њихов потенцијални негативан утицај на одвијање међународне трговине се у праву

²⁸ Упор: Catherine Button, „The Power to Protect: Trade, Health and Uncertainty in the WTO“, *Oxford-Portland: Hart Publishing*, 2004, 227.

²⁹ Упор: L. Gruszczynski, 397.

³⁰ Упор: L. A. Jackson, M. Jansen, 2.

³¹ Шире: Elisa Vecchione, „Is it Possible to Provide Evidence of Insufficient Evidence – The Precautionary Principle at the WTO“, *Chi. J. Int'l L.* 13, 2012, 165 и 178.

³² Чл. 5. ст. 7. Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера.

СТО, у Споразуму о примени санитарних и фитосанитарних мера покушава умањити или уклонити применом додатних механизма. Први од њих је ограниченог домета и заснива се на еквиваленцији националних мера и стандарда. Други је знатно амбициознији и састоји се у хармонизацији и креирању међународних стандарда у овој области. Оба механизма овим Споразумом фактички се стављају у функцију олакшаног одвијања међународне трговине.

Еквиваленција се може користити као алтернативна техника за олакшавање међународне трговине у недостатку међународних стандарда, при чему се дозвољавају регулаторне разлике под одређеним условима.³³ Са истим циљем, датим споразумом се такође подстичу чланице да закључују међудржавне уговоре о еквивалентности.³⁴

Међусобно прихватање ових мера има своју сврху у оним ситуацијама када разлике у националним регулаторним мерама немају природу и потенцијал да прерасту у специфична трговинска ограничења.³⁵ Дати концепт еквиваленције заснива се на чињеници да се регулаторни циљеви у односу на здравље и безбедност хране у пракси могу остварити употребом различитих врста мера. У том оквиру, процена еквиваленције има за циљ да, на основу преферираних метода процене ризика,³⁶ утврди да ли се коришћењем два различите мере може постићи исти ниво дефинисаног нивоа заштите безбедности хране у датој области.³⁷

С друге стране, хармонизација је традиционално важан метод за олакшавање међународне трговине. У контексту безбедности хране, циљ је креирање заједничких међународних јавних стандарда³⁸ на универзалном нивоу. У том процесу, неопходно је идентификовати и упоредити варијације између националних прописа, стандарда или процедура и уклонити ове разлике на мултилатералној основи.³⁹ Успостављање универзалног оквира правила који би омогућили развој, усвајање и спровођење санитарних и фитосанитарних мера како би се минимизирали њихови негативни ефекти на међународну трговину, није могуће без међународних стандарда у овој области. Они у том погледу могу дати битан допринос⁴⁰ и сагласно томе у Споразуму

³³ Услови су дати у чл. 4. ст.1. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

³⁴ Чл. 4. ст. 2. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

³⁵ Упор: Frode Veggeland, Christel Elvestad, „Equivalence and Mutual Recognition in Trade Arrangements Relevance for the WTO and the Codex Alimentarius Commission“, *Norsk institutt for landbruksøkonomisk forskning*, 2004, 9.

³⁶ Чл. 5. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

³⁷ Упор: F. Veggeland, C. Elvestad, 57-58.

³⁸ Међународни стандарди могу бити и приватни. Ова категорија приватних стандарда је дефинисана својим дометом.

³⁹ Упор: F. Veggeland, C. Elvestad, 7.

⁴⁰ Преамбула Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

о примени санитарних и фитосанитарних мера њима се посвећује одговарајућа пажња.

3.3. Правни статус, примена и фактичка заснованост међународних стандарда

3.3.1. Правни статус и примена

Према Споразуму о примени санитарних и фитосанитарних мера, хармонизација у овој области подразумева успостављање, признавање и примену заједничких санитарних и фитосанитарних мера од стране различитих држава чланица.⁴¹ У том процесу се полази од става да ће чланице, у циљу усклађивања санитарних и фитосанитарних мера на што је могуће широј основи, ове мере заснивати на међународним стандардима, смерницама или препорукама, тамо где постоје, осим ако је другачије предвиђено датим споразумом.⁴² На овај начин, чланице су се обавезале да ће националне мере хармонизовати са постојећим међународним стандардима. Стилизација наведеног правила сугерише на висок степен обавезности.⁴³

С друге стране, у самом Споразуму постоји и одредба која има за циљ да снажно подстакне државе на коришћење међународних стандарда у овој области. Њоме се утврђује важење претпоставке да су санитарне и фитосанитарне мере земаља чланица СТО у складу са релевантним одредбама датог Споразума ГАТТ 1994., ако су у складу са међународним стандардима, смерницама или препорукама одговарајућих међународних организација.⁴⁴ Последишно, са таквом претпоставком, спорна национална мера, уколико је заснована на међународним стандардима у хипотетичком спору не би могла бити оцењена као кршење правила СТО.⁴⁵ Ова својеврсна презумпција је потврђена и у случајевима ЕС – Asbestos и ЕС – Hormones (Canada).⁴⁶

Иако постоје различити ставови у теорији,⁴⁷ ипак се може рећи да овом одредбом одређени међународни стандарди фактички постају правно оба-

⁴¹ Чл. 3. Анекса А Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

⁴² Чл. 3. ст. 1. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

⁴³ Упор: Sebastian Klotz, “The Nexus between the World Trade Organization and Codex Alimentarius”, *World Trade Institute*, 2018, 3.

⁴⁴ Чл. 3. ст. 2. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

⁴⁵ Упор: S. Charnovitz, 17.

⁴⁶ WTO Appellate Body, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, Report of the Appellate Body, 2001; *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products – Appellate Body Report and Panel Report – Action by the Dispute Settlement Body WT/DS135/12*, 2001.

⁴⁷ Alessandra Arcuri, Lukasz Gruszczynski, Alexia Herwig, “Global Governance of Risks: WTO, Codex Alimentarius and Private Standards—Report on the SRA-Europe 19th Annual Conference”, *European Journal of Risk Regulation* 1.3, 2010, 285.

везујућа правила за безбедност хране⁴⁸ и као такви одређују приступ међународном тржишту. Таквим правним позиционирањем ови стандарди фактички постају прихваћене норме понашања у међународној трговини, што имплицира да се у сегментима где не постоје националне мере, ови стандарди могу користити директно, све у циљу осигурања безбедности хране.⁴⁹ Тиме они, поред тога што су основа за заснивање националних мера о безбедности хране посредним путем добијају и директну примену.

Поставља се питање ширине поља примене међународних стандарда у овако заснованом нормативном систему. То је могуће утврдити ако се узму у обзир и друга релевантна правила које директно дефинишу примену ових стандарда у целини.

У датом контексту нужно је консултовати и правило које се односи на ситуације одступања од међународних стандарда, односно када државе чланице утврђују захтевније мере од оних утврђених међународним стандардима. Оно предвиђа да чланице могу да уводе или одржавају санитарне или фитосанитарне мере које резултирају вишим нивоом санитарне или фитосанитарне заштите него што би се постигао мерама заснованим на релевантним међународним стандардима, смерницама или препорукама, ако су научно засноване.⁵⁰ У пракси решавања спорова у случају ЕС – Hormones (Canada), Апелационо тело је потврдило да ово правило не захтева да дате мере буду у складу са међународним стандардима.⁵¹

Право на фиксирање вишег нивоа националне заштите држава мора оправдати доступним, релевантним научним доказима, што имплицира да постоји рационалан однос између мера и процена ризика. Тиме, критеријум научне заснованости опет добија кључни значај. Временом је пракса решавања спорова у СТО развила смернице у вези са улогом науке у оваквим ситуацијама. Оцењујући понашање држава у том контексту, Апелационо тело је у случају Canada/US – Continued Suspension приметило да њихова улога није да утврди да ли је процена ризика коју је предузела чланица СТО тачна, већ да се утврди да ли је процена ризика подржана кохерентним образложењем и одговарајућим научним доказима и у том смислу да ли је објективно оправдана.⁵²

Анализом садржине наведених одредби и њихових корелација, могуће је извући закључак да постојање међународних стандарда не значи захтевање од чланица СТО да промене свој ниво заштите здравља људи, односно

⁴⁸ Упор: S. Klotz, 3; D. Demortain, 13.

⁴⁹ Упор: S. Negri, 10.

⁵⁰ Чл. 3. ст. 2. Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

⁵¹ S. Charnovitz, 16.

⁵² Упор.: Appellate Body in Canada/US – Continued Suspension; L. A. Jackson, M. Jansen, 18.

безбедности хране.⁵³ Фактички земље чланице имају могућност избора, што такође јача позицију националних мера безбедности хране у односу на међународне стандарде.

3.3.2. Фактичка заснованост

Сагласно својој функцији, природно је да СТО не може бити креатор међународних стандарда у области безбедности хране, чију примену уређује. Стога је она морала утврдити њихову фактичку заснованост и то она чини Анексом А Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера. Њиме се изричито утврђује да међународни стандарди у области безбедности хране⁵⁴ фактички обухватају стандарде, смернице и препоруке који се креирају од стране Комисије Codex Alimentarius.⁵⁵ На овај начин овлашћење за развој међународних стандарда у овој области је експлицитно делегирано овој Комисији,⁵⁶ чиме оно постаје кључно међународно тело за њихов развој.⁵⁷ Ипак постоји могућност да се користе стандарди и других организација, у складу са одлуком Комитета за санитарне и фитосанитарне мере СТО. Релевантност датих стандарда се додатно потврђује у пракси решавања спорова СТО. Они се у случају EC – Sardines⁵⁸ и EC – Hormones⁵⁹ виде као основа коју ће државе користити за њихове мере и прописе. Исто тако они се посматрају и као међународна мерила према којима се процењују националне мере и прописи о безбедности хране у оквиру правних параметара датог Споразума СТО.⁶⁰

4. ЕФЕКТИВНИ РЕЗУЛТАТИ ПРАВИЛА СТО

Споразум о примени санитарних и фитосанитарних мера је у погледу правног статуса и значаја стандарда о безбедности хране развио једну функционално сложену правну архитектуру, иако не и обимну, чији се ефекти не могу једноставно препознати. Проблем отежава то што се ради о флуидној

⁵³ Преамбула Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

⁵⁴ Чл. 3. Анекса А Споразума о примени санитарних и фитосанираних мера.

⁵⁵ Шире о настанку и развоју ове организације: J. R. Lupien, 192-194.

⁵⁶ Упор: S. Klotz, 3.

⁵⁷ Упор: H. Spencer, 1.

⁵⁸ WTO Appellate Body, European Communities – Trade Description of Sardines, WT/DS231/ AB/ R, Report of the Appellate Body, September 26, 2002.

⁵⁹ WTO Appellate Body, European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/ DS26/ AB/ R – WT/ DS48/ AB/ R, Report of the Appellate Body, January 16, 1998.

⁶⁰ EC– Hormones, para. 166; EC– Sardines, para. 227.

материји, која прецизније одређење добија тек у пракси решавања спорова што указује на потенцијал овог механизма СТО за одлучујуће умањење разлитих тумачења ових правила.⁶¹ Међутим, ни она није довољно развијена и кохерентна,⁶² да би се донели неспорни коначни судови по овом питању. Исто тако постоји и велики број важних питања о којима се тек треба одлучити.⁶³ Ипак, и поред свега, одређени закључци се ипак могу извући.

Прво, доношење Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера релизује потребу да управљање безбедношћу хране на глобалном нивоу буде засновано на мултиинституционалном приступу да би се минимизирали потенцијално могући негативни ефекти у овој области. То је свакако корак у добром правцу.

У садржинском погледу њиме се покушава изградити мултилатерални трговински систем заснован на правилима која осигуравају сигурност и предвидљив приступ међународном тржишту, без непотребних препрека, уз неспорно поштовање здравља људи и безбедности хране.⁶⁴ У практичној равни, то је значило концептуално дефинисање корелације два интереса која могу бити, хипотетички, у колизији. То су интереси безбедности хране и јавног здравља у односу на интересе несметаног одвијања међународне трговине. У таквом односу, здравље људи би свакако требало бити приоритетно и неприкосновено⁶⁵ и није случајно да постоје напори да се оно конституише као дериватно људско право.⁶⁶ Свакако је добро да се тај приоритет СТО у научном погледу, не доводи у питање.

Међутим, видљиво је да међународно право у овој области и даље може да рачуна само на ограничен скуп правних инструмената⁶⁷ и да су некад глобална питања безбедности хране и даље ван домашаја међународног трговинског споразумевања,⁶⁸ укључујући и приватне стандарде, чији значај експоненцијално расте.⁶⁹ Исто тако, непрецизност постојећих правила утиче на њихову ефективност. Све то имплицира потребу надградње у овој области⁷⁰ посебно у правцу прецизирања.

Друго, Споразум о примени санитарних и фитосанитарних мера чини битан искорак у области безбедности хране промовисањем хармонизације

⁶¹ Упор: J. E. Hobbs, 141.

⁶² Упор: L. Gruszczynski, 398.

⁶³ Упор: L. Gruszczynski, 394.

⁶⁴ Упор: S. Negri, 12.

⁶⁵ Упор: S. Negri, 3-6.

⁶⁶ Zhao Rongguang, George Kent, "Human Rights and the Governance of Food Quality and Safety in China", *Asia Pacific Journal of Clinical Nutrition* 13, no. 2, 2004.

⁶⁷ Упор: S. Negri, 16.

⁶⁸ Упор: C. Button, 228-229.

⁶⁹ J. E. Hobbs, 136, 142.

⁷⁰ S. Negri, 1.

националних стандарда и правним признањем међународних стандарда. Тиме они добијају своје место у комплексу санитарних и фитосанитарних мера, поред већ постојећих националних и оних који се означавају као приватни. На тај начин се правно валоризују предности постојања универзално прихваћених стандарда хране не само за заштиту потрошача, већ и произвођача и интереса међународне трговине.⁷¹ То свакако није значило успостављање система њихове широке и искључиве примене, али је у односу на пређашње стање апсолутизације примене националних мера у датој области, свакако позитивна промена. Јачању правне позиције међународних стандарда битно доприноси чињеница да СТО поседује изражену способност за ефективно спровођење својих правила, што није карактеристично за друге међународне организације. Исто тако њихова примена је снажно подстакнута чињеницом да је храни која задовољава ове стандарде генерално олакшан приступ међународном тржишту.

Међутим, иако би примена међународних стандарда у области безбедности имала позитиван утицај на међународну трговину они нису сами по себи чаробни инструмент који би на прави начин помирио интересе за безбедност хране и здравља људи и потребе да се заштити међународна трговина од неоправданог негативног утицаја на њу по том основу. За реално сагледавање домета међународних стандарда потребно је узети у обзир две чињенице. Једна је да да оквиру тих стандарда државе требају да креирају сопствене регулаторне захтеве,⁷² што се у пракси и остварује,⁷³ али у ограниченом виду. Важна је и чињеница да пуна хармонизација у овој области можда неће бити остварива у пракси или неће бити пожељна из легитимних разлога.⁷⁴

Треће, дати Споразум у концептуалном смислу покушава да успостави одговарајућу равнотежу између задовољавања захтева чланица СТО за регулаторном аутономијом и потребом за глобалном хармонизацијом датој области.⁷⁵ То је био једини могући и логичан избор када се узму у обзир све битне чињенице, јер су интеракције између кључних актера у овој области неизбежне.

Међутим, овај полазни став у алокацији нормативне моћи између националних и међународних стандарда се појединим нормативним решењима, посебно у погледу дозвољених одступања од примене међународних стан-

⁷¹ S. Negri, 10.

⁷² Упор: John Humphrey, „Private standards, small farmers and donor policy: EUREPGAP in Kenya“, IDS Working Paper 308, *Institute of Development Studies, Brighton, UK*. 227., 2008.

⁷³ Они су узети у обзир приком усвајање европског законодавства о прехранбеним производима. Упор: Sara Poli, „Setting Out International Food Standards: Euro-American Conflicts within the Codex Alimentarius Commission.“ *Between Enlargement and Internationalization*, 2003, 128.

⁷⁴ Упор: F. Veggeland, C. Elvestad, 7.

⁷⁵ S. Klotz, 2.

дарда нарушава у корист примене националних мера. Тенденција јачања позиције националних мера у овој области на уштрб примене међународних стандарда је додатно ојачана у новијој пракси решавања спорова СТО.⁷⁶ Наиме, рана пракса решавања спорова, као у случају Japan – Apples⁷⁷ је ишла за тим да фаворизује међународни у односу на национални ниво у управљању безбедношћу хране што у литератури није добро оцењено. Међутим, од случаја US – Continued Suspension⁷⁸ долази до промене ставова. Њима се иде више у прилог националној аутономији у коришћењу санитарних и фитосанитарних мера.⁷⁹

Оваквом приступу иду у прилог и смернице Codex Alimentarius-a које дозвољавају земљама да усвоје широк скуп могућих пракси по одређеном питању, уколико су у складу са принципом да процена ризика и управљање ризиком морају бити „изводљиви и функционално одвојени.“⁸⁰

Четврто, укупни ефекти нормативног система СТО у погледу безбедности хране се не могу проценити без процене о утицају који на те ефекте има фактичка заснованост међународних стандарда на стандардима које креира Комисија Codex Alimentarius, а које Споразум о примени санитарних и фитосанитарних изричито предвиђа као привилеговану основу за управљање безбедношћу хране на универзалном плану.

Међутим, развој ситуације у овој области иде за тим да се позиција Комисија Codex Alimentarius, доводи у питање по више основа. Прво, могућност да ови стандарди буду усвојени без консензуса,⁸¹ доприноси све већој политизацији процеса одлучивања и процедура постављања стандарда, будући да усвајање стандарда без консензусног одобрења подразумева могућност да се од држава чланица захтева да се придржавају стандарда које они нису подржали.⁸² Друго, јачање значаја ових стандарда и њихове правне обавезности подстиче потребу за несразмерним јачањем утицаја великих и политички моћних држава на учешће у њиховом креирању⁸³ на уштрб

⁷⁶ Упор: L. A. Jackson, M. Jansen, 19.

⁷⁷ Japan – Measures Affecting the Importation of Apples – Notification of Mutually Agreed Solution G/AG/GEN/50/Add.1 G/L/520/Add.1 G/SPS/GEN/299/Add.1 WT/DS245/21 | 2 September 2005

⁷⁸ Appellate Body Report, United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS329/AB/R, adopted 14 November 2008 and Appellate Body Report, Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS321/AB/R adopted 14 November 2008.

⁷⁹ Упор: Australia – Measures Affecting the Importation of Apples from New Zealand, WT/DS367.

⁸⁰ International Food Standards: Codex Alimentarius 2007, 1.

⁸¹ EC– Hormones, para. 166; EC– Sardines, para. 227.

⁸² Упор: S. Negri, 12.

⁸³ Упор: S. Klotz, 6-7.

учешћа земаља у развоју.⁸⁴ Истовремено утиче на то да је консензус о његовим новим стандардима све теже договорити.⁸⁵ Треће, иако је Комисија стручно тело, постоји сумња да на научне процене утичу одређене политичке претпоставке и вредности.⁸⁶ Четврто, постоји оправдана забринутост да би приватни стандарди, могли поткопати процесе доношења јавних политика у области безбедности хране, како унутар националних држава тако и транснационално.⁸⁷ Пето, неки конкретни ставови Комисије изазивају спорове и буде контраверзе.⁸⁸

Све напред наведено, иако не оспорава досадашње резултате и позитивне ефекте рада Комисије Кодекс алиментаријус-а, свакако умањује изгледе и перспективе ових процеса у будућем периоду. Свакако постоје основи за резервисаност у погледу структурне способности⁸⁹ и капацитета⁹⁰ ове Комисије да може у будућности у потпуности одговорити изазовима дивергентних приступа и интереса држава, а посебно се поставља питање колико може бити успешна у усклађивању науке и политике у овој области.⁹¹

5. ЗАКЉУЧАК

У области безбедности хране, у праву СТО се путем Споразума о примени санитарних и фитосанитарних мера креира реалистичан нормативни систем заснован на правилима која осигуравају сигурност и предвидљив приступ хране на међународном тржишту, уз приоритетно поштовање здравља људи и безбедности хране. У садржинском погледу, водећа улога држава у овој области се не искључује, али се она надограђује алтернативним решењима за олакшано одвијање међународне трговине, посебно снажним подстцајем хармонизације и нормативним признањем и уређењем статуса међународних стандарда.

Иако се дати приступ СТО свакако може позитивно оценити, он није једнозначан и суочен је се ограничењима и изазовима, посебно у контексту

⁸⁴ Упор: S. Charnovitz, 1.

⁸⁵ Упор: D. Demortain, 3.

⁸⁶ Упор: D. Demortain, 5.

⁸⁷ Упор: Henson Spencer, John Humphrey, “Codex Alimentarius and private standards”, *Private food law* 4.1, 2011, 188.

⁸⁸ Упор: Terence P. Stewart, David S. Johanson, “The SPS Agreement of the World Trade Organization and International Organizations: The Roles of the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention, and the International Office of Epizootics”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.* 26, 1998, 42.

⁸⁹ Упор: D. Demortain, 6.

⁹⁰ Упор: T. P. Stewart, D. S. Johanson, 40.

⁹¹ Шире о овим односима: S. Poli, 147.

Codex стандарда као основне међународне референтне тачке у области безбедности хране. Стога је нужно овај нормативни систем дорадити, међусобно ускладити и посебно прецизирати да би се избегле негативне импликације неодређености неких од правила. Тиме би се ефективност ових правила подигла на виши ниво.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Arcuri Alessandra, Gruszczynski Lukasz, Herwig Alexia "Global Governance of Risks: WTO, Codex Alimentarius and Private Standards—Report on the SRA-Europe 19th Annual Conference", *European Journal of Risk Regulation* 1.3, 2010
- Button Catherine „The Power to Protect: Trade, Health and Uncertainty in the WTO“, *Oxford-Portland: Hart Publishing*, 2004
- Vecchione Elisa „Is it Possible to Provide Evidence of Insufficient Evidence – The Precautionary Principle at the WTO“, *Chi. J. Int'l L.* 13, 2012
- Veggeland Frode, Elvestad Christel „Equivalence and Mutual Recognition in Trade Arrangements Relevance for the WTO and the Codex Alimentarius Commission“, *Norsk institutt for landbruksøkonomisk forskning*, 2004
- Gruszczynski Lukasz "Science in the process of risk regulation under the WTO agreement on sanitary and phytosanitary measures", *German Law Journal* 7.4, 2006
- Demortain David "Enabling global principle-based regulation: The case of risk analysis in the Codex Alimentarius", *Regulation & Governance* 6.2, 2012
- Дивљак Драго „Светска трговинска организација и вишестрани међународни споразуми о заштити животне средине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (Зборник радова ПФНС), 3/2012
- Jackson, Lee Ann, Jansen Marion "Risk assessment in the international food safety policy arena. Can the multilateral institutions encourage unbiased outcomes?", *Food Policy* 35.6, 2010
- Käferstein, Fritz K. „Food Safety as a Public Health Issue for Developing Countries“, *Food safety in food security and food trade* (Unnevehr, Laurian, ed.). Vol. 10. Washington, DC: International Food Policy Research Institute, 2003
- Klotz Sebastian "The Nexus between the World Trade Organization and Codex Alimentarius", *World Trade Institute*, 2018
- Lupien, John R. "The Codex Alimentarius Commission: international science-based standards, guidelines and recommendations", *AgBioForum*, 2000
- Negri Stefania "Food safety and global health: an international law perspective", *Global Health Governance* 3.1, 2009
- Poli Sara "Setting Out International Food Standards: Euro-American Conflicts within the Codex Alimentarius Commission." *Between Enlargement and Internationalization*, 2003
- Rongguang Zhao, Kent George "Human Rights and the Governance of Food Quality and Safety in China", *Asia Pacific Journal of Clinical Nutrition* 13, no. 2, 2004
- Spencer Henson „Food Safety Issues in International Trade“, *Food safety in food security and food trade* (Unnevehr, Laurian, ed.). Vol. 10. Washington, DC: International Food Policy Research Institute, 2003

- Spencer Henson, John Humphrey “Codex Alimentarius and private standards”, *Private food law* 4.1, 2011
- Stewart, Terence P., Johanson, David S. “The SPS Agreement of the World Trade Organization and International Organizations: The Roles of the Codex Alimentarius Commission, the International Plant Protection Convention, and the International Office of Epizootics”, *Syracuse J. Int’l L. & Com.* 26, 1998
- Sykes, Alan O. “The (limited) role of regulatory harmonization in international goods and services markets”, *Journal of International Economic Law* 2.1, 1999
- Unnevehr Laurian ed. „*Food safety in food security and food trade*“, Vol. 10. Washington, DC: International Food Policy Research Institute, 2003 – zbornik radova
- Hobbs, Jill E. “Public and private standards for food safety and quality: international trade implications”, *Estey Journal of International Law and Trade Policy* 11.1753-2016-141207, 2010
- Humphrey John „Private standards, small farmers and donor policy: EUREPGAP in Kenya“, IDS Working Paper 308, *Institute of Development Studies, Brighton*, UK. 227., 2008
- Charnovitz Steve “International Standards and the WTO”, *GW Law Faculty Publications & Other Works*, 2005
- Wilson John, Otsuk Tsunehiro „Balancing Risk Reduction and Benefits from Trade in Setting Standards“, *Food safety in food security and food trade* (Unnevehr, Laurian, ed.). Vol. 10. Washington, DC: International Food Policy Research Institute, 2003
- https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm, новембар 2022

Drago Lj. Divljak
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-7698-0189

Food Safety Standards and Law of the World Trade Organization

Abstract: *The paper discusses the legal significance of food safety standards in the WTO. In this framework, the task is to determine the formal normative basis and conceptual approach to this issue. The subject of more detailed analysis will be the essential determinants of this approach, in particular the process of harmonization and the status of international standards in the WTO law. In addition, the paper aims to determine the effective results of the WTO rules in this area, as well as their scope and limitations, and this especially refers to the process of harmonization and application of international standards.*

In the area of food safety, in the WTO law, through the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, a realistic normative system is created based on the rules that ensure safety and predictable access to food at the international market, with priority observing of human health and food safety. In terms of content, the leading role of states in this area is not excluded, but it is upgraded with alternative solutions for the facilitated development of international trade, in particular with a strong fostering of harmonization and normative recognition and regulation of the status of international standards.

Although the given WTO approach can certainly be positively evaluated, it is not unambiguous and faces limitations and challenges, especially in the context of the Codex of standards as the main international reference point in the field of food safety. Therefore, it is necessary to refine this normative system, harmonize it one with another, and specifically specify it in order to avoid negative implications of the vagueness of some of the rules, which would raise the effectiveness of these rules to a higher level.

Keywords: *Food safety standards, law of the World Trade Organization, Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, Codex Alimentarius, harmonization, international standards.*

Датум пријема рада: 19.11.2022.

Датум прихватања рада: 25.01.2023.

Сенад Р. Јаџаревић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9402-7770

Дарко М. Божичић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Bozicic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9405-7424

СПЕЦИФИЧНОСТИ РАДНОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ДИРЕКТОРА У ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ*

Сажетак: Питање радноправног положаја директора дуго привлачи пажњу како правне теорије, тако и правне праксе. Међутим, многи аспекти статуса директора и даље остају нерешени. То је нарочито карактеристично за његов радноправни положај. Из тог разлога, у раду су анализирана проблемска питања пре свега у вези са ангажовањем директора, а поштом у вези са пресланком својства директора и последицама које такав пресланак има на социјално-економски положај лица које је вршило функцију директора. На крају, сагледане су савремене тенденције у погледу појединих клаузула које су његово неизоставан део садржине уговора којим се уређују међусобна права, обавезе и одговорности између директора и привредног друштва.

Кључне речи: директор, привредно друштво, законски заснивеник, радноправни положај, именовање, разрешење.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Питање радноправног положаја директора изазива посебну пажњу како правне теорије, тако и правне праксе. Ипак, не може се рећи да је ова област

* Овај рад резултат је истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ који спроводи Правни факултет у Новом Саду.

довољно истражена и да су конципирана јасна правна решења. Углавном је у овој области иницијатива била препуштена самој пословној пракси која је изнедрила одређена решења, која међутим нису довољно генерално издиференцирана, нити су довољно правно уобличена. Делује да се тек очекује да у овој области радноправна теорија понуди адекватна и јасна решења. Садашње стање води извесној правној несигурности ове категорије лица у области рада.

Недовољно дефинисана становишта у вези са радноправним положајем директора генеришу различите концепцијске приступе, који резултирају постојањем хетерогених законских решења. Многа законска решења у погледу ове категорије лица или су непотпуна, те отварају бројне правне празнине, или су недовољно прецизна, тако да подлежу различитим тумачењима. То представља иницијалну компоненту за покретање бројних судских поступака. На тај начин ствара се амбијент несигурности и неизвесности у пословању, а то се покушава избећи у сваком правном и привредном систему. Целокупна ова проблематика добија на значају када се има у виду да се ради о руководећем органу привредних субјеката, који управља предузећем (компанијом) и доноси кључне пословне одлуке.

Директор је руководећи орган и у јавним предузећима, установама и јавним службама. Ипак, правни положај ове категорије правних лица у свим правним системима је специфичан и веома различит од земље до земље. Заједничко је да постоји велики утицај државе и политике на функционисање јавног сектора, што се одражава и на избор и правни положај директора и руководилаца у овим правним субјектима. Зато се њихов радноправни третман знатно разликује од положаја менаџера у приватном сектору економије. Имајући у виду ограничени обим овог рада, предмет нашег истраживања сузићемо на специфичности радноправног положаја директора у привредним друштвима. Покушаћемо да укажемо на потенцијална спорна питања у вези са радноправним статусом директора у привредном друштву, и да их, тумачењем теоријских ставова, упоредне и домаће регулативе и праксе расветлимо.

2. ФУНКЦИЈА ДИРЕКТОРА У ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ И ДЕЛОКРУГ ПОСЛОВА

Једна од првих лекција коју уче студенти права јесте да садржину правног односа чине права и обавезе његових субјеката. Та права и обавезе стичу се изјавом воље датом у том циљу.¹ Изјаву воље може дати само физичко

¹ Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018, стр. 220-222.

лице. Како се међу субјектима права разликују физичка и правна лица, поставља се питање на који начин у правном промету иступају привредна друштва као правна лица?² Она то суштински чине преко свог заступника. Реч је о физиком лицу које делује у име и за рачун другог лица, односно чија изјава воље о преузимању одређених права или обавеза производи дејство према заступаном субјекту.³ Управо на тај начин, посредством заступника, привредно друштво иступа у правном промету. Имајући то у виду, законска је обавеза сваког правног лица да има свог заступника. А ко ће бити заступник зависи од правног облика, односно форме у којој је основано конкретно привредно друштво.⁴

Различити правни системи познају различите правне форме привредних друштава.⁵ Суштински, све их можемо поделити на две велике групе, у зависности од тога да ли су за оснивање и постојање конкретног привредног друштва значајнија лична својства његових чланова или њихови имовински састојци.⁶ Уколико су за друштво значајнији његови чланови, тј. њихова лична својства, реч је о друштвима лица.⁷ Имајући у виду да је код ове врсте привредних друштава акценат на личности његових чланова, код њих функцију заступника врше управо они сами лично.⁸

Са друге стране, код друштва капитала, његови чланови усмерени су пре свега на имовински аспект пословања, те им је у првом плану остваривање што веће добити. Пошто се занемарују лична својства чланова, друштва капитала немају "личноправну" природу.⁹ Управо из тог разлога, како би се обезбедио што бољи пословни резултат и како би се смањио ризик уложених

² Привредно друштво је правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити.

³ Д. Попов, *Грађанско право (ојшћи део)*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2012, стр. 185-186.

⁴ Заступник правног лица се, из евидентних разлога, назива законски заступник. У том смислу, члан 31. став 1. Закона о привредним друштвима („Службени гласник Републике Србије,” бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др- закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021) предвиђа: „Законски (статутарни) заступници друштва у смислу овог закона су лица која су овим законом као таква одређена за сваки поједини облик друштва.“

⁵ М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, *Компанијско право: право привредних друштава*, Службени гласник, Београд, 2020, стр. 42-45.

⁶ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, стр. 98.

⁷ Шире о друштвима лица видети код: З. Арсић, В. Марјански, *Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018, стр. 23-26.

⁸ Као друштва лица, у Републици Србији присутне су две могуће правне форме привредних друштава – ортакчко друштво и командитно друштво. Код ортакчког друштва функцију заступника обављају ортаци (члан 111. Закона о привредним друштвима), док код командитног друштва ту улогу врши комплементари (члан 131. Закона о привредним друштвима).

⁹ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *ор. cit.*, стр. 101.

средстава чланова друштва, заступање, и вођење друштва генерално, поверава се посебно одабраном лицу, које је стручно за управљање друштвом – директору.

Дакле, директор је лице које је законски заступник друштва, које води послове привредног друштва, и као такав, представља један од органа привредног друштва.¹⁰ Овде је важно скренути пажњу на чињеницу да функцију директора може да обавља како физичко, тако и правно лице.¹¹ С тим да, у овом другом случају, правно лице функцију директора врши или преко свог законског заступника – који је физичко лице, или преко физичког лица које је за то овлашћено посебним пуномоћјем.¹²

Све послове које директор обавља дужан је да извршава у складу са законом, општим актима друштва, уговором, одлукама надлежних органа друштва и у његовом најбољем интересу.

Из поменутог произлази да је основни посао директора да врши заступање друштва. Поред тога, директор води послове друштва. Суштински, води све послове који нису у надлежности других органа друштва, односно послове које му ти исти органи повере. То значи да директор не наступа као заступник друштва само у односу на трећа лица, већ за друштво наступа, или боље речено иступа, и у односу на само друштво, тачније у односу на његове органе и запослена лица.¹³ У вези са тим, директор има извршну функцију, у смислу да је у његовом делокругу рада извршавање одлука надлежних органа привредног друштва (скупштине и надзорног одбора). Такође, директор је дужан да органе друштва извештава о различитим аспектима пословања (тачно, потпуно, благовремено и транспарентно).

Поред тога, директор има и функцију секретара друштва, јер се стара о заказивању и спровођењу седница органа друштва, води рачуна о исправама и пословним књигама, води евиденцију о донетим одлукама. У односу на запослене у друштву, сходно Закону о раду,¹⁴ директор је тај који одлучује о њиховим правима, обавезама и одговорностима из радног односа.¹⁵

¹⁰ Одговор на питање које органе једно привредно друштво мора, односно може да има, зависи од саме правне форме привредног друштва. У праву Републике Србије, органи друштва са ограниченом одговорношћу одређени су чланом 198, а органи акционарског друштва чланом 326. Закона о привредним друштвима.

¹¹ Члан 31. став 2. Закона о привредним друштвима.

¹² Члан 31. став 3. Закона о привредним друштвима.

¹³ Д. Марковић-Бајаловић, *Право привредних друштава*, Правни факултет Источно Сарајево, Источно Сарајево, 2011, стр. 79.

¹⁴ „Службени гласник Републике Србије”, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

¹⁵ Члан 192. Закона о раду.

3. НАЧИН РАДНОГ АНГАЖОВАЊА ДИРЕКТОРА У ПРИВРЕДНОМ ДРУШТВУ

Радноправни положај директора је специфичан из више разлога. Прва специфичност у погледу радноправног статуса директора тиче се процедуре његовог радног ангажовања. Наиме, поступак ангажовања директора састоји се из два чина, односно две етапе. Први чин је доношење одлуке о именовању директора. Ову одлуку доносе чланови друштва приликом његовог оснивања, односно надлежни орган друштва у току његовог постојања (скупштина или надзорни одбор).¹⁶ Међутим, тиме још није дошло до ангажовања директора да обавља послове друштва из свог делокруга. Ово из разлога што је одлука о именовању директора акт привредноправне природе, представља једнострану изјаву воље привредног друштва и заправо има дејство понуде за закључење уговора.¹⁷

Прихватање ове понуде од стране лица именованог за директора манифестује се кроз други чин у поступку његовог ангажовања, а који се састоји у закључењу уговора између директора и привредног друштва. Врста тог уговора од одлучујућег је значаја за радноправни положај директора. Са тим у вези постоје различите могућности у упоредној пракси, које се крећу од уговора о раду, до класичних уговора облигационог карактера.

Питање адекватне врсте уговора о радном ангажовању директора је веома правно и фактички сложено. Његову сложеност генерише проблем правне природе односа између директора и привредног друштва. Значајан део правне теорије стоји на становишту да уговор о раду са директором не одговара природи њиховог односа. Полазећи од позиције директора, делокруга његових послова и значаја који ти послови имају за само друштво, сматра се да је њихово ефикасно обављање у колизији са односом субординације карактеристичним за радни однос.¹⁸ Поједини аутори у том смислу запажају да: „Директор у пословођењу, тј. у управљању пословима правног лица, мора бити слободан односно ослобођен подређености послодавцу, јер само тако може бити лично одговоран за свој рад.”¹⁹ А ако је у радном односу са привредним друштвом, онда је директор по дефиницији радног односа подређен послодавцу као и сваки други запослени. Такав однос субординације

¹⁶ У праву Републике Србије није прописана посебна форма ове одлуке, али из чињенице да је обавезна њена регистрација произлази да мора бити писмена.

¹⁷ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *op. cit.*, стр. 561.

¹⁸ О односу субординације као кључном елементу радног односа код: Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 259-277.

¹⁹ П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, стр. 207.

не обезбеђује директору одговарајући степен аутономије у раду, који је неопходан у циљу ефикасног обављања његових послова.²⁰ То је заиста тачно у функционалном погледу. Међутим, директор, као и сваки запослени мора да се у свом раду руководи очекивањима послодавца, циљевима и задацима који су му зацртани пословном политиком предузећа. Не може да води неку своју, потпуно независну политику. Дакле, директор подлеже субординацији, као и остали запослени, али на специфичан начин. Такође, као и други запослени, остварује зараду, има право на разумно ограничено радно време, на дневни, недељни, годишњи одмор, треба да има здраве и безбедне услове рада, ужива заштиту од злостављања, дискриминације или као узбуњивач.

Зато није потпуно правно нелогично да закључује уговор о раду. Додуше, да би биле уважене раније наведене специфичности у положају и функцији директора, које га ипак одвајају од ”обичних” запослених, такав уговор би имао одређене правне специфичности, модификована права и обавезе у односу на стандардне запослене. Треба рећи и да нису сви директори у једнаком положају. Нпр. генерални директор има већи степен аутономије, од нпр. финансијског директора или директора за људске ресурсе. Зато, нарочито код ових других, правни инструмент уређења односа са послодавцем може и да буде и (прилагођени) уговор о раду.

У правној теорији све су бројнији аутори који заступају становиште да директор и привредно друштво међусобне односе треба да уреде посебним – такозваним менаџерским уговором.²¹ Реч је о уговору којим се уређују међусобна права и обавезе директора и привредног друштва, којим друштво поверава, а директор се обавезује на вођење послова из надлежности овог органа и заступања правног лица, а друштво се са друге стране обавезује да му плаћа уговорену накнаду за вршење тих послова.²² На тај начин се „однос између директора и привредног друштва из сфере радног, премешта у сферу општег уговорног права.”²³

Поред тога што се питање врсте уговора између директора и друштва јавља као спорно у правној теорији, оно је истовремено и једно од замршенијих питања у правној пракси. Ово из разлога што различити правни системи на различит начин уређују ово питање. Тако, упоредноправно посматрано, срећемо се са низом специфичних ситуација.

У Великој Британији, директор може бити ангажован како у форми радног односа (*Contract of Service*), тако и путем уговора о пружању услуга

²⁰ *Ibidem*.

²¹ О првеној природи менаџерских уговора види код: I. Grgurev, *Pravna priroda i sadržaj menadžerskih ugovora*, Radno pravo, Zagreb, 2011, стр. 16-76.

²² З. Арсић, *Правна природа односа између акционарској друштва и члана управног одбора*, Право и привреда, бр. 3-5/1999, стр. 78-79.

²³ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *op. cit.*, стр. 562.

(*Contract for Services*), дакле ван радног односа.²⁴ Јасно је да ће лице које обавља послове директора уживати заштиту радног законодавства само у случају ангажовања у форми радног односа. Поред тога, као занимљивост истичемо чињеницу да у Великој Британији директор може бити ангажован и конклюдентним радњама, дакле без уговора. У тој ситуацији као нарочито важно поставља се питање да ли се лице које обавља послове директора без уговора, посматра као запослени или самосталан субјект у пословном односу са привредним друштвом? Одговор на ово питање дала је тамошња судска пракса, која је установила критеријуме на основу којих се у сваком конкретном случају процењује да ли је правна веза између привредног друштва и директора радноправног или привредноправног карактера.²⁵

У Немачкој, питање врсте уговорног односа између директора и привредног друштва прилично је компликовано, чему посебан допринос дају различити ставови два важна судска органа – Федералног врховног суда (*Bundesgerichtshof*) и Федералног радног суда (*Bundesarbeitsgericht*). Према ставу Федералног врховног суда, директор у привредном друштву не може да буде у радном односу, већ се искључиво ангажује ван радног односа, путем уговора о пружању услуга (*Dienstvertrag*). Разлог оваквог става јесте уважено схватање према којем природа радног односа и делокруг рада директора нису компатибилни. Са друге стране, према тумачењу Федералног радног суда, у ограниченом броју случајева директор ипак може да закључи специфичну врсту уговора о раду (*Geschäftsführeranstellungsvertrag*). Реч је о случајевима где је директор лице које није власник удела у привредном друштву и које, фактички или на основу уговора, не може самостално да одреди своје радно време и место рада.²⁶ Резон Федералног радног суда за-

²⁴ Овде посебно скрећемо пажњу на потребу термилошке обазривости, с обзиром да је разлика између ових уговора у њиховом називу врло мала и крије се само у једној речи. *Contract of Service* је назив уговора којим се успоставља радни однос директора, док је *Contract for Services* уговорни однос у којем лице које обавља послове директора остаје у независном положају у односу на привредно друштво у којем те послове обавља. Више о разлици између ових уговора код: Joellen Riley, *The Definition of the Contract of Employment and its Differentiation from Other Contracts and Other Work Relations*, у *The Contract of Employment*, (ур.) Mark Freedland et al., Oxford University Press, 2016, стр. 321–340.

²⁵ У предмету *Folami v Nigerline (UK) Ltd [1978] ICR 277 EAT* као кључни критеријум предвиђено је радно време, у смислу да ако је лице (директор) радио пуно радно време у привредном друштву, сматра се запосленим. У другом предмету, *Parsons v Albert J Parsons & Sons Ltd [1979] ICR 271*, кључни критеријум одређивања статуса директора зависио је од начина исплате накнаде за рад директору, као и од њеног пореског третмана. Више о овим пресудама видети код: A. Emir, *Selwyn's Law of Employment*, Oxford University Press, 2016, стр. 39.

²⁶ *The Geschäftsführervertrag of the GmbH: Everything you need to know about the managing director's contract in Germany*, чланак од 25.08.2022. године, доступан на интернет адреси <https://www.firma.de/en/company-formation/the-geschaeftsfuehrervertrag-of-the-gmbh-everything-you-need-to-know-about-the-managing-directors-contract-in-germany/#fazit>

снован је на чињеници да су овде присутне околности које указују на постојање односа субординације привредног друштва као послодавца у односу на директора.

Према праву Француске, директор може бити ангажован како у форми радног односа, тако и у форми рада ван радног односа. Штавише, у француској пракси доминирају случајеви у којима директор није запослени компаније,²⁷ управо из претходно помињаног разлога потребе одсуства односа субординације, како би могао на ефикасан начин да обавља своје послове. Ипак, овде бисмо указали на једну ситуацију специфичну за француско право. Наиме, постоји могућност да лице истовремено обавља послове директора и „задржи“ уговор о раду за своје радно место у истој компанији. Да би ово било могуће неопходно је да буду испуњена три кумулативна услова: 1) лице мора паралелно са пословима директора да извршава и послове из уговора о раду;²⁸ 2) за обављање послова из уговора о раду мора бити присутан однос субординације у односу на компанију, тј. послодавца;²⁹ и 3) лице мора да настави да остварује зараду у складу са уговором о раду. У овом случају, истовремено се на такво лице примењују два правна режима, као да је реч о две различите особе и то радноправни, у делу његовог уговора о раду, и привредноправни, у делу правног статуса директора.³⁰

У суседној Хрватској, директор такође може бити ангажован како путем уговора о раду, тако и путем тзв. менаџерског уговора. Међутим, у случају када је директор закључио уговор о раду са привредним друштвом, законом је искључена примена заштитних одредаба које се тичу рада на одређено време, престанка радног односа, отказног рока и отпремнине.³¹ То даље значи, да се на престанак радног односа директора примењују општа правила облигационог права, а не радног законодавства. Уосталом, ово је потврдио и

²⁷ *Employee or Corporate Officer? Know the differences and consequences under French Labor Law*, чланак од дана 08.04.2021. године. Доступно на интернет адреси <https://va-fr.com/en/employee-or-corporate-officer-know-the-differences-and-consequences-under-french-labor-law>

²⁸ На пример истовремено обавља и послове директора и послове дизајнера ентеријера сходно уговору о раду.

²⁹ Полазећи од примера из претходне фусноте, овај услов би значио да нпр. послове дизајнера ентеријера обавља у складу са налозима и упутствима архитекте, који је такође запослен у компанији и непосредно надређен дизајнеру ентеријера.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Zakonom o radu Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 93/14, 127/17 i 98/19)* у члану 4. ставовима 3. и 4. предвиђено је да:

„(3) Физичка особа која је према propisu о трговачким друштвима, као члан управе или извршни директор или физичка особа која је у другом својству према posebnom zakonu, pojedinačno i samostalno или заједно и skupno, овлашћена водити послове послодавца, може као радник у радном odnosu обављати одређене послове за послодавца.

(4) На osobu из stavka 3. ovoga članka не примјенјују се одредбе ovoga Zakona о ugovoru о radu на одређено вријеме, престанку ugovora о radu, отказном року и otpremnini.“

Врховни суд Хрватске у предмету у којем је директор, као тужилац, услед престанка уговора са привредним друштвом захтевао примену норми радног законодавства и поништај једностраног раскида уговора са друштвом. Иако су нижестепени судови усвојили тужбени захтев, Врховни суд је њихове одлуке преиначио, и заузео став да код престанка односа између директора и привредног друштва нема места примени Закона о раду.³²

У нашој држави, питање регулисања међусобног односа директора и привредног друштва уређено је Законом о раду, који са тим у вези оставља две могућности. С једне стране, директор може бити ангажован заснивањем радног односа, тј. путем уговора о раду или, са друге стране, кроз рад ван радног односа, путем уговора о правима и обавезама директора, што би заправо био претходно помињани тзв. менаџерски уговор.³³

Када је реч о заснивању радног односа са директором, Закон о раду експлицитно наводи да то може бити учињено како уговором о раду на неодређено време, тако и уговором о раду на одређено време. У овом другом случају, радни однос може да траје до истека рока на који је директор изабран, односно до његовог разрешења.³⁴ Ова норма је значајна из разлога што се радни однос на одређено време код директора везује за његов мандат, те уколико он траје дуже од две године (што углавном и јесте случај), њоме се суштински уводи још један изузетак од општег правила да се радни однос на одређено време може засновати на период од најдуже 24 месеца.³⁵

Овде бисмо скренули пажњу на Закон о привредним друштвима и једну његову норму ограничавајућег карактера у погледу заснивања радног односа са директором. Наиме, овим законом предвиђено је да радни однос не може бити заснован са неизвршним директором у акционарском друштву.³⁶ Наведена концепција је исправна, јер се њоме јачају контролна овлашћења неизвршних директора,³⁷ што јесте њихова најзначајнија функција код ове врсте друштава капитала.

³² Пресуда Врховног суда Хрватске Ревр 864/2017-2 од дана 19.02.2019. године. Одлука доступна на интернет адреси <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr/decisionPdf?id=090216ba8096c71a>

³³ Члан 48. Закона о раду.

³⁴ Члан 48. став 3. Закона о раду.

³⁵ Чланом 37. став 4. Закона о раду експлицитно је одређено пет случајева који су изузетак од правила да радни однос на одређено време не може бити дужи од 24 месеца. Међу њима нема случаја заснивања радног односа на одређено време са директором, до истека трајања мандата на који је изабран, те се тако овај изузетак уводи чланом 48. Закона о раду.

³⁶ Код акционарских друштава разликују се извршни и неизвршни директори. Извршни директори воде послове друштва и његови су законски заступници (члан 388. Закона о привредним друштвима). Са друге стране, неизвршни директори надзиру рад извршних директора, предлажу пословну стратегију друштва, надзиру њено извршавање и одлучују о давању одобрења у случајевима постојања личног интереса извршног директора друштва (члан 390. Закона о привредним друштвима).

³⁷ Ј. Величковић, *Накнада штете привредном друштву произрокована радом органа управе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 34.

Када је директор ангажован ван радног односа, дакле путем менаџерског уговора, на његов статус не примењује се Закон о раду, већ се његова права и обавезе по основу обављања директорских послова у потпуности уређују наведеним уговором. У погледу садржине оваквих уговора, Закон о раду има једну оквирну норму, према којој, директор ангажован путем менаџерског уговора „има право на накнаду за рад и друга права, обавезе и одговорности у складу са уговором.”³⁸ Из постојеће формулације, као спорно, наметнуло се питање – да ли је накнада за рад директора обавезни елемент менаџерског уговора, или директор може овим путем да буде ангажован и без новчане накнаде. Изложени дилему разрешило је најпре Министарство финансија у свом мишљењу из 2018. године,³⁹ а потом и министарство надлежно за послове рада које је у свом мишљењу из 2021. године подвукло да накнада за рад представља обавезан елемент уговора о правима и обавезама директора.⁴⁰ Такво мишљење министарства (иако није обавезујуће за судове) је потпуно у складу са животном логиком и реалношћу. Тешко би се могло наћи лице које би, с обзиром на његову деликатност, овакав посао обављало бесплатно – осим ако није у питању злоупотреба. То потврђује и упоредна пракса, где водећи менаџери зарађују милионске суме, некада чак у рангу примања самих власника компаније. Свакако, циљ обављања директорске функције није волонтерски.

4. ПРЕСТАНАК РАДНОГ АНГАЖМАНА ДИРЕКТОРА

Иако поступак радног ангажовања директора садржи низ специфичности, још сложеније је питање престанка својства директора. Може се рећи да се проблематика изложена у оквиру поднаслови о начину ангажовања директора, у доброј мери пресликава и на питање престанка својства директора и његове (радно)правне последице. Ово из разлога што обим правне заштите лица коме престаје својство директора директно зависи од врсте уговора који је закључен између директора и привредног друштва. Ипак, као што постоје различити модалитети ангажовања директора, тако су могући и различити начини престанка тог својства.

³⁸ Члан 48. став 5. Закона о раду.

³⁹ У мишљењу број 011-00-1137/2018-04 од 11.6.2018. године Министарство финансија је закључило да „кад физичко лице обавља послове директора по основу уговора о правима и обавезама директора, без заснивања радног односа у том привредном друштву, постоји обавеза обрачунавања и плаћања пореза на доходак грађана на други приход и припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање по основу уговорене накнаде за рад независно од околности да ли се физичко лице – директор одриче уговорене накнаде за рад.”

⁴⁰ Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, број 011-00-00416/2021-07 од дана 15.10.2021. године.

Пре свега, својство директора може престати његовом *остјавком*. Реч је о једностраној изјави воље којом директор обавештава друштво да престаје са обављањем своје функције. Ради се о праву лица које обавља послове директора и може га искористити у свако доба.⁴¹ Дакле, као услов пуноважности оставке не тражи се постојање било каквих разлога за њено давање.⁴² Са временског аспекта, оставка производи дејство у односу на друштво даном подношења, осим ако у њој није наведен неки каснији датум.⁴³ Дакле, уколико отказни рок није одређен менаџерским уговором, директор сам одлучује колико ће бити његово трајање и да ли ће уопште бити отказног рока. Са друге стране, ако је директор засновао радни однос са друштвом, тада мора да поштује норме радног законодавства које се тичу дужине отказног рока.

За разлику од изложеног решења у нашој држави, у праву Велике Британије сматра се да три месеца представљају примерен отказни рок директора.⁴⁴ Ипак, треба имати у виду да решење присутно у нашем праву према којем нема отказног рока у случају оставке директора, садржи један коректив. У случају када једини директор друштва даје оставку, тада је у обавези да настави да предузима послове који не трпе одлагање до именовања новог директора, али не дуже од 30 дана од дана регистрације те оставке код Агенције за привредне регистре.⁴⁵

Други случај престанка својства директора везује се за *истек мандата* на који је изабран, уколико му је мандат временски ограничен. Међутим, овде скрећемо пажњу да се истек мандата само условно може сматрати начином престанка својства директора,⁴⁶ из разлога што директор коме је престао мандат наставља да обавља своје дужности све до именовања новог

⁴¹ Види: члан 396. став 1. Закона о привредним друштвима. То значи да директор може дати оставку чак и у ситуацији када би оставка могла проузроковати штету друштву. Према: Ј. Величковић, *Правне последице оставке директора привредног друштва*, Право и привреда, бр. 4-6/2013, стр. 249.

⁴² Питање постојања посебних разлога због којих директор привредног друштва може дати оставку једно је од спорних у вези са правном природом оставке директора. Као друго, поставља се питање да ли је за правно дејство оставке довољна изјава воље директора упућена друштву или је неопходна и одлука одређеног органа друштва којом се таква одлука директора усваја. О правној природи оставке више код: Ј. Величковић, *Оставка директора привредног друштва (правна природа и услови за престанак функције)*, Право и привреда, бр. 10-12/2014, стр. 109-114.

⁴³ Члан 369. став 3. Закона о привредним друштвима.

⁴⁴ Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher L. Ryan, *Company Law*, Oxford University Press, 2004–2005 Edition, стр. 447. Наведено према Ј. Величковић, *Оставка директора привредног друштва (правна природа и услови за престанак функције)*, *op. cit.*, стр. 115.

⁴⁵ Чланови 220 став 2 и 369 став 5 Закона о привредним друштвима. Овај коректив последица је чињенице да друштво мора имати законског заступника.

⁴⁶ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *op. cit.*, стр. 575-576.

директора. Тако, можемо закључити да „директору не престаје својство престанком мандата, већ именовањем новог директора.”⁴⁷

Од свих облика престанка својства директора, онај који изазива највише размимоилажења у правној теорији, те самим тим производи највише проблема и у пракси, тиче се *разрешења* директора. Ради се о једностраној изјави воље којом привредно друштво укида својство директора конкретном лицу. Упоредноправно посматрано, према концепцијском приступу у регулисању разрешења директора, можемо издвојити две групе правних система – у зависности од тога да ли се за разрешење захтева постојање оправданог разлога или не.⁴⁸

У прву групу спадају правни системи у којима орган који је именовао директора може да га разреши у свако доба, без постојања посебног оправданог разлога (такозвано дискреционо, или *ad nutum* разрешење). Да би била пуноважна, одлука о разрешењу не мора бити образложена, већ једино што је потребно, јесте да је за њу гласала законом или општим актом привредног друштва предвиђена већина. Овакав приступ уређивању разрешења директора заснован је на идеји да директор у сваком тренутку мора да ужива поверење органа који га је изабрао. Консеквентно томе, уколико то поверење нестане, директор може бити разрешен у свако доба.⁴⁹

Разрешење директора у Сједињеним Америчким Државама (даље: САД) засновано је управо на овој концепцији. Према пропису који се примењује у 36 савезних држава, а којим се уређује функционисање привредних друштава (осим уколико друкчије није предвиђено општим актима привредног друштва),⁵⁰ директор може бити разрешен у свако доба, простом већином гласова скупштине друштва.⁵¹ Једини услов процесне природе који поставља закон, јесте да се приликом заказивања седнице на којој ће се одлучивати о разрешењу директора, то јасно буде наведено у предлогу дневног реда седнице.⁵²

Овој групи правних система припада и правни систем Велике Британије, уз одређене специфичности процесне природе које морају бити испо-

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Д. Кнежић-Поповић, *Опис ад нутум чланова управе привредних друштава*, Право и привреда, бр. 5-8/2003, стр. 123.

⁴⁹ V. Gorenc, *Trgovačko pravo društva*, Zagreb, 2003, стр. 332, наведено према: Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *op. cit.*, стр. 576.

⁵⁰ *Model Business Corporation Act* (даље: МВСА) из 2016. године. Текст закона на енглеском језику доступан је на интернет адреси <https://nscpolteksby.ac.id/ebook/files/Ebook/Business%20Administration/The%20Law%20of%20Business%20Organization%20-%20John%20E.%20Moye/Appendix%20G%20-%20Model%20Business%20Corporation%20Act.pdf>

⁵¹ Члан 8.08 тачка а) МВСА.

⁵² Члан 8.08 тачка d) МВСА.

штоване у циљу законитог разрешења директора.⁵³ Тако, процедуру за разрешење може покренути одбор директора⁵⁴ или власник удела, односно акционар, који о таквој својој намери мора да изричито обавести друштво. По пријему овог посебног обавештења, надлежни орган мора да сазове седницу скупштине акционара друштва, ради разматрања предложене одлуке. Ова седница се може одржати најраније 28 дана од дана када је друштво примило посебно обавештење. Исто то обавештење друштво је дужно и да достави директору који је предмет разрешења, при чему се директору мора омогућити да се изјасни о предлогу за разрешење, те да његово изјашњење буде достављено свим члановима скупштине акционара.

Закон о привредним друштвима Републике Србије такође предвиђа дискреционо разрешење директора. Тако, се у члану 395. овог закона наводи да „скупштина може разрешити директора и пре истека мандата на који је именован, без навођења разлога.” Уколико друкчије није одређено општим актима друштва, одлука о разрешењу директора и у српском праву доноси се простом већином гласова чланова скупштине друштва.⁵⁵

Интересантно је што у правним системима заснованим на дозвољености дискреционог разрешења, постоји и могућност судског разрешења. Међутим, да би суд разрешио директора, мора да постоји оправдан разлог за то. У САД, суд може донети одлуку о разрешењу директора у случају да у судском поступку утврди да је: а) директор извршио преварну радњу у односу на друштво или чланове друштва, или је грубо злоупотребио положај директора или намерно нанео штету друштву; и б) с обзиром на начин понашања директора, разрешење у најбољем интересу друштва.⁵⁶

У домаћем праву, до разрешења директора од стране суда може доћи само у ситуацији када је покренут парнични поступак против друштва у циљу престанка друштва.⁵⁷ У том поступку, уместо престанка друштва, суд може одредити меру разрешења директора.⁵⁸

Код правних система заснованих на дискреционом разрешењу битно је разликовати саму одлуку о разрешењу, од њеног утицаја на радноправни статус директора. Наиме, орган надлежан за разрешење то увек може спровести, али ако су одређени услови предвиђени у уговору о радном ангажману директора, тада ти услови морају бити испуњени. Уколико то не буде

⁵³ Чланови 168. и 169. Закона о привредним друштвима (*Companies Act*) из 2006 године. Текст закона на енглеском језику доступан је на интернет адреси <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.

⁵⁴ Уколико друштво има три или више директора формира се одбор директора.

⁵⁵ Члан 211. Закона о привредним друштвима.

⁵⁶ Члан 8.09 тачка а) MBCA.

⁵⁷ Сходно члану 469. став 1. Закона о привредним друштвима, овај поступак могу покренути акционари који представљају најмање 20% основног капитала друштва.

⁵⁸ Члан 469. став 3. тачка 1) Закона о привредним друштвима.

случај, лице које је разрешено са функције директора ужива заштиту у парничном поступку по основу повреде уговора. Међутим, ни у ком случају не може у свом тужбеном захтеву истицати захтев за враћање на функцију директора, већ само за накнаду штете због повреде уговорних одредаба. Ово из разлога што би евентуално враћање на функцију директора било у супротности са основном идејом ове концепције која претпоставља постојање поверења надлежног органа друштва у лице које обавља функцију директора.

Други принцип код регулисања разрешења директора у привредном друштву подразумева да је за легалност одлуке о разрешењу неопходно да је она заснована на постојању оправданих разлога за разрешење. Ова концепција темељи се на тежњи да се учврсти независност директора и да се гарантује стабилност функције пословођења. Како закључује Кнежић-Поповић и ово разрешење, као и оно дискреционог карактера, је слободно, у смислу да се може извршити у свако доба. Али, за разлику од дискреционог, ово разрешење везано је за оправдани разлог, а одсуство оправданог разлога даје право (разрешеном) директору или на накнаду штете или на побијање ваљаности одлуке о разрешењу и реинтеграцију у друштво. „Дакле, одлука о опозиву није подвргнута принципу захтевања постојања оправданог разлога. Спор који се развија у вези с њим односи се увек на последице одлуке, а не на њену легитимност.”⁵⁹

Питање које се само по себи намеће на овом месту јесте – шта се сматра оправданим разлозима за разрешење директора? Они се углавном везују за личност која врши функцију директора. Упоредноправна анализа упућује да су у употреби најчешће разлози који се тичу: а) повреда дужности директора;⁶⁰ б) неспособности, односно немогућности обављања послова директора;⁶¹ в) неповерење изгласаног од стране скупштине друштва. Последњи међу њима је нарочито споран због танке и недовољно прецизне линије разликовања у односу на концепт дискреционог разрешења.⁶²

Концепција постојања оправданог разлога за разрешење директора присутна је у немачком праву. Тамошњи Закон о акционарским друштвима предвиђа да директор може бити разрешен уколико постоји важан разлог

⁵⁹ Д. Кнежић-Поповић, *op. cit.*, стр. 123-124.

⁶⁰ На основу функције које обавља законом су предвиђене посебне дужности директора према друштву. У Закону о привредним друштвима Републике Србије као посебне дужности предвиђене су: дужност пажње (члан 63. закона); дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес (члан 65. закона); дужност избегавања сукоба интереса (члан 69. закона); дужност чувања пословне тајне (члан 72. закона); дужност поштовања забране конкуренције (члан 75. закона).

⁶¹ Реч је о случајевима када лице не може да обавља послове директора услед трајније или теже болести, менталне неспособности за рад, недостатка потребних знања за обављање послова из делокруга рада директора.

⁶² Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *op. cit.*, стр. 577.

(*wichtiger Grund*). Важним разлогом сматра се нарочито груба повреда дужности, немогућност обављања послова управљања или изгласавање неповерења од стране скупштине, осим ако је гласање о поверењу предложено из очигледно ирелевантних разлога.⁶³

Слично решење садржано је и у хрватском праву,⁶⁴ с тим да се у хрватском Закону о трговачким друштвима експлицитно наводи да одлука о разрешењу остаје без утицаја на одредбе уговора које је директор закључио са привредним друштвом.

Из изложених примера евидентно је да законски текстови који се темеље на концепцији постојања оправданих разлога за разрешење директора исте те разлоге наводе само као пример. То са једне стране значи да могу постојати и други разлози осим оних наведених у самом закону,⁶⁵ док са друге стране, ово номотехничко решење судску праксу ставља пред изазов испитивања објективности и остварености оправданих разлога у сваком конкретном случају.⁶⁶

5. СПЕЦИФИЧНЕ КЛАУЗУЛЕ КОД УГОВОРА СА ДИРЕКТОРОМ

Полазећи од специфичног делокруга послова, као и радноправног положаја директора, у пракси се неретко уговарају различите клаузуле у уговорима које друштво закључује са директором, независно од тога да ли је реч о уговору о раду или менаџерском уговору. Претежан део тих клаузула тиче се регулисања права, обавеза и одговорности директора по престанку обављања функције пословођења. Њихова сврха је различита, а могу бити усмерене како према заштити интереса директора, тако и према заштити интереса привредног друштва.

⁶³ Члан 84. став 4. немачког Закона о акционарским друштвима (*Aktiengesetz*). Текст закона на немачком језику доступан је на интернет адреси <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>

⁶⁴ Члан 244 став 2 Закона о трговачким друштвима (*Народне новине, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, 34/22*) предвиђа да: „Надзорни одбор може опозвати своју одлуку о именовању члана управе или њезина председника када за то постоји важан разлог. Важним разлогом нарочито се сматра груба повреда дужности, неспособност за уредно обављање послова друштва или изгласавање неповерења у главној скупштини друштва, осим ако је то учињено због очито неутемељених разлога. Опозив је ваљан док се његова неваљаност не утврди судском одлуком. Опозивом члана или председника управе не дира се у одредбе уговора којег су они склопили с друштвом.”

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Слично и Д. Кнежић-Поповић, *op. cit.*, стр. 129.

Једна од најчешће присутних јесте такозвана *клаузула златног падобрана* (*Golden Parachute Clause*). Овом клаузулом предвиђа се изузетно висока накнада за директора у случају да буде разрешен по окончању поступка промене власничке структуре у привредном друштву. Пракса је показала да промену власничке структуре, те самим тим и контроле над привредним друштвом, готово неизоставно прати промена затеченог руководећег кадра, што оставља последице на њихов радноправни, те самим тим и социјално-економски статус. Тако су, у циљу заштите положаја директора у случају промене контроле над привредним друштвом, средином 70-тих година прошлог века доминантно у корпоративној пракси САД почеле да се јављају клаузуле "златног падобрана".⁶⁷

У најширем смислу, "златни падобран" чине „мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле којима се циљно друштво обавезује да исплати изразито високе накнаде лицима на највишим управљачким позицијама у друштву у случају вољног или невољног престанка њиховог уговорног односа након успешно спроведеног поступка преузимања,"⁶⁸ при чему су могућа одступања у свим наведеним правцима.⁶⁹ Иако је у правној теорији и даље присутна дебата о оправданости и ефикасности ових клаузула,⁷⁰ оне су и даље у широкој употреби како у међународној тако и у домаћој корпоративној пракси.⁷¹

Још присутније у пракси јесу две сродне клаузуле – клаузула забране конкуренције и клаузула забране преузимања запослених – које су обе усмерене ка заштити интереса послодавца, односно привредног друштва. Сврха ових клаузула јесте спречавање нелојалне конкуренције између привредних субјеката. Међутим, иако је реч о инструменту у домену привредног права, *клаузуле забране конкуренције* има снажне радноправне реперкусије. Ово из

⁶⁷ О настанку ових клаузула шире код: P. G. Scotese, *Fold up Those Golden Parachutes*, Harvard Business Review, Vol 63, 1985.

⁶⁸ В. Радовић, *Златни падобрани, корпоративно управљање и њихови корпоративне контроле*, Право и привреда, бр. 1-4/2008, стр. 41.

⁶⁹ Тако, накнада се не мора нужно исплаћивати у новцу, не мора бити висока, може се исплатити и ширем кругу лица лица од највиших управљачких позиција, а њена исплата се може предвидети и пре окончања поступка преузимања. *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*. Judith C. Machlin, Hyuk Choe, James A. Miles, *The Effects of Golden Parachutes on Takeover Activity*, The Journal of Law & Economics, No. 2/1993, стр. 861-876.

⁷¹ Најсвежији пример долази из компаније *Twitter*, где је нови власник након преузимања контроле над компанијом и разрешења бројних директора, на име клаузуле златни падобран морао да им исплати новчану накнаду у износу већем од 120 милиона долара. Jasper Jolly, *Twitter bosses entitled to \$120m in 'golden parachute' payouts*, чланак од дана 28.10.2022. године. Доступан на интернет адреси <https://www.theguardian.com/business/2022/oct/28/twitter-bosses-120m-dollars-payout-elon-musk>. Такође, употреба ових клаузула присутна је и у нашем региону. Види: <https://bankar.rs/2021/10/02/plata-direktora-tomontenegro-4-400-evra-u-slucaju-raskida-ugovora-dobija-vise-od-100-000/>.

разлога што се манифестује у виду успостављања ограничења за остваривање права на рад као једног од основних људских права. У домаћем праву клаузула забране конкуренције у односу на директора може се посматрати са законског и са уговорног аспекта.

Када је законски аспект у питању, сам Закон о привредним друштвима као једну од посебних дужности које директор има према друштву одређује дужност поштовања забране конкуренције. Ова дужност састоји се у забрани лицу које обавља послове директора да, без одобрења скупштине, не може стећи својство директора, предузетника, запосленог или на било који други начин радно ангажованог лица, односно да не може основати или имати значајно учешће у капиталу другог правног лица које има исти или сличан предмет пословања.⁷² У случају непоштовања ове забране, у парничном поступку са тим у вези, привредно друштво од лица које је било дужно да је поштује, може захтевати накнаду штете, пренос на друштво користи коју је то лице остварило као последицу те повреде, односно искључење тог лица као члана друштва, ако је то лице члан друштва.⁷³

Уговорни аспект забране конкуренције произлази из норми Закона о раду.⁷⁴ Овим актом предвиђено је да уговором о раду могу да се утврде послови које запослени не може да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, без сагласности послодавца код кога је у радном односу. Иако би на први поглед закључак био да је ова клаузула резервисана само за директоре који су ангажовани у форми радног односа, нема никаквих препрека да иста нађе место и у менаџерским уговорима. Иако Закон о раду поставља одређене услове који морају бити испуњени да би клаузула била делотворна,⁷⁵ имајући у виду природу посла које врши директор, ти услови ће за пословодни орган увек бити остварени. За разлику од непоштовања забране конкуренције сходно привредноправним прописима, Закон о раду као санкцију за непоштовање ове клаузуле предвиђа само накнаду штете. Битно је истаћи да се дејство забране конкуренције може проширити и на период до две године од дана престанка својства директора, односно његовог радног односа. Међутим, супротно Закону о привредним друштвима, Закон о раду дејство клаузуле забране конкуренције по престанку радног односа условљава претходном исплатом новчане накнаде запосленом. Сврха ове накнаде јесте да се запосленом компензује ограничавање права на рад.

⁷² Члан 75. Закона о привредним друштвима.

⁷³ Члан 76. Закона о привредним друштвима.

⁷⁴ Клаузула забране конкуренције уређена је члановима 161. и 162. Закона о раду.

⁷⁵ Забрана конкуренције може да се утврди само ако постоје услови да запослени радом код послодавца стекне нова, посебно важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или да дође до сазнања важних пословних информација и тајни.

Клаузула забране преузимања запослених углавном се уговара заједно са клаузулом забране конкуренције. Ова клаузула подразумева обавезу за директора да се након престанка тог својства, односно радног односа у привредном друштву, уздржава од било које активности која је усмерена на подстицање дотадашњих колега да дају отказ уговора о раду. Овом мером привредно друштво настоји да спречи одлазак запослених са променом директора.

6. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Из претходних редова видели смо да не постоји једнозначан одговор на низ питања у погледу правног статуса директора у привредном друштву. Томе је у значајној мери допринела чињеница да са тим у вези не постоје јединствени ставови у правној теорији, а те теоријске различитости преносе се на терен правне регулативе и праксе у погледу статуса директора у привредном друштву. Главни проблем видимо у томе што се приликом регулисања правног положаја директора у привредном друштву преплићу институти привредног и радног права, који се потом у њиховој примени изоловано посматрају. Међутим, остварују битан међусобни утицај, штавише, могло би се закључити да су узрочно-последично повезани. Тако, сам чин именовања директора од стране надлежног органа у привредном друштву не значи да лице може отпочети са обављањем послова из делокруга директора. Јер одлука о именовању има дејство (само) понуде за закључење уговора којим се мора уредити радноправни статус директора. А потом, садржина управо тог уговора даје одговор како треба поступати приликом евентуалног разрешења директора. Дакле, једино у садејству, у заједничкој примени и уважавању института привредног и радног права може се обезбедити одговарајућа заштита положаја директора са једне, и заштита интереса привредног друштва са друге стране.

Закључили бисмо и да овој правној проблематици није до сада поклоњено довољно пажње у области радног права, ни у свету, ни код нас. Вероватно је разлог за то што су многа питања и решења испреплетана са привредним правом. Потпуно сагледавање правног положаја директора захтева темељно упознавање са њиховим ангажовањем, правима, дужностима, радом, одговорностима и отпуштањем у регулативи привредног права. То поред закона, подразумева упознавање и са аутономном регулативом предузећа и компанија. Са друге стране, привредноправној регулативи и литератури недостаје дубље сагледавање положаја директора и менаџера као запослених (радника). Њихова правна судбина не може да буде везана искључиво за регулативу привредног права, већ ова група лица мора да ужива и одређене

гаранције као и сви други запослени (на шта указују и поједини ставови судова у упоредној пракси). Они то у основи и јесу, јер обављањем директорске функције остварују своје право на рад и зарађују за живот. Од те зараде зависи њихова егзистенција и егзистенција њихове породице. Дакле, њихов руководећи статус у привреди има и значајне радноправне, социјалне и друге импликације.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Коришћени библиографски извори

- Б. Пајтић, С. Радовановић, А. Дудаш, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018.
- В. Радовић, *Закони иакобрани, корпоративно управљање и финансијске корпоративне контроле*, Право и привреда, бр. 1-4/2008.
- Д. Кнежић-Поповић, *Ојозив ad nutum чланова управе привредних друштава*, Право и привреда, бр. 5-8/2003.
- Д. Марковић-Бајаловић, *Право привредних друштава*, Правни факултет Источно Сарајево, Источно Сарајево, 2011.
- Д. Попов, *Грађанско право (општи део)*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2012.
- З. Арсић, В. Марјански, *Право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018.
- З. Арсић, *Правна природа односа између акционарског друштва и члана управног одбора*, Право и привреда, бр. 3-5/1999.
- Ј. Величковић, *Накнада штете привредном друштву проузрокована радом органа управе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Ј. Величковић, *Остатка директора привредног друштва (правна природа и услови за престанак функције)*, Право и привреда, бр. 10-12/2014.
- Ј. Величковић, *Правне последице остатка директора привредног друштва*, Право и привреда, бр. 4-6/2013.
- Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- М. Васиљевић, Т. Јевремовић Петровић, Ј. Лепетић, *Компанијско право: право привредних друштава*, Службени гласник, Београд, 2020.
- Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, *Компанијско право – право привредних субјеката*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015.
- А. Emir, *Selwyn's Law of Employment*, Oxford University Press, 2016.
- І. Grgurev, *Pravna priroda i sadržaj menadžerskih ugovora*, Radno pravo, Zagreb, 2011.
- Judith C. Machlin, Hyuk Choe, James A. Miles, *The Effects of Golden Parachutes on Takeover Activity*, The Journal of Law & Economics, No. 2/1993.

Mark Freedland et al., *The Contract of Employment*, Oxford University Press, 2016.
P. G. Scotese, *Fold up Those Golden Parachutes*, Harvard Business Review, Vol 63, 1985.
Stephen W. Mayson, Derek French, Christopher L. Ryan, *Company Law*, Oxford University Press, 2004–2005 Edition.
V. Gorenc, *Trgovačko pravo društva*, Zagreb, 2003.

Коришћени прописи

Закон о акционарским друштвима Републике Немачке (*Aktiengesetz*). Текст закона на немачком језику доступан је на интернет адреси <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>

Закон о привредним друштвима Републике Србије („Службени гласник Републике Србије”, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021).

Закон о раду Републике Србије („Службени гласник Републике Србије”, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – ауџендишно тумачење).

Companies Act (Велика Британија) из 2006 године. Текст закона на енглеском језику доступан је на интернет адреси <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>.

Model Business Corporation Act (САД) из 2016. године. Текст закона на енглеском језику доступан је на интернет адреси <https://nscpolteksby.ac.id/ebook/files/Ebook/Business%20Administration/The%20Law%20Of%20Business%20Organization%20-%20John%20E.%20Moye/Appendix%20G%20-%20Model%20Business%20Corporation%20Act.pdf>

Zakon o radu Republike Hrvatske (*Narodne novine*, br. 93/14, 127/17 i 98/19).

Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske (*Narodne novine*, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, 34/22).

Коришћене одлуке судских и других органа

Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања Републике Србије број 011-00-00416/2021-07 од дана 15.10.2021. године.

Мишљење Министарства финансија Републике Србије број 011-00-1137/2018-04 од 11.6.2018. године.

Пресуда Врховног суда Хрватске Ревр 864/2017-2 од дана 19.02.2019. године.

Folami v Nigerline (UK) Ltd [1978] ICR 277 EAT

Parsons v Albert J Parsons & Sons Ltd [1979] ICR 271

Коришћени интернет извори

Employee or Corporate Officer? Know the differences and consequences under French Labor Law, чланак од дана 08.04.2021. године. Доступно на интернет адреси <https://va-fr.com/en/employee-or-corporate-officer-know-the-differences-and-consequences-under-french-labor-law>

<https://bankar.rs/2021/10/02/plata-direktora-tomontenegro-4-400-evra-u-slucaju-raskida-ugovora-dobija-vise-od-100-000/>.

Jasper Jolly, *Twitter bosses entitled to \$120m in 'golden parachute' payouts*, чланак од дана 28.10.2022. године. Доступан на интернет адреси <https://www.theguardian.com/business/2022/oct/28/twitter-bosses-120m-dollars-payout-elon-musk>.

The Geschäftsführervertrag of the GmbH: Everything you need to know about the managing director's contract in Germany, чланак од 25.08.2022. године, доступан на интернет адреси <https://www.firma.de/en/company-formation/the-geschaeftsfuehrervertrag-of-the-gmbh-everything-you-need-to-know-about-the-managing-directors-contract-in-germany/#fazit>

Senad R. Jašarević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Jasarevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0001-9402-7770

Darko M. Božićić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Bozicic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9405-7424

Specificities of the Employment Position of the Director in a Business Company

Abstract: *The question of the labor law position of directors has long attracted the attention of both legal theory and legal practice. However, many aspects of the status of directors still remain unresolved. This is particularly characteristic of his employment status. For this reason, the paper analyzed problematic issues, first of all, in connection with appointment a director, and then in connection with the removing director from the office and the consequences that such removal has on the social and economic position of the person who performed the function of the director. In the end, the modern tendencies with regard to individual clauses, which are an almost indispensable part of the content of the contract regulating the mutual rights, obligations and responsibilities between the director and the company, were reviewed.*

Keywords: *director, company, legal representative, employment law status, appointment, removing.*

Датум пријема рада: 27.12.2022.

Датум прихватања рада: 24.01.2023.

Sanja V. Đajić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Djajic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5997-9714

A GROUNDBREAKING WIN OR A CASTLE IN THE AIR? THE RELEVANCE OF THE GREEN POWER V. SPAIN AWARD IN THE EU-ISDS FEUD

Abstract: *The EU and ISDS have been embroiled in an exhausting feud over intra-EU investment disputes which may still not reach its climax despite several dramatic and radical moves by the European Union and its Member States against the nearly unfettered resistance of the ISDS. Green Power v. Spain is the first international investment case in which the tribunal denied jurisdiction due to an incompatibility of the arbitration clause in the Energy Charter Treaty with EU law in light of the Achmea case, but also the first case where the rule of lex superior was employed to tip the scale in favour of EU law. The overview of the award will be presented against different backgrounds: massive investment case law uniformly denying intra-EU preliminary objections on one hand, and concerted actions of the EU and its Member States to construct a dam against intra-EU investment cases, on the other. The aim of this case note is to review the possible relevance of the Green Power v. Spain arbitral award and the argument that EU law is lex superior as a matter of international law, in pending and future intra-EU investment disputes, and to assess to what extent different factors, such as the seat and rules of arbitration and general rules of international law, molded the reasoning of the tribunal. The arbitral award is a meticulous decision with instructive arguments on how to situate supremacy of EU law within the law of treaties while navigating the rough waters of enduring conflicts amid different international agreements and between various levels of governance. Given that the tribunal offered a variety of reasons to uphold the applicability of EU law to determine jurisdiction, there is the distinct possibility that the award might have an impact on other investment tribunals.*

Keywords: intra-EU investment disputes, *Achmea*, *Green Power v. Spain*, conflict of international obligations.

I INTRODUCTION

One of the most relevant game changers for both international investment law and EU law was the decision by the Court of Justice of the European Union (CJEU) in the *Achmea* case in which the CJEU ruled that arbitration clauses in intra-EU BITs, and consequently the arbitral awards handed down on the basis of these instruments, are incompatible with EU law.* The result of this finding was the annulment of the arbitral award¹ rendered in the *Achmea v. Slovakia*,² an UNCITRAL investment arbitration case decided on the basis of a Dutch-Slovak bilateral investment agreement. The CJEU sent a clear, distinctly unambiguous signal, that the time of intra-EU investment disputes is over. Regardless of the fact that similar signals honing in on the incompatibilities of specific instruments had already been seen coming from the EU, the *Achmea* made this agenda clear. However, there was still a lot of work to be done: a number of investment arbitrations were pending or on the way, especially following the EU stance that national subsidies in the energy sector were contrary to EU law and needed to be revoked. In addition, while the *Achmea* dealt specifically with intra-EU BITs there seemed still to be an open door for intra-EU investment disputes on the basis of multilateral and not exclusively EU agreements such as the Energy Charter Treaty (ECT). The status of a number of other intra-EU BITs and their sunset clauses still may have remained unclear.

Some of these issues were subsequently resolved by the CJEU decision in the 2021 *Komstroy* case in relation to the ECT,³ and in the 2021 *PL Holdings* in

* The author gratefully acknowledges the support of the University of Novi Sad Faculty of Law Project (*Legal Tradition and New Challenges in Law*). This article is the result of the research which is part of this Project.

Case C-284/16, *Slowakische Republic (Slovak Republic) v. Achmea BV*, Court of Justice of the European Union, Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 March 2018.

¹ Federal Court of Germany, decision on annulment of 31 October 2018 (BGH, 31.10.2018 – I ZB 2/15), available at <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=89393&pos=0&anz=1> (30.11.2022).

² *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010; *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Final Award, 7 December 2012.

³ Case C-741/19, *Republic of Moldova v Komstroy*, Judgment of the CJEU (Grand Chamber), 2 September 2021 (hereinafter: *Komstroy*).

relation to *ad hoc* agreements,⁴ and by the adoption of the 2020 *Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the Member States of the European Union*,⁵ but few remained unresolved. Moreover, it seemed that investment tribunals were adamant in rejecting the *Achmea* rationale: EU law was the law applicable to the dispute which in turn removed the validity of arbitration clauses in investment treaties. It is indeed remarkable how investment arbitral tribunals rejected all arguments based on EU law and *Achmea*, using a variety of argumentative techniques and explanations.⁶

That is until quite recently.

In June 2022, in the *Green Energy v. Spain* case,⁷ for the first time an international investment tribunal denied jurisdiction to hear claims on the grounds that EU law, as the law applicable to the determination of the validity of an offer to arbitrate by an EU Member State, denied jurisdiction to adjudicate the dispute. It was found that under EU law the offer to arbitrate was invalid. The tribunal showed great deference to the CJEU judgments in *Achmea*, *Komstroy* and *PL Holdings* cases and followed their findings that EU law is the law applicable to the dispute. Therefore, after a considerably long period of time and dashed hopes of the EU, its argument has finally prevailed in the investor-state dispute settlement (ISDS) arena. However, one needs to be cautious in interpreting the award as a win for EU and EU law for a variety of reasons. This is arbitration conducted under the rules of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) with the seat of arbitration in Stockholm, Sweden, with a predominantly European panel. All other cases where similar arguments of incompatibility were raised, were dealt with either outside of the EU or within the ICSID with European arbitrators belonging to the minority.

The purpose of this paper is to evaluate the relevance of the recent *Green Power v. Spain* arbitral decision and to assess to what extent factors such as the seat and rules of arbitration swayed the reasoning of the tribunal. Given that the tribunal offered a variety of reasons to uphold the applicability of EU law to determine jurisdiction, there is the real possibility that the award might have an impact on other investment tribunals.

⁴ In relation to *ad hoc* agreements between EU member states and EU-based investors. Case C-109/20, *Republiken Polen (Republic of Poland) v PL Holdings*, Judgment of the CJEU (Grand Chamber), 26 October 2021.

⁵ *Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020, p. 1–41.

⁶ See, Sanja Djajić, “Post-Achmea Apocalypse for EU Law in International Investment Arbitration”, in: *Challenges in International Business Law and European Union Law – Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (eds. Allan Tatham et al.), Banja Luka – Kragujevac, 2020, pp. 133-158.

⁷ *Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135, Award, 16 June 2022 (hereinafter: *Green Power v. Spain*).

II GREEN POWER K/S AND SCE SOLAR DON BENITO APS V. KINGDOM OF SPAIN

This case is typical of over 50 investment cases involving Spain over its withdrawal of state subsidies in the solar energy sector.⁸ The claimants in this case made different investments in photovoltaic plants in the Spanish solar energy market between 2008 and 2011. The applicable regulatory framework at that time provided a favourable tariff regime based on state subsidies. However, between 2010 and 2014 Spain amended this regulatory framework. On 8 September 2016 the claimants launched a case under the Energy Charter Treaty (‘ECT’) and just like the whole line of other foreign investors in similar cases, claimed that these regulatory changes adversely affected their investment and were in breach of standards of protection under the ECT. The claimants sought EUR 74 million in compensation.

The request for arbitration was based on Article 26(4)(c) of the ECT which provides for arbitration before the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), and the seat of arbitration was in Stockholm, Sweden. Under Article 26(4) of the ECT the claimants had other available options, such as ICSID or *ad hoc* arbitration under UNCITRAL rules but chose the SCC arbitration instead. As in many other cases against Spain involving issues of subsidies in the solar energy market, the European Commission here also filed a request to participate in the proceedings as *amicus curie* (on 9 November 2018) and that request was granted by the tribunal. This request could have seemed different comparing earlier requests because the groundbreaking *Achmea* decision of the CJEU was adopted earlier that year, on 6 March 2018. In addition, following the request of the European Commission, another investment tribunal in the *Stadwerke* case made certain findings which might have raised the spirits for EU respondent states. The *Stadwerke* tribunal, despite having rejected the relevance of EU law and the *Achmea* decision for jurisdictional purposes, found that EU law could be applicable as part of international law relevant for interpretation under Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) but that was irrelevant in the absence of conflict between the ECT and Articles 244 and 267 of the TFEU. The outcome

⁸ “In the last 10 years, Spain has been subject to more investment arbitration lawsuits than any other country. It has received a total of 51 claims, of which 27 have already been resolved, 21 of them in favor of the investor. This means that in eight out of ten claims the investors won. According to the Spanish government, the total amount claimed by foreign investors amounts to almost €8 billion. So far, Spain has been ordered to pay more than €1.2 billion in compensation for the cases it has lost, which is equal to the country’s entire spending commitment to fight the climate crisis – or five times what it spent to alleviate energy poverty in 2021.” – Lucía Bárcena, Fabian Flues, *From solar dream to legal nightmare*, Transnational Institute and Power Shift, 31 May 2022, 4, https://www.tni.org/files/publication-downloads/english_from_solar_dream_to_legal_nightmare_online.pdf. This statistic predates the Green Power award.

was eventually favourable for Spain because the tribunal ruled that Spain did not breach the ECT as the measures and reforms of the renewable energy sectors were reasonable.⁹

In the *Green Power* case Spain's principal objection was an objection for lack of jurisdiction *ratione voluntatis* based on the argument that Article 26 of the ECT did not apply due to the primacy of EU law which rendered Spain's offer to arbitrate under this provision inapplicable and prevented dispute from being submitted to arbitration. This was not a novel argument and as such was raised in a number of other investment arbitrations based on both BITs and ECT. While the main foothold was and remained the 2018 CJEU *Achmea* case, here the same argument was reinforced and possibly strengthened by the 2021 CJEU *Komstroy* judgment as the latter dealt specifically with the arbitration offer in Article 26 of the ECT. The CJEU comfortably extended the *Achmea* rationale to the ECT although in a form of *obiter dictum*: "The Court has consistently held that an international agreement cannot affect the allocation of powers laid down by the Treaties and, hence, the autonomy of the EU legal system, observance of which is ensured by the Court. That principle is enshrined in particular in Article 344 TFEU, under which the Member States undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for in the Treaties."¹⁰ The EU law as a whole began to generate force and amass arguments against the validity of arbitration offers as between EU Member States.¹¹

The fact that the seat of arbitration was in Sweden turned out to complement the principal objection of Spain given that the law of Sweden as *lex arbitri* was relevant for assessing the arbitrability of matters submitted to the tribunal and the validity of an arbitration agreement.

⁹ *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and Others v. the Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 December 2019.

¹⁰ *Komstroy*, para. 42.

¹¹ *Komstroy* case is particularly illustrative of this approach as it looks as a test case used specifically for addressing the compatibility of the ECT with EU law. In *Komstroy* there was a very weak link to EU and EU law. This was the ECT investment dispute between a Ukrainian investor and Moldova with investments based outside the EU. The only link to the EU was the seat of arbitration in Paris (France). Following the award in favour of the Ukrainian investor, Moldova sought to set aside the award before the French courts. After the annulment by the first instance court the court of appeals quashed the judgment and remanded the case. The first instance court referred the preliminary question to the CJEU which ultimately upheld its jurisdiction despite manifest impediments such as the link to the EU and immediate relevance for the EU law. In a bigger picture this could be seen as a perfect opportunity for the CJEU to reconfirm the *Achmea* rationale and its applicability on the ECT. For commentary on jurisdiction of the CJEU to hear *Komstroy* case, see: Jed Odermatt, "Is EU Law International? Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order", *European Papers – A Journal on Law and Integration*, 2021 6(3), 1255-1268.

The *Green Power* tribunal first set out to determine *ex officio* whether it has jurisdiction to hear the claims. It further found that its “*compétence de la compétence*” includes the power to determine the law applicable to jurisdiction in the light of all the relevant circumstances of the case, particularly the existence of an agreement between the Parties on this issue.”¹² The tribunal found that there was no choice of law provision for jurisdiction in the ECT and SCC Rules. While Article 26(6) of the ECT is a choice of law clause (‘A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law’) it does not include the agreement on the law applicable to jurisdictional matters but only the agreement on the law applicable to merits of the dispute. The choice of international law, in the opinion of the Tribunal, refers only to ‘issues in dispute’ which, under Article 26(1), concern an alleged breach of an obligation (...) under Part IIP of the ECT.¹³ Likewise, the Swedish Arbitration Act (SAA) provisions provide only choice of law provisions for merits. Therefore, the tribunal found that there was no provision on choice of the law applicable to jurisdiction nor explicit or implicit agreement between the parties regarding the law applicable to jurisdiction. In order to ascertain the applicable law, the tribunal proceeded further taking Article 26 of the ECT as a starting point. For that purpose, the Tribunal found that the claimants’ choice of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) and Sweden for the seat of arbitration is simultaneously the claimants’ choice of Swedish arbitration law as the applicable *lex arbitri*.¹⁴ The decision of claimants to choose SCC instead of other arbitration options available under Article 26 was found to be decisive. It was the free choice of claimants which implied “the application of this *lex arbitri* and the control exercised by the Swedish courts was one of the considerations for which the Claimants opted for a SCC arbitration in Stockholm.”¹⁵

Therefore, the choice of law for jurisdiction was found to exist in the election of Sweden as the seat of arbitration which implies the choice of *lex arbitri* and thereby the choice of EU law. This argument was found to have been reaffirmed by Article 48 of the Swedish Arbitration Act but also by the *Achmea* decision which placed particular importance on the fact that the choice of seat of arbitration in Germany implied the choice of law, and *Komstroy* for which the choice of seat in France had the same effect.¹⁶ In a final step, the tribunal found that the application of EU law was ‘inescapable’ regardless of whether EU law is characterized as part of international or as part of domestic law.¹⁷ While the first position is

¹² *Green Power v. Spain*, para. 153.

¹³ *Green Power v. Spain*, para. 157.

¹⁴ *Green Power v. Spain*, paras. 161-166.

¹⁵ *Green Power v. Spain*, para. 163.

¹⁶ *Green Power v. Spain*, paras. 165-166.

¹⁷ *Green Power v. Spain*, para. 170.

supported by several investment tribunals (*Electrabel v. Hungary*)¹⁸ the second is based on Sweden's law as *lex arbitri*.

The next and more demanding question for the tribunal was to find how the EU law will interact with the arbitration clause in Article 26 of the ECT. This was the task against a well-known background, as in none of the earlier investment cases both under BITs and ECT, the argument that EU law makes an arbitration clause in an international investment agreement inapplicable was successful. At the outset the *Green Power* tribunal tried to clear the space for its own interpretation: "the resolution of the Respondent's general jurisdictional objection *ratione voluntatis* must overcome the binary logic of an either 'insider' or 'outsider' perspective with respect to EU law."¹⁹ The attempt to abandon the binary opposition of "rigid categories such as EU law or public international law"²⁰ arguably justified the integrated and "finer-grained" analysis of "combined operation of certain specific norms, whether from international or domestic law."²¹ Such an integrated approach to the law applicable to jurisdiction in relation to objection *ratione voluntatis* naturally led to an analysis under both the ECT and EU law.

For the interpretation of Article 26 of the ECT the *Green Power* tribunal relied heavily on context, instead of a simple textual approach,²² making a significant departure from earlier intra-EU investment cases. The rationale for reaching out to contextual interpretations of certain relevant terms of the ECT the tribunal sets forth as follows: "Even if EU Member States are Contracting Parties (...), it is still necessary to consider whether a unilateral offer to arbitrate under Article 26(3)(a) ECT can be validly given by an EU Member State to the investors of another EU Member State despite the existence of another agreement between these EU Member States which prevents them from making such an offer."²³

Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) does provide detailed instructions for contextual interpretation. For the purposes of this case, and in order to interpret Article 26(3)(a) of the ECT, the tribunal relied on all elements comprising context: the entire text of the ECT, agreements in connection with the conclusion of the treaty accepted by the other party; subsequent

¹⁸ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015, paras. 4.173-4.191.

¹⁹ *Green Power v. Spain*, para. 332.

²⁰ *Green Power v. Spain*, para. 333.

²¹ *Green Power v. Spain*, para. 333.

²² "Failing to keep specifically in mind the circumstances of the case in its assessment of the ordinary meaning of the wording of Article 26 ECT would not only disregard the extensive and detailed arguments of the Parties but, more generally, it would turn the interpretation effort into an exercise in abstraction, whereas treaty interpretation should be precisely the opposite. The ordinary meaning of the terms must be clear not only on paper but as applied to the relevant facts of the case. This conclusion follows from the requirement of good faith." *Green Power v. Spain*, para. 344

²³ *Green Power v. Spain*, para. 348.

agreements and practice; and rules of international law applicable between the Contracting Parties. The tribunal first determined that the European Union is a “Regional Economic International Organisation” expressly recognized in Article 1 of the ECT in relation to which the limited carve-out clause in Article 25 may apply. While Article 25 reserves the possibility of a special regime under the most favoured nation clause, the tribunal placed emphasis on the fact that REIO exists in the ECT, thereby allowing for a special regime. When this conclusion is read against specific provisions of the EU law (exclusive jurisdiction of EU regarding State aid and Article 344 of the TFEU), the tribunal observed “that the relevance of certain provisions of EU law for matters governed by the ECT is expressly acknowledged and incorporated by the text of the ECT.”²⁴

Regarding the second element of the contextual interpretation, i.e. instruments made in connection with the conclusion of the ECT, on the basis of Article 31(2)(b) of the VCLT, the tribunal relied on both the Declaration of the EC (Final Act of the Energy Charter Conference) and the Statement of the EU submitted at the time of ratification,²⁵ which arguably lend support to an interpretation that the EU did not agree to intra-EU arbitrations due to several reasons, one of them being the shared competences between the EU and Member States. For the *Green Power* tribunal this was an instruction to interpret Article 25 of the ECT as a carve-out clause,²⁶ the interpretation which comes close to qualifying Article 25 as a disconnection clause,²⁷ quite contrary to decisions of other tribunals faced

²⁴ *Green Power v. Spain*, para. 355.

²⁵ Part of this Statement reads as follows: “Given that the Communities’ legal system provides for means of such action [claims brought by an investor], the European Communities have not given their unconditional consent to the submission of a dispute to international arbitration or conciliation.” *Green Power v. Spain*, para. 360.

²⁶ “Article 25 ECT does introduce a carve-out covering the development of the EU internal market.” – *Green Power v. Spain*, para. 409. This was *inter alia* indication that “that EU Member States and, specifically, Denmark and Spain, intended to organise their *inter se* relations in a special manner.” – *Ibidem*, para. 411.

²⁷ According to Verburg and Lavranos “During the negotiations of the ECT, in the early 1990s, the European Commission tried to include a ‘disconnection clause’ into the current Article 24 of the ECT, which would indeed have precluded the intra-EU applicability of the ECT to the extent that there were EU rules governing a particular subject (The proposal provided for the following: ‘In their mutual relations, Contracting Parties which are members of the EC shall apply Community rules and shall not therefore apply the rules arising from this Agreement except insofar as there is no Community rule governing the particular subject concerned’.) Given the fact that this proposal never made it beyond the negotiating table, the ECT Contracting Parties wanted the ECT to apply within the EU. Indeed, the EU and its Member States signed and ratified the ECT without a disconnection clause.” – Cees Verburg, Nikos Lavranos, “Recent Awards in Spanish Renewable Energy Cases and the Potential Consequences of the Achmea Judgment for intra-EU ECT Arbitrations”, *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3, 1/2018, 197-224, at 218.

Claimants argued on this point but unsuccessfully. See, *Green Power v. Spain*, para. 260.

with identical arguments.²⁸ Article 25 is a clause intended for regional economic integrations which on its face relates to the most favoured nation treatment and according to commentators “Article 25 cannot be interpreted as a disconnection clause of general scope.”²⁹ This is where the *Green Power* tribunal made a significant departure from the earlier understandings of the scope of Article 25 of the ECT.

As for the third element of context consisting of subsequent agreements and subsequent practice, which may serve as the ground for interpretation under Article 31(3)(a)-(b) of the VCLT, the tribunal relied on a substantial material that resulted, *inter alia*, from EU policy regarding intra-EU investment disputes. By resorting to the “subsequent agreements and subsequent practice” the *Green Power* tribunal incorporated two declarations made by EU Member States in January 2019 regarding the effect of the CJEU *Achmea* judgment on intra-EU bilateral investment agreements and Energy Charter Treaty.³⁰ These two declarations denied effect to the dispute settlement clauses in investment agreements between EU member states thus making arbitration offers invalid. The declarations also addressed the question of terminating the pending arbitrations. The *Green Power* tribunal read these declarations on the legal consequences of the CJEU *Achmea* decision into the ECT as “the shared understanding of Spain and Denmark of their legal relationships, including under EU law and the ECT, and of the operation of the arbitration clause in pending arbitration proceedings under the ECT”.³¹ This amounted to a joint authentic interpretation according to which the rationale of the *Achmea* is equally applicable to the ECT, which was subsequently confirmed by the *Komstroy* decision of the CJEU in 2021. When a provision is incompatible with EU law, as is the case with Article 26(3)(a) of the ECT, such provision is “disapplied”, i.e. “this provision cannot serve as a basis for a unilateral offer of

²⁸ *Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2013/153, Award (12 July 2016) 639; *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final award, 21 January 2016, para. 437; *Eiser Infrastructure Ltd and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017, paras. 202-207; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016.

²⁹ Gloria Alvarez, “Article 25 Economic Integration Agreements”, in: *Commentary on the Energy Charter Treaty* (ed. Rafael Leal-Arcas), Edward Elgar Publishing, 2018, 335, para. 25.13.

³⁰ *Declaration of the Representatives of the Governments of Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties-en.pdf; *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January 2019 on the enforcement of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection on the European Union* (made by representatives of Finland, Luxembourg, Malta, Slovenia, Sweden), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties-en.pdf.

³¹ *Green Power v. Spain*, para. 372.

arbitration that an investor could potentially accept.”³² Given that these events predated the commencement of the arbitral proceedings in the *Green Power* case, the tribunal’s solution to the intertemporal problem was found in EU law³³ and general international law³⁴ according to which these subsequent authentic interpretations relate to the rule at the time of its entry into force. Therefore, resort to “authentic interpretation” as opposed to “subsequent agreements” or “subsequent practice” provided for the solution to intertemporal problem.

The next step was the entertainment of legal context under Article 31(3)(c) of the VCLT referring to “[a]ny relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. The result was the inclusion of EU law as part of international law which is both applicable between the parties and relevant for the issue of validity and applicability of the arbitration clause in the ECT “as a vector of interpretation of a treaty, not of its modification.”³⁵ The same conclusion was reached regarding the “object and purpose” of the ECT – which arguably is not conclusive without further examination of EU law.³⁶ The tribunal was careful with the contextual approach in order to avoid resorting to a modification or an amendment of the treaty but to stress the interpretative methodology as the former was far too slippery a slope despite the fact that the outcome that would be finally reached comes very close to the act of modification. The purpose of this extensive analysis of and heavy reliance on the rules of interpretation envisaged in the VCLT was to create a legal basis for introducing EU law as both relevant and applicable for an interpretation of the ECT. While one prong of the argument relates exclusively to the fact that the seat of arbitration is in Sweden, an EU member state, the other goes further situating itself in general international law.

The practical consequence of opening a door to EU law as a matter of principle was the introduction of the *Achmea* decision as part of the relevant legal framework. According to the CJEU Articles 267 and 344 of The Treaty on the Functioning of the EU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between EU member states, under which an investor from one of those member states may, in the event of a dispute concerning investments in the other member state, bring proceedings against the latter member state before an arbitral tribunal whose jurisdiction that member state has undertaken to accept. The rule of this decision was confirmed in subsequent CJEU decisions, the declarations of EU member states mentioned above, and in the 2020 Plurilateral Termination Agreement but dismissed in all investment arbitrations.

³² *Green Power v. Spain*, para. 375.

³³ *Green Power v. Spain*, paras. 377-378.

³⁴ *Green Power v. Spain*, paras. 379-383.

³⁵ *Green Power v. Spain*, para. 394.

³⁶ *Green Power v. Spain*, para. 405.

The relevance of *Achmea* for the *Green Power* tribunal was threefold: it confirmed the applicability of EU law to the issue of validity of an arbitration clause; the existence of conflict between Articles 244 and 367 of the TFEU, on the one hand, and arbitration clauses in investment agreements, on the other; and, finally, because the CJEU clarified the rationale behind the solution for the conflict which is found to be in the specific characteristics and autonomy of the EU legal order and the need to preserve consistency and uniformity of EU law. Although some or all of these rationales were invariably dismissed by investment tribunals, the *Green Power* tribunal dismissed these dismissals with various argumentative techniques. The fact that *Achmea* dealt with the bilateral investment agreement instead of a multilateral treaty like the ECT, which is the argument often relied upon by other investment tribunals,³⁷ was here found irrelevant due to the fact that the *Achmea* rationale was reaffirmed in the 2021 *Komstroy* decision which addressed specifically the validity of the unilateral offer under Article 26 of the ECT as between EU Member States.³⁸ In *Komstroy* the CJEU ruled that “Article 26(2)(c) ECT must be interpreted as not being applicable to disputes between a Member State and an investor of another Member State concerning an investment made by the latter in the first Member State”.³⁹ For the *Green Power* tribunal that was just another confirmation that *Achmea* was “relevant, indeed decisive”⁴⁰ as its position was immediately applicable to the ECT regardless of the fact that *Achmea* did not refer to the ECT and that five EU Members had reservations (including Sweden) regarding the effect of *Achmea* on the ECT. The result was found to be “that Spain’s offer to arbitrate under the ECT is not applicable in intra-EU relations and hence there is no offer of arbitration that the Claimants could accept.”⁴¹

However, in order to address a series of awards which dismissed the relevance of the *Achmea* for the ECT arbitrations, the *Green Power* tribunal opted for the argument that is detrimental to its position that “CJEU’s judgments are to be generally qualified as interpretations of the law”⁴² and arguably applicable to all investment disputes involving two EU member states, the argument being that certain awards are inapposite as they were rendered under the ICSID Convention before the tribunals not having their seat in an EU Member State.⁴³ This paradox-

³⁷ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018, para. 679; *Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31 August 2018, para. 163.

³⁸ *Green Power v. Spain*, paras. 430-431.

³⁹ *Komstroy*, para. 66.

⁴⁰ *Green Power v. Spain*, para. 436. Also, paras. 435, 437, 445.

⁴¹ *Green Power v. Spain*, para. 445.

⁴² *Green Power v. Spain*, para. 440. Also, paras. 376-379.

⁴³ *Green Power v. Spain*, paras. 439, 441.

ically mirrors the position of certain ICSID tribunals in refusing the relevance of *Achmea* for jurisdiction of investment tribunals under the ICSID Convention.⁴⁴

In order to resolve the normative conflict between the two sets of rules now found to be equally applicable, and EU law applicable as both national and international law, the *Green Power* tribunal resorted to a specific conflict rule that has never been applied by any other investment tribunal – *lex superior*.⁴⁵ According to *Green Power*, EU law here plays the role of a superior law which overrides other conflicting international legal rules. While the primacy of EU law is found to be a long standing principle among EU member states the issue remained to what extent this very principle can be sustained outside the EU realm. According to the tribunal, these rules on the primacy of EU law are binding as between all states involved in the dispute, all being EU member states. The tribunal finds a special agreement between the parties on the hierarchy of their international obligations: “The ECT is the starting point of the analysis, but the limitations it imposes on the Tribunal with respect to its scope of jurisdiction must not be misunderstood as limitations on the applicable law preventing it from applying rules that are deemed to be overriding by the very States whose relations are at stake in the present arbitration. In an extreme case, such a misunderstanding would require an international tribunal to apply the ECT instead of norms that are unquestionably recognised as *lex superior*.”⁴⁶ Agreement of the Parties on primacy of certain rules is thus equally binding on the tribunal – even if the ECT is arguably a *lex fori* under its Article 16⁴⁷ – is still not the “pivotal conflict norm” as it deals, presumably, with international agreements on the same footing. Conversely, the principle of primacy of EU law escapes the application of Article 16 of the ECT. Consequently, the *Green Power* tribunal upheld the preliminary objection *ratione voluntatis* and declined jurisdiction to hear the claims.⁴⁸

⁴⁴ *UP and C.D Holding Internationale v Hungary*, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018, paras. 254-259 (ICSID arbitrations are delocalized, the seat of arbitration is irrelevant, ICSID arbitral awards are not subject to review by national courts).

⁴⁵ *Green Power v. Spain*, para. 469.

⁴⁶ *Green Power v. Spain*, para. 470.

⁴⁷ Where two or more Contracting Parties have entered into a prior international agreement, or enter into a subsequent international agreement, whose terms in either case concern the subject matter of Part III or V of this Treaty,

(1) nothing in Part III or V of this Treaty shall be construed to derogate from any provision of such terms of the other agreement or from any right to dispute resolution with respect thereto under that agreement; and

(2) nothing in such terms of the other agreement shall be construed to derogate from any provision of Part III or V of this Treaty or from any right to dispute resolution with respect thereto under this Treaty,

where any such provision is more favourable to the Investor or Investment.

⁴⁸ *Green Power v. Spain*, para. 478.

III ANALYSIS

This was the first time any international investment arbitral tribunal declined jurisdiction on the ground that investment agreements could not provide a valid arbitration agreement between EU member state and an investor from another EU member state due to their inconsistency with EU law. In other words, it was the first time EU law was granted the status of a superior international law outside the European Union. It was also the first time that the rule of the *Achmea* decision was upheld in an investment arbitration after having failed in dozens of investment cases under both intra-EU BITs and ECT.⁴⁹ The question is how this was made possible this time around and what are the long-term and external effects of this decision on other intra-EU investment cases.

There are several aspects of the *Green Power* case that might be relevant in answering these questions. The first is the timing of the decision against two different backgrounds: the one which exists in abundant international investment case law uniformly denying the EU law effect on arbitration clauses in intra-EU investment agreements, while the other background is played out within the EU itself which steadily has been building up legal and institutional responses to investment arbitration denials. The second aspect of the *Green Power* case is the novelty of the argument engineered by the tribunal, based on the international legal relevance of the principle of the primacy of EU law. Therefore, the *Green Power* tribunal sought to break new ground, to create a space within a heavily burdened intra-EU investment context. An additional argument supporting the concept of *lex superior* is made in relation to Swedish law as *lex arbitri*, which is in line with the UNCITRAL rules, but irrelevant in relation to investment arbitrations falling out of the same category.

3.1. Timing and backgrounds

The European Union, most notably the European Commission, expressed its concern with the existence of international investment agreements between EU member states nearly 20 years ago. The main concern was that these agreements were incompatible with EU law for a variety of reasons, such as the incompatibility of dispute settlement clauses with the exclusive jurisdiction of the European Court

⁴⁹ During 2018-2020 period, following the *Achmea* decision, at least 25 investment tribunals found that the CJEU's findings in *Achmea* did not extend to the ECT dispute resolution clause. See, *LSG v. Romania*, ICSID Case No. ARB/18/19, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Reparation, 11 July 2022, para. 544.

At the time *Achmea* decision was adopted by the CJEU there were 174 intra-EU ISDS cases and by 31 July 2018 83 cases were pending. See, UNCTAD, *Fact Sheet on Intra-European Union Investor-State Arbitration Cases*, IIA Issues Note, December 2018, issue 3. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2018d7_en.pdf (30.11.2022.).

of Justice because such clauses potentially provide arbitral tribunals with jurisdiction to interpret and apply EC and EU Treaties which may adversely affect the autonomy, uniformity and supremacy of EU law; and because of the perceived contravention of intra-EU investment agreements with the principle of non-discrimination among EU investors within the single market under EU law. According to the European Commission “the substantive rules of BITs, as applied between Member States (“intra-EU BITs”), became a parallel treaty system overlapping with single market rules, thereby preventing the full application of EU law”⁵⁰ and “the investor-to-State arbitration clauses laid down in intra-EU BITs undermine the system of legal remedies provided for in the EU Treaties and thus jeopardise the autonomy, effectiveness, primacy and direct effect of Union law and the principle of mutual trust between the Member States.”⁵¹ The concern and the roots of the new anti-intra-EU investment agreements policy became visible even before the Lisbon Treaty⁵² when these concerns materialized in the *Eastern Sugar v. Czech Republic* case.⁵³

The Lisbon Treaty further changed the landscape by shifting legislative competence in relation to foreign direct investments to the EU’s exclusive competence in matters of foreign direct investments as part of the common commercial policy (Articles 207(1) and 3(1)(e) TFEU). The roots of the problem were in the pre-accession investment agreements of the new EU member states and the fact that new EU member states provided State aid and subsidies to foreign investors prior to their accession to EU. The concern of the EU allegedly expressed even before the accession, but not addressed thereafter, was that investment policy based on State aid and subsidies would be incompatible with EU law and that in any event pre-accession agreements between EU member states would be ruled by EU law following the accession. All detriments and risks of such EU policy, which placed new EU member states in a difficult position and in an unresolvable conflict between EU and international investment obligations,⁵⁴ was manifested quite quickly in

⁵⁰ *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Protection of intra-EU investment*, COM(2018) 547 final, 19.7.2018., p. 2, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>.

⁵¹ *Ibidem*, p. 3.

⁵² According to the European Commission the first time it expressed concern with the potential conflict of intra-EU investment treaties and EU law (in relation to the principle of non-discrimination) was in 1997. See: Communication of the Commission on certain legal aspects concerning Intra-EU investment (97/C 220/06), OJ No C 220/ 15, 19.7.1997.

⁵³ Where the EC letter states that the concern of the incompatibility of the pre-accession BITs with EU were made clear to the Czech Republic back in 1998 and 2000. The concern remained until the date of the letter and at the time of the case (2006). See, *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007, para. 119.

⁵⁴ See, Sanja Djajić, Maja Stanivuković, “Changed Perspectives and Conflicting Treaty Obligations: What Is the Message of the CJEU Achmea Decision and the 2020 Plurilateral Termination Agreement for Candidate Countries such as Serbia?”, *Central European Journal of Comparative Law*, vol. 2, no. 1, 2021, pp. 53-82, DOI: <https://doi.org/10.47078/2021.1.53-82>.

Micula v. Romania.⁵⁵ Romania was found to be in breach of its obligations under the Romania-Sweden BIT for withdrawing the subsidies, while the withdrawal was the measure it was bound to perform under EU law. The European Commission declared that any payment under the arbitral award would be State aid incompatible with the internal market and ordered its recovery,⁵⁶ the position that was challenged by claimants before the General Court of the EU in the proceedings which remains pending.⁵⁷

Similar arbitration cases followed⁵⁸ while the EU simultaneously worked on shoring up the dam against investment claims arising under EU IIAs. In most of these cases the arguments raised by respondent EU member states were based on the incompatibility of intra-EU investment agreements with EU law.⁵⁹ None of these arguments succeeded, even though the European Commission regularly intervened to support the position of EU respondent states. One of these cases was *Eureko (Achmea) v. Slovakia*⁶⁰ conducted under UNCITRAL arbitration rules with the seat of arbitration in Germany. Following Slovakia's challenge of the *Achmea* arbitral award before the German courts, the Federal Court of Germany made reference for preliminary ruling to the CJEU under Article 267 of the TFEU. As now ubiquitously known, the CJEU found that arbitration clauses in intra-EU BITs were contrary to Articles 267 and 344 of the TFEU. The consequence was the invalidity of the arbitration offer in BITs arbitration clauses, that these clauses should be "disapplied", which should finally lead to the lack of jurisdiction of investment arbitral tribunals.⁶¹ This award was finally set aside by the referring

⁵⁵ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* (I), ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013; *Ioan Micula et al. v. Romania* (II), ICSID Case No. ARB/14/29, Award, 5 March 2020.

⁵⁶ Hanno Wehland, "The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: *Micula v. Romania* and Beyond", *The Journal of World Investment & Trade*, 17(6), 2016, 942-963. doi: <https://doi.org/10.1163/22119000-12340023>.

⁵⁷ The General Court annulled the decision by finding that the Commission lacked competence to adopt this decision. However, on 22 January 2022, following the Commission's appeal, the CJEU set aside the judgment and referred the case back to the General Court. – Case C-638/19 P, *European Commission v. European Food SA and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 25 January 2022.

⁵⁸ During the period 2008-2018 there were 174 known intra-EU investment cases. See, UNCTAD, Fact Sheet on Intra-European Union Investor-State Arbitration Cases, IIA Issues Note, December 2018, issue 3, p. 3. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaep-cb2018d7_en.pdf.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 21-36.

⁶⁰ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010.

⁶¹ Case C-284/16, *Slowakische Republic (Slovak Republic) v. Achmea BV*, European Court of Justice, Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 March 2018.

court⁶² and the EU and its member states intensified their activities in order to remove not only the pending proceedings but to dismiss their mere possibility.

In 2019 the majority of EU member states adopted declarations on the legal consequences of the *Achmea* decision⁶³ in which they unanimously confirmed the inapplicability of intra-EU BITs and the precedence of EU law over intra-EU BITs. On 5 May 2020, 23 EU member states signed the *Agreement for the termination of bilateral investment treaties between the Member States of the European Union* (Termination Agreement),⁶⁴ which entered into force on 29 August 2020.⁶⁵ The main purpose of this agreement was to terminate the remaining intra-EU BITs, to confirm the inapplicability of arbitration clauses contained therein and to clarify that sunset clauses are equally terminated and would produce no legal effects following the termination of intra-EU BITs.⁶⁶

While Declarations and the Termination Agreement were the stamp on the farewell postcard to intra-EU investment agreements and a clear confirmation of the EU policy for intra-EU investment treaties, the practical results were yet to be tested by the outside world of investment arbitration that has traditionally been hostile to EU's maneuvers to outplay investment mechanisms protecting EU investors against EU member states. In the eyes of the investment arbitration world this could have been just another trick pulled from the EU hat, and many had been seen before. For example, the main strategy of the European Commission and EU respondent states was to persuade investment tribunals that pre-accession BITs anomalously survived their accession to the EU so these should be deemed terminated by virtue of accession as contrary to EU law.⁶⁷ However, this and similar

⁶² Federal Court of Germany, Decision on annulment of 31 October 2018 (BGH, 31.10.2018 – I ZB 2/15).

⁶³ *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgement of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union* (https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf);

Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States on the Enforcement of the Judgement of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union, adopted on 16 January 2019 by five EU member states (<https://www.regeringen.se/48ee19/contentassets/d759689c0c804a9ea7af6b2de7320128/achmea-declaration.pdf>); and, Unilateral Declaration by Hungary.

⁶⁴ Official Journal of the European Union, L 169, 29 May 2020.

⁶⁵ Official Journal of the European Union, L 281, 28 August 2020.

⁶⁶ Articles 2 and 3 of the Termination Agreement.

⁶⁷ *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007; *Rupert Joseph Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 6 June 2007; *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010; *European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 22 October 2012; *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 April 2012; *Electrabel S.A. v.*

arguments were rejected, such as the claim that subsequent exchanges of notes between the parties was evidence of termination,⁶⁸ or that the *Achmea* ruling could have any effect on the pending investment arbitrations.⁶⁹ With respect to the latter it became evident that both EU respondent states and the EU stepped up to endorse intra-EU preliminary objections not only in intra-EU BIT arbitration proceedings,⁷⁰ but also in the latest anti-arbitration proceedings before EU courts against claimants in ICSID proceedings.⁷¹

Finally, the problem of intra-EU investment disputes arising under the Energy Charter Treaty might have seemed more difficult to solve, and the arguments used against intra-EU BITs might not seem to work within the ECT context. The ECT was in force prior to the new wave of accessions to the EU; no disconnection clause was agreed upon at the time or later; it was difficult to argue either express or implicit termination of the ECT as such or as between EU member states;⁷² the *Achmea* decision did not mention either ECT or its possible effects on multilater-

Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015; *WNC Factoring Limited v. The Czech Republic*, PCA Case No. 2014-34, Award, 22 February 2017; *Anglia Auto Accessories Ltd v. The Czech Republic*, SCC Case No. 2014/181, Final Award, 10 March 2017; *Ivan Peter Busta and James Peter Busta v. Czech Republic*, SCC Case No. V 2015/014, Final Award, 10 March 2017; *PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/163, Partial Award, 28 June 2017; *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11 October 2017; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 063/2015, Final Award, 15 February 2018; *ALLIY LTD. v. Czech Republic*, ICSID Case No. UNCT/15/1, Award, 29 June 2018.

⁶⁸ *Ioan Micula and others v. Romania II*, ICSID Case No. ARB/14/29, Award, 5 March 2020, paras. 287-288. Similar exchange of Notes Verbales by Poland and Slovakia, following the Declaration of 15 January 2019, was argued to constitute a subsequent agreement on the effect of the *Achmea* judgment. The *Muszynianka v. Slovakia* tribunal rejected the relevance of this exchange of notes as well as the relevance of the Termination Agreement. See *Spółdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-08, Award, 7 October 2020.

⁶⁹ Marek Anderle, Andrej Leontiev. “Here Comes Doomsday ... Or Does It? – Implications of Achmea on Intra-EU Investment Arbitration in Light of Recent Case Law”. *European Investment Law and Arbitration Review Online* 6.1 (2021): 154-168. https://doi.org/10.1163/24689017_0601007 Web; Sanja Djajić, “Post-Achmea Apocalypse for EU Law in International Investment Arbitration”, in: *Challenges in International Business Law and European Union Law – Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (eds. Allan Tatham et al.), Banja Luka – Kragujevac, 2020, pp. 133-158.

⁷⁰ Veronika Korom, “The impact of the Achmea ruling on intra-EU BIT investment arbitration – A Hungarian perspective”, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 2020 (8) 1, 53-74, at 64. doi: 10.5553/HYIEL/266627012020008001004.

⁷¹ Jack Ballantyne, Uniper asks ICSID panel to enjoin German proceedings, *Global Arbitration Review*, 7 December 2021, <https://globalarbitrationreview-com.peacepalace.idm.oclc.org/article/uniper-asks-icsid-panel-enjoin-german-proceedings>; Cosmo Sanderson, Netherlands asks German court to halt ICSID claims, *Global Arbitration Review*, 18 May 2021, <https://globalarbitrationreview-com.peacepalace.idm.oclc.org/article/netherlands-asks-german-court-halt-icsid-claims>.

⁷² Declarations adopted in 2019 were made separately because EU member states differed precisely on the point of effect of the *Achmea* on the ECT – while 22 EU member states agreed on

al treaty regimes, the Termination Agreement expressly excluded the ECT from its ambit.⁷³ The ECT problem seemed more difficult to crack and arbitrations under the ECT accounted for the majority of intra-EU investment disputes: “The Energy Charter Treaty (ECT) (1994) was the most frequently invoked treaty, accounting for about 45 per cent of known intra-EU cases (76 cases).”⁷⁴

However, as early as July 2018, following the *Achmea* ruling, the European Commission argued that the rationale of the CJEU decision equally applies to the ECT: “The *Achmea* judgment is also relevant for the investor-State arbitration mechanism established in Article 26 of the Energy Charter Treaty as regards intra-EU relations. This provision, if interpreted correctly, does not provide for an investor-State arbitration clause applicable between investors from a Member States of the EU and another Member States of the EU. Given the primacy of Union law, that clause, if interpreted as applying intra-EU, is incompatible with EU primary law and thus inapplicable. Indeed, the reasoning of the Court in *Achmea* applies equally to the intra-EU application of such a clause which, just like the clauses of intra-EU BITs, opens the possibility of submitting those disputes to a body which is not part of the judicial system of the EU.”⁷⁵ Notably, this was the position that was specifically rejected in the 2020 Termination Treaty. However, in 2021 the CJEU, acting upon a request for a preliminary ruling under Article 267 of the TFEU, delivered a decision in *Komstroy* in which the CJEU addressed the issue of the ECT from the perspective of intra-EU investment disputes albeit as an *obiter dictum*. The CJEU confirmed the incompatibility of an arbitration clause in Article 26 of the ECT with EU law as between EU member states regardless of the fact that the ECT was a multilateral treaty comprising both EU and non-EU states.⁷⁶

Even before the *Komstroy*, Italy withdrew from the ECT,⁷⁷ while others, together with the EU, voiced their misgivings about the ECT requesting its modernization so that it could adapt to new environmental policies and obligations arising under the 2015 Paris Climate Agreement.⁷⁸ Requests for the major overhaul

the application of the *Achmea* rule on the ECT, five maintained that *Achmea* is silent on the ECT, and Hungary’s unilateral declaration stated that the *Achmea* is not applicable to the ECT.

⁷³ “CONSIDERING that this Agreement addresses intra-EU bilateral investment treaties; it does not cover intra-EU proceedings on the basis of Article 26 of the Energy Charter Treaty. The European Union and its Member States will deal with this matter at a later stage.” – Preamble of the Termination Agreement, *op. cit.*

⁷⁴ UNCTAD, *Fact Sheet on Intra-European Union Investor-State Arbitration Cases*, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁵ *Communication of the Commission on certain legal aspects concerning Intra-EU investment* (97/C 220/06), OJ No C 220/ 15, 19.7.1997, pp. 3-4.

⁷⁶ *Komstroy*, paras. 59-66.

⁷⁷ Italy notified the Depositary of its withdrawal on 31 December 2014. The withdrawal took effect on 1 January 2016.

⁷⁸ A modernisation process was initiated in November 2018 and continued within the Energy Charter Conference through 15 rounds between July 2019 and June 2022. See, *Proposal for a Council decision on the position to be taken on behalf of the European Union in the 33rd meeting*

of the ECT included, *inter alia*, the change of dispute settlement clause in Article 26 of the ECT.

Therefore, the legal framework within which the *Green Power* tribunal operated was substantially different compared to the first investment cases in which EU member states and the European Commission began to argue the lack of jurisdiction based on intra-EU preliminary objections. On one hand, there was a heavy investment case law consistently dismissing the intra-EU preliminary objections, while on the other the EU continued to build up its legal position on the basis of international law in order to remove the legal effects of arbitration clauses as between EU member states. For the first time in international investment arbitration these efforts bore the fruits in the *Green Power* case.

3.2. Breaking new ground: EU law as *lex superior* under international law

In *Green Power* the tribunal devoted considerable time and effort to the nature and characteristics of EU law and EU legal order. It has come to combine their national and international character. In the words of the *Electrabel v. Hungary* tribunal EU law has a multiple nature.⁷⁹ This feature would come to prove pivotal for the *Green Power* tribunal as both the international and national character of EU law would turn out to be significant in upholding the autonomy and primacy of EU law.

The international legal character of EU law comes from its founding international agreements and justifies the application of international law rules on interpretation, most notably Articles 31-33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. EU law as such mandates its primacy over other international engagements of its member states but also autonomy and exclusive jurisdiction of the CJEU over matters which could involve interpretation of EU law. Is this rule on superiority a rule of international law that has an effect outside the realm of EU law and the jurisdiction of the CJEU? In the opinion of the *Green Power* tribunal this is precisely the case. The long analysis based on the rules of interpretation serves to point out that such agreement is both possible and valid under international law. States are allowed under international law to agree on the hierarchy of

of the Energy Charter Conference, COM(2022) 521 final, 5.10.2022, p. 2. In the latest twist, which came after the *Green Power* award, several EU member states decided to withdraw from the ECT instead of waiting for the end of the modernisation process. These withdrawals came a few days before the scheduled conference which prompted the European Commission to request the postponement of the vote on the amendments of the ECT. See, Damien Charlotin, *European Commission seeks postponement of tomorrow's vote on modernised ECT, as EU member states disagree on proper approach*, IAREporter, 21 November 2022.

⁷⁹ *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para. 4.118.

international legal rules, and both the VCLT and ECT allow for interpretation and application of other international rules as applicable between the parties.⁸⁰ While Article 31(3)c of the VCLT permits interpretation of other international legal rules as applicable between the parties for systematic integration purposes,⁸¹ Article 26 of the ECT provides that the tribunal is to decide the dispute not only in accordance with the ECT but also in accordance with applicable rules and principles of international law. EU law thus becomes applicable, including its rules for resolving normative conflicts.

Once the conflict of legal obligations arises, a conflict rule becomes relevant. One of these rules is based on the hierarchy of legal norms, which is the rule adopted by the CJEU in the *Achmea* case and its progenies.⁸² Unlike a majority of other investment tribunals which denied the existence of conflict and thereby rejected any need to resort to a conflict rule, here the *Green Power* tribunal ruled that conflict indeed existed. With a new rule for resolving normative conflicts, the conflict was solved in favour of EU law: “The Tribunal deems important to note that the primacy of EU law in the relations between EU Member States, such as Denmark and Spain, is not a matter of *lex specialis* or of *lex posterior*, but one of *lex superior*. EU Member States are part of a network of legal relations, including the ECT, EU law and many other norms and agreements. Some of these norms, including provisions of the EU Treaties, are deemed by them as superior and overriding with respect to some other norms.”⁸³

The *Green Power* tribunal rejected the approach based on Articles 30 and 59 of the VCLT⁸⁴ that was argued by Spain, an argument heavily relied upon by EU member states and the European Commission in disputes under pre-accession intra-EU BITs. In these cases, such an argument might have seemed attractive and possibly plausible: pre-accession international agreements were incompatible with EU law so once new states joined the EU these agreements must have been deemed tacitly terminated. However, this argument failed in all investment proceedings where it was raised and was ultimately abandoned by the EU when it decided to pursue a different strategy of termination of intra-EU BITs by an abrogation agreement. Also, this was a difficult path to follow given the multilateral and non-EU character of the Energy Charter Treaty. Instead of relying on Articles 30 and 59 of the VCLT, the *Green Power* tribunal relied on rules of interpretation

⁸⁰ *Green Power v. Spain*, para. 394.

⁸¹ *Green Power v. Spain*, para. 398.

⁸² Schill and Tams argue that the hierarchy approach is fundamentally wrong in resolving the conflict epitomized in the *Achmea* case. – Stephen Schill, Christian Tams, “International investment protection and constitutional law: Between conflict and complementarity”, in: *International Investment Protection and Constitutional Law* (eds. S. Schill, C. Tams), Edgar Elgar Publishing 2022, 2-38, at 19.

⁸³ *Green Power v. Spain*, para. 469.

⁸⁴ *Green Power v. Spain*, para. 469.

leaving the validity of both the ECT and consents of EU member states to be bound by the ECT intact. This avenue also enabled the circumvention of the thorny issue of a sunset clause in Article 47(3) of the ECT.

The *Green Power* tribunal placed much relevance on general international law in order to give supremacy to EU law it needed to trump an arbitration clause in another treaty. It defined both the conflict, and the conflict rule within the realm of international investment law. This argument could potentially have an effect in ICSID arbitration cases if viewed from this perspective. For example, in the *Electrabel v. Hungary* case, on which the *Green Power* tribunal relied heavily, the tribunal conceded that EU law is international law that would have taken precedence had there been any conflict between the ECT and EU.⁸⁵ As the conflict was not found to exist, the ECT was applied.⁸⁶

As the rule on primacy and autonomy of EU law precedes the accession of EU member states and EU to the ECT, the question remains why no reservation or declaration to that effect was submitted at the time, or why the EU and its members did not procure any carve-out or disconnection clause in the treaty. However, investment tribunals were not inclined to give effect even to clauses which *prima facie* give precedence to obligations under EU law, such as Article 11(2) of the Austria-Croatia BIT, which provides: “The Contracting Parties are not bound by the present Agreement insofar as it is incompatible with the legal acquis of the European Union (EU) in force at any given time.” Even following the *Achmea*, investment tribunals refused to read the rationale of *Achmea* into Article 11 and decline jurisdiction on this ground.⁸⁷

In addition to the approach that the *lex superior* status of EU law is a matter of international law as applicable between Denmark and Spain, the *Green Power* tribunal also relied on the fact that the seat of an UNCITRAL arbitration tribunal was in Sweden. This was relevant but not entirely clear in how decisive a role that played in upholding the supremacy of EU law. EU law is part of the law of Sweden and thereby applicable as *lex arbitri*, and secondly, the award is subject to the

⁸⁵ *Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015, paras. 4.173-4.191.

⁸⁶ In *RREEF v. Spain* the tribunal also approached the problem from the hierarchy perspective but only to find that it is the ECT which is the “constitution for the tribunal” and has supremacy over EU law. – *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016, paras. 74-75.

⁸⁷ *Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia* (ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018; *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia* (I), ICSID Case No. ARB/17/34, Decision on Respondent’s Jurisdictional Objections, 30 September 2020; *Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia’s Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis, 12 June 2020.

jurisdiction of national courts for possible annulment proceedings that loomed as inevitable had the investment tribunal decided in favour of the claimants. The outcome of such annulment proceedings would be more than certain given the CJEU *Achmea*, *PL Holding* and *Komstroy* rulings. Within such a context and against the background of the 2019 Declarations, 2020 Termination Agreement and the massive withdrawals of EU member states from the ECT, it would have been self-destructive to make an award that would not stand a chance within the EU. On the other, the question is how this feature is to be understood by tribunals not having their seat in the EU or being beyond the reach of national jurisdictions such as ICSID. In at least two ICSID cases decided after the *Green Power* on the basis of the ECT, the arguments of EU law supremacy over the ECT did not succeed, although arguably they were rendered too soon after *Green Power*.⁸⁸ Nevertheless, the *Green Power* decision could still be construed as more relevant for arbitrations conducted under UNCITRAL rules with a seat in an EU member states given that both lines of argument, based on EU law as part of international law and on EU law as law of the seat of arbitration, served for the final outcome of EU supremacy in relation to the ECT.

IV CONCLUSION

The EU and ISDS have been embroiled in an exhausting feud which may still not reach its climax despite several dramatic and radical moves by the European Union and its member states. Although the *Green Power* decision might have less relevance than the EU could hope for, in many respects it is a meticulous decision with instructive arguments how to situate supremacy of EU law within the law of treaties while navigating the rough waters of enduring conflicts amid different international agreements and between various levels of governance.

REFERENCES

Bibliographical sources:

- Alvarez, Gloria, “Article 25 Economic Integration Agreements”, in: *Commentary on the Energy Charter Treaty* (ed. Rafael Leal-Arcas), Edward Elgar Publishing, 2018.
Anderle, Marek, Andrej Leontiev. “Here Comes Doomsday ... Or Does It? – Implications of Achmea on Intra-EU Investment Arbitration in Light of Recent Case

⁸⁸ *LSG Building Solutions GmbH et al. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/18/19, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Reparation, 11 July 2022; *Rockhopper Mediterranean Ltd. and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, Award, 23 August 2022 (Decision on the intra-EU jurisdictional objections was adopted on 29 June 2019).

- Law". *European Investment Law and Arbitration Review Online* 6.1 (2021): 154-168. https://doi.org/10.1163/24689017_0601007 Web.
- Ballantyne, Jack, Uniper asks ICSID panel to enjoin German proceedings, *Global Arbitration Review*, 7 December 2021, <https://globalarbitrationreview-com.peacepalace.idm.oclc.org/article/uniper-asks-icsid-panel-enjoin-german-proceedings>.
- Bárcena, Lucía, Fabian Flues, *From solar dream to legal nightmare*, Transnational Institute and Power Shift, 31 May 2022, 4, https://www.tni.org/files/publication-downloads/english_from_solar_dream_to_legal_nightmare_online.pdf.
- Charlotin, Damien, *European Commission seeks postponement of tomorrow's vote on modernised ECT, as EU member states disagree on proper approach*, IAREporter, 21 November 2022.
- Djajić, Sanja "Post-Achmea Apocalypse for EU Law in International Investment Arbitration", in: *Challenges in International Business Law and European Union Law – Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (eds. Allan Tatham et al.), Banja Luka – Kragujevac, 2020, pp. 133-158.
- Djajić, Sanja, "Post-Achmea Apocalypse for EU Law in International Investment Arbitration", in: *Challenges in International Business Law and European Union Law – Liber Amicorum in Honour of Radovan D. Vukadinović* (eds. Allan Tatham et al.), Banja Luka – Kragujevac, 2020, pp. 133-158.
- Djajić, Sanja, Maja Stanivuković, Changed Perspectives and Conflicting Treaty Obligations: What Is the Message of the CJEU Achmea Decision and the 2020 Plurilateral Termination Agreement for Candidate Countries such as Serbia? *Central European Journal of Comparative Law*, vol. 2, no. 1, 2021, pp. 53-82, DOI: <https://doi.org/10.47078/2021.1.53-82>.
- Korom, Veronika, "The impact of the Achmea ruling on intra-EU BIT investment arbitration – A Hungarian perspective", *Hungarian Yearbook of International Law and European Law* 2020 (8) 1, 53-74, doi: 10.5553/HYIEL/266627012020008001004.
- Odermatt, Jed, "Is EU Law International? Case C-741/19 Republic of Moldova v Komstroy LLC and the Autonomy of the EU Legal Order", *European Papers – A Journal on Law and Integration*, 2021 6(3), 1255-1268.
- Sanderson, Cosmo, Netherlands asks German court to halt ICSID claims, *Global Arbitration Review*, 18 May 2021, <https://globalarbitrationreview-com.peacepalace.idm.oclc.org/article/netherlands-asks-german-court-halt-icsid-claims>.
- Schill, Stephen, Christian Tams, International investment protection and constitutional law: Between conflict and complementarity, in: *International Investment Protection and Constitutional Law*, Edgar Elgar Publishing 2022, 2-38.
- UNCTAD, *Fact Sheet on Intra-European Union Investor-State Arbitration Cases*, IIA Issues Note, December 2018, issue 3. Available at: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2018d7_en.pdf.
- Verburg, Cees, Nikos Lavranos, "Recent Awards in Spanish Renewable Energy Cases and the Potential Consequences of the Achmea Judgment for intra-EU ECT Arbitrations", *European Investment Law and Arbitration Review*, Vol. 3, 1/2018, 197-224.
- Wehland, Hanno, The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond, *The Journal of World Investment & Trade*, 17(6), 2016, 942-963. doi: <https://doi.org/10.1163/22119000-12340023>.

Legal sources:

CJEU/EU

- Agreement for the termination of Bilateral Investment Treaties between the Member States of the European Union*, SN/4656/2019/INIT, OJ L 169, 29.5.2020, p. 1–41.
- Case C-109/20, *Republiken Polen (Republic of Poland) v PL Holdings*, Judgment of the CJEU (Grand Chamber), 26 October 2021.
- Case C-284/16, *Slowakische Republic (Slovak Republic) v. Achmea BV*, Court of Justice of the European Union, Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 March 2018.
- Case C-638/19 P, *European Commission v. European Food SA and Others*, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 25 January 2022.
- Case C-741/19, *Republic of Moldova v Komstroy*, Judgment of the CJEU (Grand Chamber), 2 September 2021.
- Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Protection of intra-EU investment*, COM(2018) 547 final, 19.7.2018., p. 2, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>.
- Communication of the Commission on certain legal aspects concerning Intra-EU investment* (97/C 220/06), OJ No C 220/ 15, 19.7.1997, pp. 3-4.
- Declaration of the Representatives of the Governments of Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection in the European Union*, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties-en.pdf.
- Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January 2019 on the enforcement of the judgment of the Court of Justice in Achmea and on investment protection on the European Union* (made by representatives of Finland, Luxembourg, Malta, Slovenia, Sweden), https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties-en.pdf.
- Federal Court of Germany, decision on annulment of 31 October 2018 (BGH, 31.10.2018 – I ZB 2/15), available at <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=89393&pos=0&anz=1> (30.11.2022).

Arbitral awards:

- AIY LTD. v. Czech Republic*, ICSID Case No. UNCT/15/1, Award, 29 June 2018.
- Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010;
- Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Final Award, 7 December 2012.
- Addiko Bank AG and Addiko Bank d.d. v. Croatia*, ICSID Case No. ARB/17/37, Decision on Croatia's Jurisdictional Objection Related to the Alleged Incompatibility of the BIT with the EU Acquis, 12 June 2020.

- Anglia Auto Accessories Ltd v. The Czech Republic*, SCC Case No. 2014/181, Final Award, 10 March 2017.
- Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final award, 21 January 2016.
- Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, UNCITRAL, SCC Case No. 088/2004, Partial Award, 27 March 2007.
- Eiser Infrastructure Ltd and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award, 4 May 2017.
- Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012, para. 4.118.
- Electrabel S.A. v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award, 25 November 2015.
- European American Investment Bank AG (EURAM) v. Slovak Republic*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 22 October 2012.
- Georg Gavrilovic and Gavrilovic d.o.o. v. Republic of Croatia* (ICSID Case No. ARB/12/39, Award, 26 July 2018; *Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia* (I), ICSID Case No. ARB/17/34, Decision on Respondent's Jurisdictional Objections, 30 September 2020.
- Green Power Partners K/S and SCE Solar Don Benito APS v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2016/135, Award, 16 June 2022.
- Ioan Micula et al. v. Romania* (II), ICSID Case No. ARB/14/29, Award, 5 March 2020.
- Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* (I), ICSID Case No. ARB/05/20, Final Award, 11 December 2013.
- Isolux Infrastructure Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2013/153, Award (12 July 2016).
- Ivan Peter Busta and James Peter Busta v. Czech Republic*, SCC Case No. V 2015/014, Final Award, 10 March 2017.
- Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award, 23 April 2012.
- Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-03, Final Award, 11 October 2017.
- LSG Building Solutions GmbH et al. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/18/19, Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Reparation, 11 July 2022.
- Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award, 16 May 2018.
- Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 063/2015, Final Award, 15 February 2018.
- PL Holdings S.à.r.l. v. Republic of Poland*, SCC Case No. V 2014/163, Partial Award, 28 June 2017.
- Rockhopper Mediterranean Ltd, and Rockhopper Exploration Plc v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/17/14, Award, 23 August 2022 (Decision on the intra-EU jurisdictional objections was adopted on 29 June 2019).
- RREEF Infrastructure (G.P.) Limited and RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/30, Decision on Jurisdiction, 6 June 2016.
- Rupert Joseph Binder v. Czech Republic*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction, 6 June 2007.

Spółdzielnia Pracy Muszynianka v. Slovak Republic, UNCITRAL, PCA Case No. 2017-08, Award, 7 October 2020.

Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and Others v. the Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/15/1, Award, 2 December 2019.

UP and C.D Holding Internationale v Hungary, ICSID Case No. ARB/13/35, Award, 9 October 2018.

Vattenfall AB and others v Federal Republic of Germany, ICSID Case No. ARB/12/12, Decision on the Achmea Issue, 31 August 2018.

WNC Factoring Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-34, Award, 22 February 2017.

Сања В. Ђајић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Djajic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5997-9714

**Историјска победа или кула у ваздуху?
Значај арбитражне одлуке у предмету *Green Power v. Spain*
у сукобу Европске уније и међународног система
решавања инвестиционих спорова**

Сажетак: Европска унија и међународни систем за арбитражно решавање инвестиционих спорова између инвеститора и држава већ су скоро двадесет година у спору новодом политике Европске уније да из надлежности међународних инвестиционих арбитражни судова искључи спорове између инвеститора из Европске уније и држава чланица Европске уније. Различите мере на нивоу Европске уније и покушаји држава чланица ЕУ и Европске комисије да у самим институцима осигуре надлежности међународних арбитражних судова били су безуспешни све до недавно. У јуну 2022. године први пут је један међународни инвестициони арбитражни суд, у предмету *Green Power v. Spain*, донео одлуку о ненадлежности због приговора државе чланице Европске уније (Шпаније) да је арбитражна клаузула у двостраном инвестиционом споразуму између Данске и Шпаније неважећа јер је супротивна праву Европске уније како је то утврђено у пресуди Суда правде у предмету *Ахмеа 2018*. У раду је дао приказ арбитражне одлуке у предмету *Green Power v. Spain*, као и анализа ове одлуке у сложеном контексту који обухвата велики број међународних арбитражних одлука којима су приговори засновани на приоритету права ЕУ у односу на обавезе из међународних инвестиционих споразума држава чланица одбијени, али који обухвата и низ легислативних мера Европске уније и држава чланица које су усмерене на ограничење ови обавеза. Циљ овог рада је да испита могуће дејство одлуке у предмету *Green Power v. Spain* на групе арбитражне институције и у којој мери ће различити аргуменсти који су довели до одлуке, засновани на међународном праву али и на праву државе у којој је седиште арбитраже, имати значај у другим предметима. Арбитражна одлука је врло дејствена и доноси новину са итезом да право Европске уније може да ужива приоритет као *lex superior* и то управо захваљујући правилима међународног уговорног права. У том делу је ова одлука значајна и оригинална јер проблему пристуи са груичије позиције. Из овог се закључује да би одлука у предмету *Green Power v. Spain*

могла да има утицаја на будуће одлуке чак и ако ово нису једини разлози који су руководили арбитражни суд приликом доношења одлука, јер се међу њима налазе и они који су засновани на праву државе у којој је седиште, а што је ипак право Европске уније.

Кључне речи: инвестициони спорови унутар Европске уније, *Achmea, Green Power v. Spain*, сукоб међународних обавеза.

Датум пријема рада: 10.12.2022.

Датум прихватања рада: 25.01.2023.

Пејтар М. Ђундић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ У СПОРОВИМА ПОВОДОМ ПОВРЕДЕ ПРАВА ЛИЧНОСТИ НА ИНТЕРНЕТУ – ПРАВО СРБИЈЕ И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

Сажетак: Појава и широка употреба интернетa ставља међународно приватно право пред специфичне изазове. Свејрисупност садржаја који је постављен на интернет, чињеница да у креирању онлајн садржаја учествују његови корисници и одсуство значајне географске везе трансакција које су предузете на интернету са територијом било које државе, са једне стране, фактори су који повећавају број случајева са прекограничним карактером док, са друге, оштравају примену традиционалних правила о међународној судској надлежности и одређивању меродавне права. Ово је посебно случај у специфичном контексту повреде права личности на интернету. У раду се разматра проблем одређивања међународне надлежности судова за ову врсту интернет-деликта. На основу уредноправне анализе праксе Суда ЕУ и судова у појединим националним правним системима, аутор закључује да разумно и сврсисходно тумачење критеријума места насиланкаштва, као основа посебне међународне надлежности српских судова из члана 53. став 1. Закона о решавању сукоба закона, подразумева да за прихватање надлежности није довољно да је релевантан садржај досиђуан на територији Србије, већ је неопходно и да се уобичајено боравиште или главно место пословања оштећеног налази у нашој земљи. Овакво тумачење омоћује да домаћи судови прихвате надлежност само у ситуацијама у којима постоји стварна и значајна веза сјора са Србијом, обезбеђује јружање деловорне правне заштитије шуживоцу и јаранује предвидивост јошеницијално надлежног форума за шуженог.

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ за 2022. годину.

Кључне речи: интернет-деликити, повреда права личности, међународна судска надлежност, место штејној догађаја, место настанка штејне.

1. УВОД – МЕЂУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО И ИНТЕРНЕТ

Проналазак и популаризација употребе интернета довеле су до промена у људској делатности и комуникацији без преседана у историји. Због тога не чуди чињеница да се изум глобалне мреже сматра једним од најважнијих догађаја XX века: „[И]нтернет је постао најважније средство комуникације, замењујући пошту, телефон и, до одређене мере, интеракцију лицем у лице.“¹ Поред тога што представља најважнији форум за размену знања и информација, интеграција интернета у животе милијарди људи носи са собом специфичне изазове правног регулисања делатности на интернету и њених последица. Посебну улогу у том погледу имају правила међународног приватног права. Проблем који пружаоци интернет услуга имају да ускладе своје деловање са захтевима различитих националних права означен је као „сукоб закона на сфероидима.“² Међутим у сличној позицији се налазе и остали субјекти који не обезбеђују инфраструктуру за функционисање мреже, већ су једноставно корисници који се упуштају у онлајн активности. Кључне карактеристике интернета истовремено повећавају учесталост прекограничних односа и отежавају примену правила о међународној надлежности и колизионих норми на ове односе.

У правној литератури се могу пронаћи различите типологије поменутих карактеристика и схватања о томе на који начин оне утичу на прекограничне односе и њихово регулисање.³ Посматрано из перспективе међународног приватног права, три најважније особености интернета су: свеприсутност садржаја, омогућавање корисницима да креирају садржај на интернету и одсуство територијалне везе трансакција на интернету са конкретном државом.

Свеprisутност (убиквитет) садржаја означава неосетљивост интернета према државним границама: садржај који је постављен на интернет је по правилу доступан готово истовремено у свим крајевима света. Видео-запис

¹ Symeon C. Symeonides, *Cross-Border Infringement of Personality Rights via the Internet (A Resolution of the Institute of International Law)*, Leiden, Boston, 2021, 7.

² *Ibid.*, 1.

³ Dan Jerker B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 3rd edition, Alphen aan den Rijn, 2016, 67-90; Javier Carrascosa González, *The Internet: Privacy and Rights Relating to Personality*, *Recueil des cours*, vol. 378/2016, 294-302; Tobias Lutz, *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in the EU*, Oxford, 2020, 25-38; Julia Hörnle, *Internet Jurisdiction: Law and Practice*, Oxford, 2021, 1-2.

којим се вређа достојанство личности на интернету је видљив у свим државама света: „[И]нтернет је свуда и оно цијло је на интернету је свуда.“⁴

Интернет је децентрализована мрежа, у смислу да омогућава сваком кориснику да постане креатор садржаја и иницира настанак приватноправног односа са прекограничним елементом – продаја робе преко интернета или објављивање информација није више резервисано за правна лица која обављају комерцијалну делатност или за медијске куће.

Конечно, онлајн интеракцијама недостаје значајна веза са територијом било које државе – она се најчешће своди на место у којем се налазе субјекти односа и техничка опрема.⁵

Док прве две карактеристике мултипликују број односа са иностраним елементом, трећа отежава њихово правно регулисање. Традиционална правила међународног приватног права су територијално оријентисана. Норме о међународној надлежности судова, на пример, заснивају се на контакту спора или односа са територијом државе суда. Због тога је њихова примена отежана код интернет активности које не подразумевају физичку интеракцију између субјеката, већ само размену информација преко једног или више посредника.⁶

2. ПОВРЕДА ПРАВА ЛИЧНОСТИ НА ИНТЕРНЕТУ

Све поменуте карактеристике интеракција у наведеном контексту и тешкоће које оне доносе су посебно релевантне за тему овог рада: повреда права личности на интернету. Синтагма права личности (енгл. *rights of personality*, нем. *Persönlichkeitsrechten*) означава скуп права која припадају сваком лицу: то су субјективна права која проистичу директно из људске природе и урођеног достојанства сваке личности и усмерена су на заштиту личне сфере те личности, њеног физичког и духовног аспекта.⁷

Концепт права личности је карактеристичан за државе европског-континенталног система права, при чему се схватања о прецизним контурама општег појма права личности разликују од једног до другог правног система.⁸

⁴ J. Carrascosa González, *op. cit.*, 294.

⁵ Вид. T. Lutz, Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 3/2017, 687-722, 688. Аутор ову карактеристику назива „*virtuality of internet*“.

⁶ Вид. Pedro de Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham, Northampton, 2020, 11.

⁷ J. Carrascosa González, *op. cit.*, 308.

⁸ S. C. Symeonides, *op. cit.*, 16.

Разлике се односе на круг субјективних права која уживају заштиту,⁹ али и на питање ко може бити титулар права личности – да ли су то само физичка лица или и правна лица могу бити носиоци извесних права личности.¹⁰ Неспорно је да су права личности која су окренута ка очувању физичког интегритета (право на живот, на телесни интегритет) заштићена у свим правним системима и то, по правилу, кроз прописивање кривичноправне одговорности за њихову повреду. Са друге стране, већина правних поредака пружа заштиту и основним субјективним правима која чине духовну сферу личности: право на част и углед, на лик и на приватност.¹¹ Нека од њих се помињу у изворима намењеним заштити људских права¹² и чине уставну материју.¹³

Управо ова последња категорија права личности је најчешће предмет повреде кроз деловање на интернету. Повреда части и угледа објављивањем неистинитих тврдњи, повреда достојанства личности, права на лик и приватности услед, на пример, неовлашћеног објављивања видео-записа на интернету рађа специфичну врсту грађанскоправних деликата, посматрано из перспективе међународног приватног права. Прво, овакви деликти нису само готово увек деликти са иностраним елементом, већ су по дефиницији и мултилокални – потенцијално одговорно лице делује на територији једне државе, при чему штета наступа на територијама више различитих држава. Друго, специфична инфраструктура интернета делује као акцелератор њихове учесталости. Свеprisутност садржаја који је објављен повећава број случајева са прекограничним карактером, али значајан утицај на фреквенцију имају и фактори као што су развој друштвених мрежа, неформални карактер комуникације на овим мрежама, анонимност креатора садржаја и

⁹ Резолуција Института за међународно право о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу страних одлука код повреде права личности употребом интернета (2019), дефинише права личности преко набрајања оних права која нарочито спадају у ову категорију (углед, достојанство, част, име, лик и приватност), али наглашава да у ову категорију спадају и слична права која су, без обзира на то како се зову, заштићена меродавним правом. Вид. Institut de droit international, *Injuries to Rights of Personality Through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments*, 79th session, 8 RES EN, 31 August 2019, члан 1. став 2.

¹⁰ Вид., на пример, Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012, 256. Аутор наводи да правна лица могу уживати сва права личности која нису резервисана за физичка лица, али истовремено констатује (фн. 352) да су подељена схватања о томе да ли правно лице може да буде титулар права личности.

¹¹ Вид. J. Carrascosa González, *op. cit.*, 313-314.

¹² На пример, члан 17. Међународног пакта о грађанским и политичким правима гарантује заштиту од мешања у приватни живот и повреде части и угледа. Чланом 8. Европске конвенције о људским правима јемчи се поштовање приватног и породичног живота.

¹³ На пример, Устав Србије, у члану 23. став 1. наводи: „Људско достојанство је неприкосновено и сви су дужни да га њошћују и шћишће.“

психолошки ефекат перципиране анонимности.¹⁴ Према речима једног аутора: „Многи људи би онлајн изјавили ствари које не би изrekli у њиховом или лицем у лице.“¹⁵ Коначно, повреда права личности на интернету отежава положај оба учесника вануговорног односа. Са једне стране, оштећени је изложен негативним дејствима садржаја објављеног на интернету на много вишој скали у односу на традиционалне медије који имају ограничени територијални домаћај. Са друге, штетник је у лошијем положају у односу на „традиционалне“ штетнике – неким од њих, за разлику од великих медијских кућа, недостаје свест о томе да њихово деловање може да дође под удар правних правила из других правних поредака, али и ресурси да унапред провере последице потенцијалне одговорности и да евентуално прилагоде своје деловање овој околности.

Питање да ли су правила међународног приватног права подесна да регулишу последице деловања на интернету у прошлости је разматрано у оквиру шире дебате о томе да ли власт држава и њихови прописи уопште треба да уређују глобалну мрежу. Наиме, у време када је развој интернета био на свом почетку, половином деведесетих година XX века, постојало је схватање да трансакције и активности на интернету нису везане ни за једну конкретну државу, те да би сајбер-простор (енгл. *Cyberspace*) требало препустити аутономном регулисању, тако што би у њему настале посебне институције које би створиле сопствена правила и старале се о њиховом спровођењу.¹⁶ Међутим, ова „ушћојца неретулисаној сајбер-простору“¹⁷ убрзо је напуштена у корист већинског схватања о подесности примене класичних правила о међународној судској надлежности и одређивању меродавног права и на ове ситуације.¹⁸

Међутим, операција пресипања старог вина (међународно приватно право) у нове боце (интернет)¹⁹ ипак подразумева извесна прилагођавања у тумачењу класичних, територијално оријентисаних правила ове дисциплине.

¹⁴ Вид. Alex Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose Law Governs Free Speech in Facebookistan, *Journal of Media Law*, vol. 7, 1/2015, 1-35, 26: “[T]he most obvious implication of this is that individuals are at a much greater risk of committing defamation, particularly across borders, than existed under traditional media (which would generally exercise editorial control over publications by individuals), particularly if their conduct is not evaluated according to the standards of free speech set out in their ‘home’ law. This risk is not just a product of the fact that communication may more readily be made to a large and global audience, but also of the fact that the general mode of communication online through social media is informal and casual, rather than necessarily the product of thoughtful reflection, and that the impact of a communication will not necessarily be judged as lightly as it may have been intended.”

¹⁵ S. C. Symeonides, *op. cit.*, 10.

¹⁶ Вид. Pedro de Miguel Asensio, *op. cit.*, 2.

¹⁷ T. Lutz, *Private International Law Online*, 14.

¹⁸ Вид. J. Carrascosa González, *op. cit.*, 303.

¹⁹ *Ibid.*

Циљ овог рада је да покаже како правила о међународној судској надлежности важећег Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: ЗРСЗ) могу бити примењена у случајевима повреде права личности на интернету, да укаже на могуће резултате њихове примене у поређењу са решењима из упоредног права, те да предложи целисходно и разумно тумачење норми о међународној надлежности у специфичном контексту. При томе, посебна пажња је посвећена мери у којој решења из домаћег права кореспондирају са правилима из међународног приватног права Европске уније (ЕУ), из два разлога. Захваљујући надлежности коју Суд Европске уније има за тумачење извора који садрже основе за успостављање судске надлежности у стварима са прекограничним елементом, у ЕУ је присутна жива дебата о тумачењу ових основа у споровима из вануговорне одговорности код повреде права личности на интернету. Такође, правила међународног приватног права ЕУ врше значајан утицај на домаће законодавство и у перспективи би требало да представљају основу реформисаног система међународног приватног права Србије.²⁰

3. МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ СУДОВА ДРЖАВА ЧЛАНИЦА ЕУ

Специфичност деликата извршених на интернету отежава примену правила о међународној надлежности која су заснована на контакту догађаја из којег потенцијално настаје вануговорна одговорност са територијом државе форума. У том случају се јавља питање: како одредити надлежан форум за спорове који проистичу из догађаја на интернету, када се они истовремено одигравају свуда и нигде?²¹ Ипак, истиче се и да би било сувише поједностављено сматрати да је појава интернета довела до настанка нове врсте сукоба надлежности између судова различитих држава – они су постојали дуго пре појаве интернета, захваљујући томе што правни системи усвајају различите приступе томе колики домашај надлежности њиховог правосуђа се посматра као разуман и пожељан.²² Појава деликата на интернету, према томе, само погоршава већ постојеће проблеме, посебно због тога што критеријуми који се обично користе за успостављање надлежности у овом контексту имају неубичајено широко дејство. На пример, штета настала из онлајн-активности, начелно посматрано, може да настане дословно

²⁰ Вид. Нацрт Закона о међународном приватном праву (2014). Текст доступан на: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacrt%20ZMPP%20-%20Ministarstvo.doc>.

²¹ Lilian Edwards, *The Scotsman, the Greek, and the Mauritian Company and the Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace*, *Edinburgh Law Review*, vol. 8, 1/2004, 99-111, 99.

²² Вид. S. C. Symeonides, *op. cit.*, 61.

свуда, што туженика излаже потенцијалним тужбама у великом броју различитих јурисдикција.²³

Питање међународне надлежности суда за повреду права личности на интернету је темељно разматрано у пракси Суда Европске уније (у даљем тексту: Суд ЕУ или Суд). У систему који је првобитно успостављен Бриселском конвенцијом о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговинским стварима (1968),²⁴ а затим замењен Првом бриселском уредбом (2000)²⁵ и њеним изменама (2012),²⁶ лице које има пребивалиште у држави чланици може бити тужено, осим у месту свога домицила, у стварима које се односе на деликте и квазиделикте, још и у месту у којем је наступио или може да наступи штетни догађај.²⁷ Суд ЕУ је више пута био у прилици да се изјасни о значењу израза „*месџо у којем је наступио штетни догађај*“, а његови ставови у вези са значењем ове синтагме изнети у предметима који се нису тicali активности на интернету значајно су обликовали начин размишљања и у предметима везаним за интернет-деликте. У том смислу су посебно значајне две одлуке.

У првој од њих, у предмету Бир (*Bier*),²⁸ тадашњи Европски суд правде је заузео став да испуштање алкалног отпада у Рајну на територији Француске, које изазове штету на пољопривредном добру оштећеног у Холандији, пружа опцију оштећеном да поднесе тужбу пред судом било које од ове две државе, те да „*месџо штетног догађаја*“ из тада важећег члана 5. става 3. Бриселске конвенције (1968), обухвата како место у којем је предузета штетна радња, тако и место у којем је наступила штетна последица ове радње.²⁹

У предмету Шевил (*Shevill*)³⁰ Суд се бавио надлежношћу за тужбе поводом повреде права личности, објављивањем информација у штампаном медију. Спор је настао када је држављанка Уједињеног Краљевства са пребивалиштем у овој земљи (заједно са још три привредна друштва) поднела пред домаћим судом тужбу због клевете против француског издавача дневних

²³ Вид. D. J. B. Svantesson, *op. cit.*, 37.

²⁴ 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299, 31.12.1972, p. 32–42.

²⁵ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23.

²⁶ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32.

²⁷ Прва бриселска уредба (2012), члан 7: „*A person domiciled in a Member State may be sued in another Member State:... (2) in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur*;

²⁸ *Case 21/76 G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace SA*, 30. новембар 1976. године.

²⁹ *Ibid.*, пасуси бр. 2-4, 17-19.

³⁰ *Case C- 68/ 93 Fiona Shevill v Presse Alliance SA*, 7. март 1995. године.

новина. У новинама је објављен чланак у којем се сугерише да су тужитељка и њен тадашњи француски послодавац били умешани у прање новца за рачун трговаца наркотицима.³¹ Тужба се односила само на повреду части и угледа тужилаца у Енглеској и Велсу, а проблематични тираж новина је на овом подручју продату у свега 250 примерака.³²

Суд је у овом случају остао при ставу из предмета Бир да место штетног догађаја нужно обухвата место предузимања радње и место наступања штетне последице.³³ У ситуацији када је штета у виду повреде части и угледа проузрокована информацијом објављеном у новинама, место предузимања радње је место у којем је седиште пословања издавача.³⁴ Суд у овом месту које, по правилу, коинцидира са форумом опште надлежности (местом пребивалишта туженог) је овлашћен да одлучује о накнади штете у целости.³⁵ Са друге стране, место наступања штете у оваквим случајевима је свако место у којем је проблематично издање новина дистрибуирано, али је суд у држави у којој је штета у овом виду наступила овлашћен да одлучи само о оном делу штете који је проузрокован на њеној територији.³⁶

Одлука у предмету Шевил се сматра устоличењем тзв. теорије мозаика³⁷ – схватања да оштећени код повреде права личности може да у једној јурисдикцији захтева само накнаду оног дела штете који је настао на њеној територији, што га следствено обавезује да покреће више судских поступака у државама у којима је штетник дистрибуирао спорни садржај. Поменуто тумачење је готово тренутно наишло на оштре критике – посебно кроз истицање да је тешко утврдити место наступања и проценити обим делимичне штете.³⁸ Наводи се и да поменути критеријум надлежности није одговарајући ни за штампане медије, али да много горе резултате даје када се примењује у онлајн сценарију.³⁹ Разлог је очигледан – критеријум дистрибуције штетног материјала у овом контексту, будући да је он доступан глобално, истовремено указује на све државе чланице. За тужиоца примена начела мозаика значи да му је на располагању само форум домицила штетника (или његовог седишта пословања, ако оно постоји) за накнаду целокупне штете,

³¹ *Ibid.*, пасуси бр. 3 и 8.

³² На територији Француске је продато око 237 000 примерака, док је у Јоркширу, где је живела госпођица Шевил, продато само пет примерака. *Ibid.*, пасус бр. 9.

³³ *Ibid.*, пасус бр. 20.

³⁴ *Ibid.*, пасус бр. 24.

³⁵ *Ibid.*, пасуси бр. 25 и 26.

³⁶ *Ibid.*, пасуси бр. 29 и 30.

³⁷ Вид. J. Carrascosa González, *op. cit.*, 343. , 144 Dickinson 169

³⁸ Вид. Marta Requejo Isidro, *Brussels I bis : a commentary on Regulation (EU) no 1215/2012*, Cheltenham, Northampton, 2022, 124.

³⁹ Andrew Dickinson, Eva Lein, Andrew James, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, 169; Marta Requejo Isidro, *op. cit.*, 124.

у случају да жели да избегне покретање посебних поступака у свакој држави чланици. За потенцијалног туженика ово значи излагање ризику да против њега буде покренут судски поступак у свакој држави чланици.⁴⁰

Суштински проблем са теоријом мозаика проистиче из чињенице да код повреде права личности на интернету, штета по заштићено добро настаје истовремено готово свуда. Мултипликација потенцијално надлежних форума је, са друге стране, заправо последица начина на који се тумачи појам места наступања штете у оваквим случајевима: ако је за наступање штете по част, углед или приватност једног лица довољно да је спорном садржају могуће приступити са рачунара у држави суда, онда је штета заиста свеприсутна и овај критеријум надлежности губи своју корисност.

У спојеним предметима Идејт и Мартинез (*eDate Advertising GmbH v. X* и *Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*),⁴¹ Суд ЕУ је имао прилику да прилагоди тумачење критеријума за успостављање надлежности из предмета Шевил специфичностима случајева повреде права личности на интернету. У првом од ових предмета (Идејт), бивши осуђеник је захтевао од немачког суда да аустријском интернет порталу наложи уклањање информације која идентификује тужиоца и његовог брата као одговорне за убиство за које су били осуђени, те да се убудуће суздржи од употребе пуног имена тужиоца приликом извештавања о овом предмету. У случају Мартинез, француски глумач и његов отац тужили су пред судом у Паризу британског издавача онлајн издања новина, због чланка који говори о вези глумца са аустралијском поп звездом и изјавама које је тим поводом наводно дао његов отац.

Суштина питања која су упутили немачки и француски суд била је у основи идентична у оба предмета: да ли је за успостављање надлежности за тужбе поводом повреде права личности на интернету (или поводом опасности од наступања ове повреде) довољна чињеница да је садржај који је објавио штетник у другој држави чланици доступан на територији државе суда или је неопходно да постоји додатна веза спора са форумом?⁴² Суд ЕУ није оставио никакву дилему у погледу тога да се и у оваквим случајевима примењују критеријуми из предмета Шевил – тужбу је могуће поднети пред судом државе у којој је наступила штета, при чему је место наступања штете место дистрибуције спорног садржаја, а садржај на мрежи је дистрибуиран свуда где му је могуће приступити.⁴³ Такође, задржано је и ограничење

⁴⁰ Вид. Т. Lutz, *Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach*, 691, 692.

⁴¹ *Joined Cases C-509/09 and C-161/10, eDate Advertising GmbH v. X and Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, 25. октобар 2011. године.

⁴² *Ibid.*, пасуси бр. 25 и 29.

⁴³ *Ibid.*, пасус бр. 51.

које се односи на обухват тужбе засноване на овом критеријуму – надлежност постоји само за онај део штете који је наступио на територији државе суда.⁴⁴

Суд ЕУ је у предметима Идејт/Мартинез ипак приметио да примена критеријума места наступања штете/дистрибуције/доступности садржаја може посебно отежати положај тужиоца/оштећеног због разлика које постоје у начину дистрибуције садржине писаних медија у односу на садржај који се објављује на интернету. За разлику од дистрибуције новина у папирном формату, онлајн садржај је доступан глобално у истом тренутку када је објављен.⁴⁵ Суд је имао у виду проблеме које би за потенцијалног тужиоца створила примена теорије мозаика у оваквим ситуацијама,⁴⁶ те је одлучио да уведе додатни основ надлежности за тужбе којима оштећени могу захтевати накнаду штете у целини – место у којем се налази *средиште интереса оштећеног*.⁴⁷

Према гледишту Суда, средиште интереса оштећеног по правилу се поклапа са местом његовог уобичајеног боравишта. Међутим, средиште интереса једног лица се може налазити и изван државе његовог уобичајеног боравишта, ако постоје фактори који указују на посебно значајну везу са том другом државом, као што је, на пример, чињеница да оштећени обавља своју професионалну делатност на територији државе која није држава његовог уобичајеног боравишта.⁴⁸

Увођењем критеријума средишта интереса оштећеног фактички се промовише *forum actoris* код одређивања надлежности за повреду права личности на интернету, будући да ће се средиште интереса тужиоца сасвим изузетно налазити изван државе у којој живи.⁴⁹ Потребно је, међутим, истаћи да према гледишту Суда ЕУ његово увођење није мотивисано жељом да се заштити потенцијално слабија страна у вануговорном односу.

У објасњењу одлуке у предметима Идејт и Мартинез истиче се да критеријум средишта интереса оштећеног обезбеђује предвидљивост у примени

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, пасуси број 45 и 46.

⁴⁶ *Ibid.*, пасус бр. 47.

⁴⁷ *Ibid.*, пасус бр. 48: “The connecting criteria referred to in paragraph 42 of the present judgment must therefore be adapted in such a way that a person who has suffered an infringement of a personality right by means of the internet may bring an action in one forum **in respect of all of the damage caused**, depending on the place in which the damage caused in the European Union by that infringement occurred. Given that the impact which material placed online is liable to have on an individual’s personality rights **might best be assessed by the court of the place where the alleged victim has his centre of interests**, the attribution of jurisdiction to that court corresponds to the objective of the sound administration of justice, referred to in paragraph 40 above.” Нагласак аутора.

⁴⁸ *Ibid.*, пасус бр. 49.

⁴⁹ Вид. T. Lutz, *Private International Law Online*, 81.

основа надлежности за обе стране у односу – оштећени може лако да идентификује форум пред којим би требало да захтева заштиту својих права, а потенцијално одговорно лице је, у тренутку постављања садржаја на интернет, свесно где се налази средиште интереса лица на које се односи садржај и може разумно очекивати да ће бити изложен тужби пред судом ове државе.⁵⁰

У предмету Болагсаплајснинген (*Bolagsupplysningen*) о којем је решавао шест година касније, Суд ЕУ је појаснио да се могућност подношења тужбе суду државе у којој се налази средиште интереса оштећеног не заснива на потреби пружања посебне заштите овом лицу, већ на интересима ефикасног суђења – блиској вези између деликта и државе суда, доступности доказа и ефикасности њиховог извођења и предвидивости успостављања надлежности од стране овог суда за потенцијалног туженика.⁵¹

Случај Болагсаплајснинген је специфичан по томе што је Суд ЕУ био суочен са тумачењем израза „месийо шийейној гојађаја“ из члана 7. става 2. Прве бриселске уредбе (2012), поводом тужбе коју је због наводне повреде права личности поднело правно лице. Тужбу пред естонским судом су заједно поднели привредно друштво регистровано у Естонији и једна од његових запослених, против *Svensk Handel*, трговачког удружења са седиштем у Шведској. Тужено удружење је управљало веб-сајтом на којем се налазио списак друштава укључених у непоштену пословну праксу (тзв. црна листа), при чему се естонско друштво нашло на овом списку због наводног преварног понашања⁵² – успостављања пословног регистра и слања потенцијалним клијентима фактура за „регистрацију“ које су изгледале као да их је сачинила државна агенција.⁵³ Стављање тужиоца на листу је проузроковало то да се на веб-сајту појави више од 1000 коментара, од којих су неки директно позивали на насиље према привредном друштву и његовим запосленим. Тужиоци су од суда у Естонији захтевали да шведском удружењу наложи уклањање првог тужиоца са листе, брисање проблематичних коментара и исплату накнаде материјалне штете проузроковане друштву и накнаде нематеријалне штете учињене другом тужиоцу.⁵⁴

Одлучујући на основу питања која му је упутио Врховни суд Естоније, Суд ЕУ је донео неколико важних закључака. Први је да форум средишта интереса стоји на располагању правним лицима која се нађу у улози оште-

⁵⁰ *Joined Cases C-509/09 and C-161/10, eDate Advertising GmbH v. X and Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, пасус бр. 50.

⁵¹ *Case C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v. Svensk Handel AB*, 17. октобар 2017. године, пасуси бр. 26-29, 38.

⁵² *Ibid.*, пасуси бр. 9 и 10.

⁵³ Вид. Peter D. Trooboff, *Globalization, Personal Jurisdiction and the Internet Responding to the Challenge of Adapting Settled Principles and Precedents*, *Recueil des cours*, vol. 415/2021, 238.

⁵⁴ *Case C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v. Svensk Handel AB*, пасус бр. 9.

ћеног, једнако као и физичким лицима.⁵⁵ Када је у питању правно лице које обавља комерцијалну делатност, средиште његових интереса се налази у месту у којем оно обавља главнину своје делатности и које, последично, представља и место у којем је успостављен његов пословни углед.⁵⁶ Средиште интереса може, али не мора, да буде у држави регистрованог седишта правног лица.⁵⁷ Ако друштво предузима главни део пословних активности изван државе свог регистрованог седишта, место пословања представља место у којем се налази средиште његових интереса.⁵⁸ Пред судом државе у којој је средиште његових интереса, оштећени може да захтева накнаду целокупне штете која му је проузрокована, као и да захтева да се одговорном лицу наложи уклањање или исправка проблематичне информације.⁵⁹ Осим тога, Суд је напоменуо да се критеријум средишта интереса оштећеног примењује без обзира на то да ли тужилац захтева накнаду материјалне или нематеријалне штете, будући да врста штете чију накнаду оштећени може да захтева зависи од меродавног права и не утиче на питање надлежности.⁶⁰

Вероватно најважнија тековина одлуке у предмету Болагсаплајснинген је даља ерозија значаја критеријума места наступања штете, када се оно схвата као место из којег је могуће приступити садржају који је објављен на интернету. Ако ово место није истовремено и место средишта интереса оштећеног, не само да оштећени може да захтева накнаду само оног дела штете који је наступио на територији те државе, као што је закључено у предметима Идејт и Мартинез, већ суд у овој држави не може да одлучује ни о захтеву за уклањање или исправку спорног садржаја.⁶¹ За разлику од захтева за накнаду штете који се може поднети у свим јурисдикцијама у којима је одговарајући део штете наступио, захтев за уклањање или исправку информације је „*јединствено и недељиво*“ и може се поднети једино суду који је надлежан да одлучује о свим последицама деликта.⁶²

Важан допринос одлуке Суда ЕУ у овом предмету је и то што она решава дилему у вези са карактером средишта интереса оштећеног као основа надлежности. Као што је претходно речено, израз „*месѿо шѿѿејѿној до-ѿађаја*“ у контексту повреде права личности на интернету обухвата место у којем је предузета штетна радња и место у којем је наступила штета. Из образложења одлуке у случају Болагсаплајснинген следи да критеријум

⁵⁵ *Ibid.*, пасус бр. 38.

⁵⁶ *Ibid.*, пасус бр. 41.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*, пасус бр. 42.

⁵⁹ *Ibid.*, пасус бр. 44.

⁶⁰ *Ibid.*, пасус бр. 33.

⁶¹ *Ibid.*, пасуси бр. 45-49.

⁶² *Ibid.*, пасус бр. 48.

средишта интереса оштећеног не представља нови, трећи појавни облик места штетног догађаја, већ да је он само посебан вид места наступања штете – место у којем је та штета најинтензивнија.⁶³

На основу праксе Суда ЕУ могуће је закључити да оштећеном стоје на располагању чак четири форума пред којима може доказивати одговорност штетника због повреде права личности на интернету: форум домицила туженог (као форум опште надлежности), форум места предузимања штетне радње, форум места у којем је спорни садржај доступан и форум места у којем се налази средиште интереса оштећеног.

Иако се може чинити да оштећени има широку слободу приликом избора суда пред којим ће покренути поступак, практични значај ових основа надлежности није једнак. Пре свега, само три од четири форума се могу назвати форумима пуне јурисдикције – суд државе која је повезана са спором само преко чињенице да је са њене територије било могуће приступити садржају објављеном на интернету је надлежан само за онај део штете за који је могуће утврдити да је настао на њеној територији. Овом суду није могуће поднети ни захтев који се односи на пропуштање, уклањање информација или њихову исправку. Осим тога, мада је оштећени у прилици да тужбу за накнаду целокупне штете поднесе суду у држави у којој је штетник предузео радњу, овај форум ће најчешће да буде управо форум опште надлежности (форум државе пребивалишта туженог).⁶⁴

Према томе, тужилац који жели да избегне вођење поступка пред форумом туженог и својеврсни „пут око света“ који би подразумевао подношење тужбе пред судом сваке државе чланице у којој је објављени материјал био доступан, у складу са доктрином мозаика, има на располагању само један суд пуне јурисдикције – суд државе у којој се налази средиште његових интереса што представља посебну манифестацију места наступања штете.

4. МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ СУДОВА СРБИЈЕ

Основи међународне надлежности који се односе на тужбе поводом вануговорне одговорности за штету у праву Србије постављени су значајно уже у односу на оне из Прве бриселске уредбе (2012). Према члану 53. став 1. ЗРСЗ, надлежност домаћег суда у овој врсти спорова постоји када су испуњени услови за постојање опште међународне надлежности (члан 46. ЗРСЗ), када је тужени прећутно пристао на надлежност домаћег суда (члан 50. ЗРСЗ) и када је штета настала на територији Србије. Поменута одредба упућује и

⁶³ *Ibid.*, пасуси бр. 33 и 42.

⁶⁴ Вид. *Fiona Shevill v Presse Alliance SA*, пасус бр. 26.

на примену законских правила која би требало да одговоре на питање када је могуће успостављање надлежности у овој врсти спорова у односу на лица без држављанства (члан 51. ЗРСЗ) и домаће држављане упућене на службу или рад у иностранство (члан 52. ЗРСЗ).⁶⁵

Једини основ посебне међународне надлежности који није „позајмљен“ из неке друге одредбе ЗРСЗ, према томе, јесте *настојање штеђења на територији Србије*. За разлику од решења које је прихваћено у праву ЕУ, ЗРСЗ изоставља место предузимања штетне радње као критеријум посебне међународне надлежности у споровима о вануговорној одговорности за штету. Иако постоји гледиште да појам „штеђења“ који употребљава релевантна одредба ЗРСЗ ваља тумачити тако да подразумева „штеђење долађај“ на територији Србије, те да обухвата како штетну радњу, тако и њену последицу,⁶⁶ оно се тешко може помирити са резултатима језичког и системског тумачења ове одредбе.

Члан 53. став 1. ЗРСЗ изричито говори о месту настанка штете као основу надлежности и значење овог критеријума је неспорно, посебно када се одредба постави у јукстапозицију са колизионом нормом ЗРСЗ за исту врсту односа. Члан 28. ЗРСЗ који говори о меродавном праву за вануговорну одговорност за штету, наиме, јасно разликује место предузимања штетне радње и наступања штетне последице када одређује меродавно право за дистанционе деликте као оно од ова два права које је повољније за оштећеног. Осим тога, прописујући посебну месну надлежност у споровима о вануговорној одговорности за штету, Закон о парничном поступку одређује да је за суђење у овим споровима надлежан суд на чијем подручју је штетна радња извршена или на чијем подручју је штетна последица наступила.⁶⁷ Опредељење законодавца да у таквим околностима недвосмислено веже међународну надлежност домаћих судова за критеријум места настанка штете, не може се тумачити никако другачије него као свесна одлука да рестриктивно уреди међународну надлежност у овој врсти спорова,⁶⁸ иако разлози за то остају нејасни.⁶⁹

Као што показује претходно излагање о пракси Суда ЕУ, место наступања штете као основ међународне надлежности у стварима које се односе

⁶⁵ За комплетну листу основа надлежности чија примена долази у обзир на основу члана 53. став 1. ЗРСЗ вид. Mihajlo Dika, Gašo Knežević, Srđan Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu (Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima)*, Beograd, 1991, 196.

⁶⁶ Вид. Dušan V. Popović, Marko Jovanović, *Pravo interneta (odabrane teme)*, Beograd, 2017, 51.

⁶⁷ Члан 44. став 1. Закона о парничном поступку.

⁶⁸ Вид. M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *op. cit.*, 197.

⁶⁹ Члан 164. став 1. Нацрта Закона о међународном приватном праву (2014) несумњиво проширује међународну надлежност домаћих судова и на случајеве када је штетна радња извршена на територији Србије.

на повреду права личности на интернету, ако се овим основом не рукује пажљиво, може да доведе до заснивања надлежности суда државе са којом спор нема значајну везу, да овласти за поступање суд чију надлежност потенцијални штетеник није могао разумно предвидети али, истовремено, да представља оптерећење за тужиоца због дисперзије и фрагментације штете.

Водећи рачуна о свим потенцијалним проблемима у примени поменутог основа у онлајн контексту, када је у питању надлежност домаћих судова у споровима због повреда права личности на интернету, разумно тумачење критеријума посебне међународне надлежности из члана 53. став 1. ЗРСЗ би требало да узме у обзир три међусобно повезана циља.

Прво, тумачење мора да омогући надлежност домаћих судова само у ситуацијама у којима постоји стварна и значајна веза спора са територијом Србије. На тај начин се ангажовање домаћег правосуђа резервише за ситуације у којима несумњиво постоји интерес Србије да њени судови интервенишу у односу који је настао између оштећеног и штетника и спречава се претварање места наступања штете у основ прекомерне међународне надлежности.

Друго, домаћи суд би требало да прихвати надлежност онда када је у стању да оштећеном пружи делотворну правну заштиту. Ово подразумева да прихватање надлежности значи овлашћење и дужност суда да одлучи о целокупној штети која је оштећеном проузрокована недозвољеном радњом и о евентуалним другим захтевима који су доступни тужиоцу на основу меродавног права. На тај начин се уважавају интереси оштећеног/тужиоца, чија заштита није сведена на накнаду штете за коју се може доказати да је настала на територији Србије.

Треће, тумачење критеријума за успостављање надлежности мора да буде такво да обезбеди поступање домаћих судова у ситуацијама када је њихова надлежност била предвидива за обе парничне странке.

Пракса Суда ЕУ у тумачењу једног од аспеката појма „*место оштећења догађаја*“ може да представља путоказ приликом тумачења основа надлежности из ЗРСЗ. Подразумева се, међутим, да домаћи судови могу да извлаче поуке из искуства Суда ЕУ, без било какве обавезе да његове ставове и аргументе прихвате у свакој ситуацији. Србија као држава која није чланица ЕУ не само да нема формалну обавезу да њени судови следе праксу Суда, већ је и контекст у којем се примењују норме о међународној надлежности из ЗРСЗ битно другачији: ове норме су једностраног и националног карактера, за разлику од одредаба Прве бриселске уредбе (2012) које се примењују у различитим државама чланицама и захтевају аутономно, једнообразно тумачење.

Имајућу у виду све што је претходно наведено, потребно је одговорити на следеће питање: у случају да је повреда права личности учињена на интернету, када се може сматрати да је штета за оштећеног настала у Србији?

Одмах на почетку је јасно да поистовећивање места настанка штете са местом у којем је спорни онлајн садржај био доступан, не води остваривању ниједног од три поменута циља. Доступност садржаја на територији Србије јесте неопходан предуслов за то да би се могло говорити о надлежности домаћег суда, али она, сама по себи, не би требало да води заснивању надлежности.

Ако би за надлежност суда било довољно да је садржају на интернету могуће приступити са територије Србије, надлежног домаћег суда би се могла посматрати као својеврсна универзална надлежност. Када се остави по страни употреба извесних геолокацијских ограничења и алата који могу послужити за то да се доступност садржаја територијално ограничи, штетник који поставља садржај на интернет у било ком крају планете, истовремено га чини доступним у свим деловима света, укључујући ту и нашу земљу. Прихватање надлежности у ситуацији када је једина веза спора са Србијом чињеница да је са њене територије видљив одређени садржај је очигледно неоправдано. Такво поступање би место настанка штете претворило у основ прекомерне међународне надлежности,⁷⁰ посебно када би домаћи суд сматрао да је надлежан да одлучује о накнади штете у целини.⁷¹ Надлежност овог суда би била непредвидива за потенцијалног туженика, с обзиром на то да он не би имао никаквог разлога да очекује да ће бити изложен тужби пред српским судом, у недостатку било какве додатне везе спора или странака са Србијом.

Изван оквира Прве бриселске уредбе (2012) и тумачења које њеним одредбама даје Суд ЕУ, ови разлози су утицали на то да судови појединих држава одбаце критеријум доступности садржаја као самостални основ надлежности у споровима поводом повреде права личности на интернету.

На пример, немачи Савезни суд, када је био у прилици да примењује националне норме о надлежности,⁷² закључио је да могућност да се спорном материјалу приступи са територије Немачке, сама по себи, не води постојању надлежности суда ове државе у споровима поводом повреде права личности на интернету.⁷³ Према гледишту овог суда, прихватање надлежности само на основу околности да је спорни материјал био доступан на територији

⁷⁰ О појму прекомерне надлежности вид. Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право, општи део*, седмо издање, Београд, 2021, 190, 191.

⁷¹ Вид. D. V. Popović, M. Jovanović, *op. cit.*, 53.

⁷² То је, по правилу, случај када тужени нема домицил у држави чланици ЕУ. Вид. члан 4. став 1. и параграф 14. преамбуле Прве бриселске уредбе (2012).

⁷³ BGH, 2. 3. 2010 – VI ZR 23/09, GRUR 2010, 461, 463. Суд је овакво схватање изнео одлучујући о начину примене члана 32. Закона о грађанском поступку који предвиђа месну надлежност суда на чијем подручју је извршен деликт, у спору поводом повреде права личности објављивањем чланка у онлајн издању америчких дневних новина у вези са активно-стима руског држављанина са пребивалиштем у Немачкој. О предмету који је у литератури познат као *The New York Times case* види више код: J. Hörnle, *op. cit.*, 384, 385.

Немачке довео би до неограниченог проширења надлежности у односу на туженог и угрозио би најзначајнија начела која се односе на прописивање надлежности: избегавање мултипликације доступних форума, избегавање да се одреди надлежност форума који нема одговарајућу везу са случајем и потребу да потенцијална надлежност суда буде предвидива.⁷⁴

Слично томе, судови у САД чија је надлежност у односу на тужене ограничена начелом „минималних контака“ које тужени мора да има са државом форума, како би прихватање надлежности било оправдано из перспективе уставног начела законитог поступка, готово никада нису спремни да прихвате надлежност на основу чињенице да је приступ веб-сајту могућ са територије државе суда, већ инсистирају на додатним контактима туженог са овом државом, као што је смишљено усмеравање делатности штетника према њеној територији.⁷⁵

У контексту права ЕУ такође постоје покушаји да се искључи критеријум дистрибуције (доступности) материјала као основ надлежности у стварима које се односе на повреду права личности. Мишљење општег правобраниоца Бобека (*Bobek*) у предмету Болагсаплајснинген представља добру илустрацију – у њему се наводи да је потребно елиминисати критеријум дистрибуције материјала из предмета Шевил као основ надлежности и доктрину мозаика у предметима који се односе на повреду права личности кроз објављивање информација на интернету. Приступ који подразумева могућност да оштећени поднесе тужбу пред судом сваке државе чланице на чијој територији је информација објављена на интернету доступна, према овом мишљењу, не служи заштити интереса ниједне од странака, доводи до умножавања потенцијално надлежних форума и за штетника потпуно елиминира могућност да предвиди пред којим судом би могао да буде тужен.⁷⁶ Општи правобранилац Бобек предлаже тумачење критеријума „место штећеног“ у овој врсти спорова тако да оно обухвата само два места: (а) место штетне радње – схваћено као место у којем се налази лице које контролише објављивање информације⁷⁷ и (б) место наступања штете – место у којем се налази средиште интереса оштећеног.⁷⁸

⁷⁴ BGH, 2. 3. 2010 – VI ZR 23/09, GRUR 2010, 463.

⁷⁵ О пракси судова САД у вези са успостављањем надлежности у интернет-споровима види код: J. Hörnle, *op. cit.*, 300-313.

⁷⁶ *Opinion of Advocate General Bobek delivered on 13 July 2017, Case C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Iisjan v. Svensk Handel AB*, пасуси бр. 89, 90.

⁷⁷ *Ibid.*, пасус бр. 94. Истиче се и да је место у којем је информација креирана ирелевантно у овом смислу, као и локација сервера на којем је похрањена. Вид., такође, J. Carrascosa González, *op. cit.*, 340, 341. Аутор истиче да место предузимања штетне радње није место у којем је спорни садржај постављен на интернет, нити место у којем је он написан или генерисан.

⁷⁸ *Opinion of Advocate General Bobek*, пасуси бр. 95, 96.

Убедљиви разлози говоре у прилог схватања да је штета наступила на територији Србије у смислу члана 53. став 1. ЗРСЗ, када је реч о споровима повodom повреде права личности на интернету, ако се центар друштвеног и професионалног живота оштећеног налази у Србији. Управо то је идеја која стоји иза тумачења појма места наступања штете као места у којем се налази средиште интереса оштећеног, у праву ЕУ. Највећи део штете у овој врсти односа наступа у средини у којој живи оштећени – када се повреда, на пример, односи на углед оштећеног, то је место у којем се последице ове повреде најинтензивније осећају, место у којем оштећеног познају други чланови заједнице и средина у којој он има највећи интерес да оствари правну заштиту свог угледа.⁷⁹ Због тога би требало узети да је штета наступила у Србији у случајевима када оштећени има уобичајено боравиште или главно место пословања на територији наше земље.

Схватање да се оштећеном мора дозволити да поднесе тужбу због повреде права личности на интернету пред форумом свога уобичајеног боравишта није нова.⁸⁰ Оно је, као што смо видели, преко концепта средишта интереса оштећеног продрло и у праксу Суда ЕУ у вези са тумачењем релевантне одредбе Прве бриселске уредбе. Такође, овај основ надлежности предлаже и Институт за међународно право, као један од четири препоручена критеријума за успостављање надлежности, у својој резолуцији из 2019. године о надлежности, меродавном праву и признању и извршењу страних одлука код повреде права личности употребом интернета.⁸¹

Теоријска основа става да оштећени може поднети тужбу за накнаду целокупне штете пред форумом свог уобичајеног боравишта се налази у начелу *accessorium sequitur principale*⁸² – идеји да је главнина штете настала у средини у којој живи оштећени, да је штета која је наступила у свим осталим деловима света у којима је релевантни садржај доступан само акцесорног карактера, те да се надлежност форума тужиоцевог уобичајеног боравишта мора проширити и на њу.

⁷⁹ Вид. J. Carrascosa González, *op. cit.*, 355.

⁸⁰ Вид., на пример, Jane C. Ginsburg, The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change, *Recueil des cours*, vol. 273/1998, 309-311. Такође, Catherine Kessedjian, *Private International Law Aspects of Cyberspace: Global Communication, Universal Jurisdiction?*, paper presented at ASIL/ NVIL Fourth Hague Joint Conference on 5 July 1997, пасус 5, цитирано у: J. C. Ginsburg, *op. cit.*, 310.

⁸¹ Institut de droit international, *Injuries to Rights of Personality Through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments*, члан 5. став 1. тачка (д) – надлежност суда државе лица које је претрпело или може претрпети повреду. У члану 1. став 1. тачка 11. Резолуција дефинише „државу лица које је претрпело или може претрпети повреду“ као државу у којој се налази пребивалиште или уобичајено боравиште физичког лица, односно државу у којој је статутарно седиште, главно место пословања правног лица или државу по чијем праву је правно лице регистровано или организовано.

⁸² J. Carrascosa González, *op. cit.*, 465.

Према томе, домаћи суд би требало да закључи да је штета настала у Србији у смислу члана 53. став 1. ЗРСЗ када је садржај којим се реализује повреда права личности на интернету доступан у Србији и када лице које је претрпело повреду има у Србији уобичајено боравиште, односно главно место пословања, ако је у питању правно лице.

Сматрамо да је поменуто тумачење не само у највећој мери у складу са решењима из упоредног права и судске праксе, већ и да омогућава остваривање циљева који су претходно поменути. Домаћи суд би прихватио надлежност у случајевима када постоји стварна и чврста веза спора са територијом Србије, као суд државе са чијом територијом је грађанскоправни деликт најтешње повезан, што му омогућује спровођење поступка и одлучивање у меритуму на ефикасан и економичан начин. Такође, оваква веза домаће територије са односом који је предмет спора оправдава и прихватање пуне јурисдикције – одлучивање о накнади целокупне штете која је оштећеном проузрокована, чиме се пружа делотворна судска заштита његових субјективних права, посебно имајући у виду чињеницу да за оштећене који не располажу средствима потребним да покрену поступак у иностраној јурисдикцији, ускраћивање права да се обрате сопственом суду често може да буде једнако ускраћивању правде.⁸³ Коначно, овакво тумачење штити и интересе туженог који, у време постављања садржаја на интернет, јесте у позицији да разумно претпостави да ће објављивање информације која се тиче оштећеног изазвати наступање штете и изложити га потенцијалној тужби у средини у којој оштећени живи.

5. ЗАКЉУЧАК

Поведа права личности на интернету рађа обавезу за судове да уподобе примену класичних правила међународног приватног права ситуацијама које су у време формулисања ових правила биле незамисливе. Када је у питању међународна надлежност за ову врсту деликата, операција се своди на ограничавање дејства критеријума за успостављање надлежности који се традиционално користе у националним законодавствима и наднационалним изворима. Примена критеријума као што су место наступања штетног догађаја, место деликта или место наступања штете заиста, у специфичном контексту о којем је реч, може да води успостављању надлежности у случајевима када је то очигледно неоправдано, не води заштити интереса ниједне од парничних странака и не обезбеђује ефикасно решавање спора. Приликом

⁸³ Вид. S. C. Symeonides, *op. cit.*, 154. Аутор се позива на издвојено мишљење тројице судија Врховног суда Канаде у којем се наводи овај аргумент, у предмету *Haaretz.com v. Goldhar*, 2018 SCC 28, *paras.* 214–215.

тумачења појма „место *цифрених података*“ из члана 7. став 2. Прве бриселске уредбе (2012), Суд ЕУ је био ограничено успешан у прилагођавању тумачења овог критеријума надлежности специфичностима спорова поводом повреде права личности на интернету. Он је креирао посебан основ надлежности – средиште интереса оштећеног – који тужилац може да користи како би захтевао накнаду целокупне штете која му је проузрокована повредом његовог права али је, барем за сада, задржао схватање да надлежност суда државе чланице може да буде успостављена у односу на штету која је настала на њеној територији, само на основу чињенице да је спорном садржају на интернету било могуће приступити са њене територије.

Закон о решавању сукоба закона предвиђа посебну надлежност у споровима о вануговорној одговорности за штету у случајевима када је штета настала у Србији. Разумно и целисходно тумачење овог критеријума надлежности захтева да домаћи судови не прихватају надлежност када се веза спора са Србијом своди на то да је онлајн садржај доступан у Србији. Уместо тога, надлежност домаћег суда би требало везати и за услов да оштећени има уобичајено боравиште или главно место пословања у Србији. У том случају је штета највећег интензитета по права личности оштећеног настала на територији наше земље и оправдано је да домаћи суд решава о накнади целокупне штете и свим осталим тужбеним захтевима који су предвиђени меродавним правом. Тиме се обезбеђује да српски судови прихвате надлежност за одлучивање о повреди права личности на интернету само онда када постоји стварна и чврста веза спора са Србијом, када су у стању да заиста обезбеде заштиту субјективних права оштећеног и када успостављање надлежности не би представљало непоштено изненађење за потенцијално одговорно лице.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- BGH*, 2. 3. 2010 – VI ZR 23/09, *GRUR* 2010, 461.
1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 299, 31.12.1972, p. 32–42.
Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012.
Jane C. Ginsburg, *The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change*, *Recueil des cours*, vol. 273/1998.
Mihajlo Dika, Gašo Knežević, Srđan Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu (Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima)*, Beograd, 1991.
Andrew Dickinson, Eva Lein, Andrew James, *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015.

- Lilian Edwards, The Scotsman, the Greek, and the Mauritian Company and the Internet: Where on Earth do Things Happen in Cyberspace, *Edinburgh Law Review*, vol. 8, 1/2004, 99-111.
- Institut de droit international, *Injuries to Rights of Personality Through the Use of the Internet: Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Foreign Judgments*, 79th session, 8 RES EN, 31 August 2019.
- T. Lutz, Internet Cases in EU Private International Law – Developing a Coherent Approach, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 66, 3/2017, 687-722.
- Tobias Lutz, *Private International Law Online: Internet Regulation and Civil Liability in the EU*, Oxford, 2020.
- Pedro de Miguel Asensio, *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham, Northampton, 2020.
- Alex Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose Law Governs Free Speech in Facebookistan, *Journal of Media Law*, vol. 7, 1/2015, 1-35.
- Opinion of Advocate General Bobek delivered on 13 July 2017, Case C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v. Svensk Handel AB.*
- Dušan V. Popović, Marko Jovanović, *Pravo interneta (odabrane teme)*, Beograd, 2017.
- Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)*, OJ L 351, 20.12.2012, p. 1–32.
- Marta Requejo Isidro, *Brussels I bis : a commentary on Regulation (EU) no 1215/2012*, Cheltenham, Northampton, 2022.
- Dan Jerker B. Svantesson, *Private International Law and the Internet*, 3rd edition, Alphen aan den Rijn, 2016.
- Мaja Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право, ојшћии geo*, седмо издање, Београд, 2021.
- Symeon C. Symeonides, *Cross-Border Infringement of Personality Rights via the Internet (A Resolution of the Institute of International Law)*, Leiden, Boston, 2021.
- Peter D. Trooboff, Globalization, Personal Jurisdiction and the Internet Responding to the Challenge of Adapting Settled Principles and Precedents, *Recueil des cours*, vol. 415/2021.
- Julia Hörnle, *Internet Jurisdiction: Law and Practice*, Oxford, 2021.
- Javier Carrascosa González, The Internet: Privacy and Rights Relating to Personality, *Recueil des cours*, vol. 378/2016.
- Joined Cases C-509/09 and C-161/10, eDate Advertising GmbH v. X and Olivier Martinez, Robert Martinez v. MGN Limited*, 25. октобар 2011. године.
- Case 21/76 G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace SA*, 30. новембар 1976. године.
- Case C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan v. Svensk Handel AB*, 17. октобар 2017. године.
- Case C- 68/ 93 Fiona Shevill v Presse Alliance SA*, 7. март 1995. године.
- Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJ L 12, 16.1.2001, p. 1–23.
- Закон о парничном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011.
- Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, Службени лист СФРЈ, бр. 43/82.

Petar M. Đundić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Djundic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-9223-6373

International Jurisdiction in Disputes over Infringement of Personality Rights on the Internet – Serbian and EU Law

Abstract: *Invention and wide-spread use of the internet pose particular challenges for Private International Law. Ubiquitous nature of content placed online, the fact that internet-users are able to create the content themselves and the absence of any meaningful geographic connection between transactions conducted online and a territory of any given country are factors which are, on the one hand, increasing the number of cases with cross-border implications while, as the same time, rendering the use of traditional rules of jurisdiction and choice of law increasingly difficult. This is particularly the case with cross-border infringements of personality rights via the internet. The paper discusses the issue of jurisdiction for this particular category of internet-torts. Based on the analysis of the case law created by the Court of Justice of the European Union and the practice of courts in certain national jurisdictions, the author concludes that a reasonable and purposeful interpretation of the notion “place of damage” as a criterion of special jurisdiction for torts used in Article 53(1) of the Serbian Private International Law Code, entails that for the acceptance of jurisdiction by Serbian courts it is not enough that the relevant content is accessible from the territory of Serbia. It is also necessary that a victim’s habitual residence or main place of business is in Serbia. Such interpretation allows Serbian courts to accept jurisdiction in circumstances in which there is a real and meaningful connection of a dispute with Serbia, provides the plaintiff with efficient legal protection of his rights and guarantees the defendant a reasonable opportunity to foresee a competent forum.*

Keywords: *internet-torts, infringement of personality rights, international jurisdiction of courts, the place of harmful event, the place of damage.*

Датум пријема рада: 30.11.2022.

Датум прихватања рада: 25.01.2023.

Лука О. Баџуран
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
L.Baturan@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0315-2486

Горан Б. Милошевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1936-0802

Цвјетана М. Цвјетковић Иветић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.CvjetkovicIvetic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-0000-8099

ПОРЕСКЕ ОЛАКШИЦЕ ЗА ЗАПОШЉАВАЊЕ НОВОНАСТАЊЕНИХ ЛИЦА*

Сажетак: У раду се анализира пореска олакшица за запошљавање новонастањених лица. Први и други део представљају позитивистичку правну анализу из чл. 15в Закона о порезу на доходак грађана и чл. 15а Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање. Та ће пореска олакшица зајим били сављена у контексти начела пореског права и јавних финансија, и то начела праведности пореза, начела ефикасности пореза и начела стабилности пореског система. Закључак је да се проблем одлива висококвалификоване радне снаге на пољу пореског права неће решити парцијалним реформама пореских закона, већ је потребно прикључити системском решењу, односно радикалној реформи пореза на доходак грађана који би био чврсто заснован на принципима пореског права и науке о порезима.

Кључне речи: новонастањена лица; порез на доходак грађана; пореска олакшица, одлив мозгова.

* Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови”, који се финансира средствима Правног факултета у Новом Саду.

УВОД

Један од основних друштвених изазова са којима се суочава Србија и српско друштво последњих деценија јесте све израженија депопулација. Поред негативног природног прираштаја, важан узрок проблема депопулације је емиграција становништва, која се све више убрзава са интензивирањем глобализације. Када је у питању емиграција, посебан проблем је одлазак у иностранство високообразованог становништва. Одласком најпродуктивнијег људског капитала, успорава се економски раст и развој Србије, због чега је решавање овог проблема од суштинске важности. Са друге стране, државе радо прихватају обучену радну снагу у чије школовање нису ништа уложиле, а чијим укључењем на тржиште рада убрзавају сопствени економски раст.

Проблем емиграције високообразованих радника могуће је решити само довршетком процеса транзиције, који између осталог подразумева изградњу модерног привредног система и система јавних финансија. Када је у питању област пореског права, конкретније пореза на доходак грађана, онда то подразумева замену постојећег, застарелог модела неким од савремених решења примењених у развијеним државама. Уместо да приступи системском решењу, односно радикалној реформи пореза на доходак грађана који би био чврсто заснован на принципима пореског права и науке о порезима, у Србији се последњих година спроводе парцијалне реформе постојећег закона, како би се појединачним, *ad hoc* мерама ублажиле размере проблема депопулације и одлива мозгова.

Једна од тих мера је пореска олакшица из чл. 15в Закона о порезу на доходак грађана¹, и компатибилна олакшица из чл. 15а Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање,² које ће бити предмет истраживања овог рада.³ Мотиви за увођење пореске олакшице наведени су у образложењу законског предлога. „Мера представља подстицај за запошљавање лица која су новонастањени обвезници на територији Републике Србије и за којима, као лица са посебним стручним знањима, постоји потреба на домаћем тржишту рада. (...) Такође, предложена решења у овом закону имају за циљ и да мотивишу физичка лица која бораве у иностранству, а која имају посебно стручно образовање и за чијим радом и искуством постоји потреба код домаћих послодаваца, која се не може лако задовољити на домаћем тржишту рада, да се

¹ Закон о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана. *Сл. гласник РС*, бр. 86/2019 од 6. децембра 2019. године.

² Закон о изменама и допунама Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање. *Сл. гласник РС*, бр. 86/2019 од 6. децембра 2019. године.

³ У даљем тексту, под појмом „пореска олакшица“ подразумеваће се управо наведене олакшице, с обзиром на то да су потпуно компатибилне и у функционалном смислу чине јединствену целину.

настане на територији Републике Србије и да заснују радни однос са домаћим послодавцима.“⁴

Циљ рада је да се анализира начин на који је законодавац креирао пореску олакшицу. Та ће пореска олакшица затим бити стављена у контекст начела пореског права и јавних финансија, и то начела праведности пореза, начела ефикасности пореза и начела стабилности пореског система.

1. „ДЕМОГРАФСКА КАТАСТРОФА“ И „ОДЛИВ МОЗГОВА“

Већ дуги низ година, демографи у Србији бележе забрињавајуће трендове депопулације. Од пописа 2002. године, становништво Републике Србије се константно смањује. Два су доминантна фактора који утичу на депопулацију Србије. Поред смањеног природног прираштаја, основни разлог је велики одлив у иностранство доминантно млађег, радно способног становништва.⁵

Негативан миграцијски салдо Србија је забележила још током 1980-их година. У следећој деценији, обележеној ратом, санкцијама и економском кризом, број становника у Србији тек је благо порастао захваљујући приливу избеглица. У XXI веку, наставља се тренд исељавања који је лако уочљив уколико се упореде резултати пописа из 2002. и 2011. године.⁶ Стручна јавност је сагласна да је стварни број грађана са боравиштем у иностранству у 2011. години сигурно већи од оног званичног (313 хиљада).⁷ Према неким проценама, годишњи миграциони салдо креће се од око 20.000⁸ до чак 37.680 лица.⁹ Дугорочне последице ће се тек осетити, због чега и те како има основа прихватити оцену да овај проблем, посебно у неким деловима земље, има размере „демографске катастрофе“.¹⁰ Прихватљива је и процена да ће у условима убрзане глобализације тренд исељавања бити још више изражен.¹¹

⁴ Предлог Закона о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана. http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2716-19.pdf.

⁵ Милорад Стаменовић & Сретен Ћузовић: Депопулација Србије – борба за опстанак једног народа. *Ревизор*, бр. 22, 2019, 83-84; Иван Ж. Маринковић: „Демографска слика Србије“. *Найпрегак*, год. 1, бр. 1, 2020, 101-103.

⁶ Резултати актуелног пописа из 2022. године у тренутку писања овог рада нису још саопштени, али према незваничним саопштењима, тренд исељавања је још више изражен.

⁷ М. Стаменовић & С. Ћузовић, 83-84; И. Ж. Маринковић, 101-103.

⁸ Ibid; Владимир Никитовић: *У сусрет регионалној депопулацији у Србији*. Београд, Институт друштвених наука, 2019.

⁹ Стратегија о економским миграцијама Републике Србије за период 2021-2027. године. *Сл. гласник РС*, бр. 21/2020.

¹⁰ Ivana Božić Miljković: Development and Security – Geopolitical Aspects of Demographic Changes in Southern-Eastern Serbia. *Megatrend revija*, vol. 15 No.3, 2018, 74.

¹¹ „Уколико Републику Србију дочека напредак у контексту радне визне либерализације и даље отварање граница за радну снагу (као што је случај са Републиком Хрватском), миграције (а посебно економске) се могу само повећати.“ М. Стаменовић & С. Ћузовић, 88.

Посебан аспект емиграција јесте одлив висококвалификоване радне снаге, тзв. **brain drain**, односно „одлив мозга“. Највише високообразованих српских исељеника из Србије у САД било је из области природних наука: физике, хемије, математике, информатике, инжењеринга, а тек око 600 из друштвених наука. На попису из 2011. године, у Канади и САД било је 41.185 високообразованих српских емиграната.¹²

Образовна структура емиграната не разликује се битније од образовне структуре становништва Србије, чак и када су у питању лица са вишом или високом стручном спремом. Међутим, то не важи за (под)групу најобразованијих међу њима, а то су магистри и доктори наука. „Највише стручне квалификације у оквиру укупног броја високо образованих имало је тек нешто мање од петине лица у иностранству (18%), што је два ипо пута више него што је пописом (2011. год.) регистровано у земљи.“ Из тог разлога, има основа прихватити Аврамовићеву оцену да је у питању „интелектуални егзодус“.¹³

Везано за миграције становништва, потребно је сагледати и један други аспект, а то је **имиграција**. Простор данашње Србије је кроз историју насељаван од стране (махом српског) становништва које је живело у околним земљама. Последњи масовни прилив становника у Србију био је 90-их година, када се из ратом захваћених крајева бивше Југославије привремено или трајно настанило око милион лица, доминантно српске националности.¹⁴ Након што су ратови завршени, прилив „странаца“ је драстично смањен, док се емигрантски талас у условима глобализације повећава.

Од почетка руско-украјинског оружаног сукоба, у Србији је приметан долазак већег броја имиграната из ових земаља. У структури тих имиграната доминирају стручњаци запослени у ИТ сектору и њихове породице.¹⁵

Да би се постигло дугорочно одрживо решење било ког проблема, потребно је отклонити узроке тог проблема. Када је проблем емиграције високообразованих лица у питању, као **разлози за емиграцију** ова лица наводе неизвесност сутрашњице (66%) и лошу перспективу за будућност деце у Србији (41%), док

¹² Јелена Р. Деспић: *Миграције високообразованих лица из Србије од 1991. године у Канаду и Сједињене Америчке Државе* – докторска дисертација. Економски факултет Универзитета у Београду, 121.

¹³ Зоран Аврамовић: „Одлив мозга из Србије“ – једно лице глобализације образовања? *Социолошки преглед*, vol. XLVI, No. 2, 2012, 193.

¹⁴ Горан Д. Пенев & Јелена Р. Предојевић Деспић: Промене становништва Србије у пост-југословенском периоду (1991-2017) – важнији демографски аспекти. *Социолошки преглед*, vol. 53, No. 3, 2019, 1185.

¹⁵ Према неким проценама, у Србију се од почетка руско-украјинског сукоба па до октобра 2022. године доселило неколико десетина хиљада руских држављана. Да би избегли санкције наметнуте од Западних земаља, руске компаније оснивају своје филијале у Србији, одакле настављају несметано пословање.

је низак животни стандард тек на трећем месту (36%).¹⁶ Оправдано је претпоставити да су између осталих и ово разлози због којих мали број висококвалификованих стручњака долази у Србију.

2. ПОРЕСКА ОЛАКШИЦА ИЗ ЧЛ. 15В ЗПДГ

Пореска олакшица из чл. 15в ЗПДГ¹⁷ је конципирана по узору на решења која постоје у холандском и италијанском праву.¹⁸ Она представља **одбитак од основице пореза на зараду** за „новонастањене обвезнике“ који заснују радни однос са „квалификованим послодавцем“. Одбитак представља уступак који држава чини у погледу пореске основице, у поређењу са општим режимом. Основицу пореза на зараде у општем режиму чини бруто зарада,¹⁹ умањена за износ од 19.300 динара (стандардни одбитак за све запослене) месечно за лице које ради са пуним радним временом.²⁰ Лицима која остваре право на пореску олакшицу из чл. 15в ЗПДГ, одобрава се и додатни одбитак

¹⁶ Од осталих разлога, испитаници су у већем проценту навели рат (32%) и стамбене проблеме (20%). Тек иза тога долазе разлози који се односе на професионални развој и стручну афирмацију. „Међутим, највећи број испитаника, на питање који су разлози по њиховом мишљењу били пресудни за одлазак из Србије људи из њиховог окружења, колега и пријатеља, истицано је неслагање са тадашњом државном политиком и политичким странкама на власти, незадовољство створеном, како наводе, „лошом атмосфером у друштву“, недостатком примене права, нарастајућом „корупцијом, када не може ништа да се постигне поштеним радом“ што је према речима испитаника, довело до „моралног срзавања друштва и неприхватљивог новоуспостављеног система вредности“, „окружености депресијом, агресијом, некултуром и хроничним незадовољством“, и ситуације, како наводе, „... да у Србији од тада паметни заћутали, а полусвет проговори – и то врло гласно!!!“ То је, по мишљењу неких испитаника проузроковало да „поглед у будућност није био ни мало обећавајући“, а и стварало последице које су довеле до „трајно поремећеног функционисања друштва и изолованости од остатка света“.“ Ј. Деспић, 186.

¹⁷ Закон о порезу на доходак грађана (у даљем тексту: ЗПДГ). *Сл. гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – одлука УС, 7/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 – одлука УС, 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 – испр., 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 156/2020 – усклађени дин. изн., 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 132/2021 – усклађени дин. изн., 10/2022 – усклађени дин. изн. и 138/2022.

¹⁸ Iva Ivanov, Tax Incentives for Keeping and Attracting Highly Skilled Workers: The Case of Serbia. *Analii, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu*, Vol. LXVII, No. 4, Belgrade, 2019, 183.

¹⁹ Зарада као предмет опорезивања порезом на зараде утврђена је у ЗПДГ, чл. 13. ст. 1. и 3, чл. 14-14б и чл. 15б.

²⁰ ЗПДГ, чл. 15а ст. 2 и чл. 15в ст. 1.

од 70% од основице пореза на зараду („специјални режим утврђивања основице пореза на зараде“²¹).²²

Да би остварили право на олакшицу, прописане су три групе услова. Прва група се односи на пореског обвезника (запосленог), друга на карактеристике радног односа, и трећа на послодавца са којим се закључује радни однос.

Услови који се односе на запосленог (пореског обвезника)

Начелно, **новонастањени обвезници** су лица која се досељавају у Србију и заснивају радни однос као запослена лица. Право на пореску олакшицу није ограничено на домаће држављане – повратнике и њихове потомке, већ ово право могу да остваре и страни држављани. Ово решење одговара захтевима из стратешких докумената, пре свега из Стратегије о економским миграцијама, у којима је препозната потреба за привлачењем и српских и страних држављана.

Први услов односи се на **дужину боравка ван Србије** пре настањивања и заснивања радног односа. Када је овај услов у питању, правило је да обвезник, у периоду од 24 месеца који претходе дану закључења уговора, није претежно боравио на територији Републике.²³ Изузетак од овог правила су лица млађа од 40 година живота, која су боравила у иностранству ради школовања или стручног усавршавања.²⁴ Услов који за њих важи је да су бар 12 месеци претежно боравила ван територије Србије.²⁵

Определељујући се за дужину одсуства из Србије пре досељења, законодавац је морао да има у виду две тенденције. Са једне стране, давање посебних погодности појединим категоријама пореских обвезника представља подстицај и осталим обвезницима да покушају (не)законито да искористе дату погодност. Један од начина је да се лице привремено исели из земље, како би након повратка стекао право на пореску олакшицу. Овакво понашање радника не би било незаконито, јер се лице само прилагођава законском оквиру. Да би дестимулисао овакво понашање, законодавац мора да услови право на олакшицу што дужим периодом борава у иностранству. Са друге стране, што лице дуже времена борави ван земље, очекивано је да ће се теже одлучити за повратак.

²¹ Дејан Поповић: *Пореско право*. Правни факултет Универзитета у Београду, 2021, 355.

²² ЗПДГ, чл. 15в, ст. 1. Износ умањења у висини од 70% за потребе утврђивања основице на коју се плаћа порез на зараду из става 1. овог члана, представља део зараде коју новонастањени обвезник оствари од квалификованог послодавца а на који се не плаћа порез на зараде на начин утврђен овим чланом. ЗПДГ, чл. 15в, ст. 10.

²³ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 4, тч. 1.

²⁴ У даљем тексту: ђаци и студенти.

²⁵ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 4, тч. 2.

Такође, законодавац је уважио и чињеницу да лица која су се одселила у иностранство, посебно у првим годинама након иселјења, по правилу повремено долазе у Србију где проводе годишњи одмор и празнике. Ово се посебно односи на лица која су се одселила у географски блиске земље, са којима је саобраћајна повезаност добра. Зато је као услов предвиђено да та лица не морају да бораве ван Србије непрекидно 12/24 месеца пре поновног настањивања, већ само претежно. Поставља се питање како тумачити одредницу „претежно“: колико једно лице може најдуже да борави у Србији у 12/24 месеца пре доселења, а да могу да остваре право на пореску олакшицу. Према Правилнику о начину остваривања права на умањење основице пореза на зараде за новонастањеног обвезника,²⁶ за лица из чл. 15в ст. 4 тч. 1 тражи се да нису боравила на територији Републике (непрекидно или са прекидима) више од 366 дана у периоду од 24 месеца који претходе дану закључења уговора о раду са квалификованим послодавцем.²⁷ Када су у питању ђаци и студенти, услов је да нису боравили на територији Републике (непрекидно или са прекидима) више од 183 дана у периоду од 12 месеци који претходе дану закључења уговора о раду са квалификованим послодавцем.²⁸

Да би остварио право на олакшицу, потребно је да се обвезник **настани на територији Републике** истовремено са заснивањем радног односа или у разумном року по заснивању радног односа. Да би се што више учврстила веза новонастањеног обвезника са Србијом и у што већој мери избегле злоупотребе овог права, услов је и да новонастањени обвезник испуњава услов да се сматра њеним пореским резидентом по основу центра пословних и животних интереса, као и њеним пореским резидентом за потребе примене уговора о избегавању двоструког опорезивања које Република примењује са другим државама.²⁹

Да би остварио право на пореску олакшицу, Правилник МФ тражи од новонастањеног пореског обвезника и да се настанио на територији Републике **заједно са супружником и заједничком малолетном децом**.³⁰ Овај услов није прописан у ЗПДГ. Закон говори о центру животних интереса обвезника, али не и чланова његове породице. На овај начин, подзаконским актом министарства финансија поштравају се законски услови за остваривање права на пореску олакшицу. Како се пореске олакшице и ослобођења од

²⁶ Министарство финансија: Правилник о начину остваривања права на умањење основице пореза на зараде за новонастањеног обвезника (у даљем тексту: Правилник МФ). *Сл. Гласник РС*, бр. 137/20. Правилником МФ се уређује начин остваривања права на пореску олакшицу (чл. 1), у складу са ЗПДГ, чл. 15в ст. 11.

²⁷ Правилник МФ, чл. 4, ст. 2.

²⁸ Правилник МФ, чл. 5, ст. 2.

²⁹ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 7.

³⁰ Правилник МФ, чл. 6, ст. 1, тч. 2 и 4.

стандардне пореске структуре који умањују износ наплаћених прихода могу уводити само законима којима се уводи одговарајући порез,³¹ тиме је овај део Правилника МФ незаконит. Он је такође и неуставан, с обзиром на то да је законитост пореза као правно-административно пореско начело уздигнуто у ранг уставног начела.³²

Услови који се односе на радни однос

Да би новонастањени обвезник остварио право на пореску олакшицу, **радни однос мора бити закључен на неодређено време**.³³ Радни однос на неодређено време са пуним радним временом представља стандардни радни однос, који је у највећој мери заштићен радним законодавством. Радни однос на одређено време представља нестандардан облик радног ангажовања, и заснива се само у случајевима када за то постоје објективни, законом предвиђени разлози.³⁴ Оправдано је условити право на пореску олакшицу закључењем уговора на неодређено време, с обзиром на мотив законодавца да ова лица трајно веже за Србију. Уговор о раду на неодређено време гарантује сигурност положаја запосленог радника, на основу чега он може да прави дугорочне животне пројекције које су везане за Србију.

Према слову закона, новонастањени обвезник заснива радни однос **на радном месту за које постоји потреба да лице има посебно стручно образовање** и за којим постоји **потреба која се не може лако задовољити на домаћем тржишту рада**.³⁵ Овакав захтев производи правну несигурност, јер отвара велики број питања на која је тешко дати јединствен одговор. Пре свега,

³¹ Закон о буџетском систему, чл. 2 ст. 1 тч. 22. *Сл. гласник РС*, бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – испр., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – др. закон, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020, 118/2021, 138/2022 и 118/2021 – др. закон.

³² Д. Поповић (2021), 51-78; Горан Б. Милошевић, Мирко В. Кулић, Цвјетана Цвјетковић Иветић: *Пореско право*. Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2021, 78-81.

³³ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 1. Уговор о раду на неодређено време је уговор чије трајање није унапред предвиђено.

³⁴ Бранко Лубарда: *Радно право*. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020; Слободанка Ковачевић Перић: *Индивидуални радни однос*. Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, К. Митровица, 2020; Боривоје Шундерић, Љубинка Ковачевић: *Радно право: приручник за полагање правосудног испита*. Сл. Гласник, Београд; Милица Мицковић: *Радно право и флексибилни облици рада*. *Зборник радова: Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, К. Митровица, 2020, 349-364; Милица Мицковић: *Промена законодавних оквира радноправних института*. *Зборник радова: Правна традиција и институционални процеси*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, К. Митровица, 2020, 177-192.

³⁵ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 1.

није одређено шта се сматра „посебним“, односно „стручним“ образовањем? По чему би то образовање требало да буде посебно? Да ли би лица са завршеном гимназијом³⁶ испуњавала овај услов? Штавише, да ли тражено образовање уопште мора да буде формално? Још су веће дилеме које се односе на услов да за лицем треба да постоји потреба која се не може *лако* задовољити на домаћем тржишту рада.

Законодавац је избегао да прецизира значење појмова које је користио у чл. 15в ст. 1, већ је накнадно прописао да се сматра да су услови у погледу радног места и посебног стручног образовања испуњени уколико је месечна зарада коју новонастањени обвезник из чл. 15в ст. 4 тч. 1 остварује већа од 264.684 динара,³⁷ односно већа од 176.456 динара³⁸ за обвезника из чл. 15в ст. 4 тч. 2.³⁹ Овакво нормирање, преузето од холандског узора,⁴⁰ могло би имати економског смисла. Тржиште рада представља механизам за алокацију рада, кроз интеракцију радника који чине понуду, и послодаваца који чине тражњу. Понуда и тражња међусобно се усклађују кроз ценовни механизам, при чему цена рада представља показатељ његове корисности (у смислу продуктивности⁴¹) и оскудности, односно меру његове вредности. Тако би се под „посебним стручним образовањем“ могао подразумевати скуп на тржишту веома тражених знања и вештина које поседује релативно ограничен број лица, због чега је продуктивност њиховог рада велика. Уколико је број тих лица на тржишту мали, и/или им је продуктивност висока, онда је и цена њиховог рада по правилу висока. Висока цена рада значи да се потребе за њима не би могле *лако* (у смислу јефтино, са мало новца) подмирити.

Ако би се применом догматског правног метода тумачења права, комбинацијом ст. 1, 5 и 6 могло доћи до жељеног значења правне норме, остаје питање коришћења овакве правне технике приликом самог формулисања чл. 15в ст. 1. Наиме, поставља се питање да ли је било неопходно оптерећивати тај став непотребним условљавањем лица да морају имати „посебно стручно образовање за којим постоји потреба која се не може лако задовољити на

³⁶ У гимназији се стиче *описито* образовање и васпитање у четворогодишњем трајању којим се обезбеђује припрема за наставак образовања у високошколским установама. Закон о средњем образовању и васпитању, чл. 4, ст. 2. *Сл. гласник РС*, бр. 55/2013, 101/2017, 27/2018 – др. закон, 6/2020, 52/2021, 129/2021 и 129/2021 – др. закон.

³⁷ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 5. У питању је троструки износ просечне месечне зараде остварене у Републици у претходних годину дана.

³⁸ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 6. У питању је двоструки износ просечне месечне зараде остварене у Републици у претходних годину дана.

³⁹ У питању је тзв. бруто зарада, односно зарада у којој су обухваћени порез и доприноси који се плаћају на терет запосленог.

⁴⁰ I. Ivanov, 184.

⁴¹ Вредност производа по јединици уложеног рада.

домаћем тржишту рада“, или је било довољно постојање услова из ст. 5 и 6 о висини њихове зараде.

Ипак, Правилником МФ тражи се од новонастањеног пореског обвезника да унапред достави уверење, диплому или потврду о завршеном средњем или високом образовању или завршеним постдипломским студијама или студијама првог, другог или трећег степена у другој држави или потврде о другом виду стручног усавршавања у другој држави, да би остварио право на пореску олакшицу.⁴² Поставља се питање каква је сврха оваквог захтева, односно да ли би порески обвезник могао да оствари право на пореску олакшицу уколико уопште не достави доказе о завршеном школовању, или достави само диплому о завршеној средњој стручној школи или гимназији. Сматрамо да је ово условљавање незаконито. У чл. 15в ст. 5 и 6 се експлицитно наводи да се сматра да су услови у погледу радног места и посебног стручног образовања *испуњени* уколико је месечна зарада коју остварује новонастањени обвезник изнад одређеног нивоа. Ово се односи чак и на ђаке и студенте, за које је законски услов само да су они боравили у иностранству ради даљег школовања односно стручног усавршавања,⁴³ али није одређено да су они своје школовање или усавршавање успешно и окончали.

Услови који се односе на послодавца („квалификовани послодавац“)

Посебна група услова за коришћење пореске олакшице односи се на послодавца са којим запослени порески обвезник закључује уговор о раду. У питању је „квалификовани послодавац“, односно послодавац који је *резидент* Србије.⁴⁴ Према ЗПДПЈ, у питању је правно лице које је основано или има место стварне управе и контроле на територији Републике.⁴⁵

⁴² Правилник МФ, чл. 5 ст. 3.

⁴³ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 4 тч. 2.

⁴⁴ ЗПДГ, чл. 15в ст. 2. Појам резидент се вероватно односи на пореског резидента, односно резидента у смислу пореских прописа.

⁴⁵ Закон о порезу на добит правних лица (у даљем тексту: ЗПДПЈ), чл. 2 ст. 2. *Сл. 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, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 и 118/2021. „Местом оснивања сматра се место у којем је правно лице уписано у регистар. С друге стране, уколико правно лице није основано на националној територији, надлежни порески орган ће применити тест „стварног управљања и контроле да би утврдио да ли је, ипак, у питању резидентство. Под стварним управљањем и контролом треба сматрати остваривање ефективног утицаја на пословне одлуке. Отуда ће порески орган оцењивати да ли се место стварне управе и контроле налази на територији Србије, испитујући, на пример, где се одржавају седнице управног одбора, где борави директор или друго лице које управља правним лицем и сл.“ Д. Поповић (2021), 275.

Такође, неопходно је и да се квалификовани послодавац, у смислу ЗДПЛ, не може сматрати *повезаним лицем*⁴⁶ са послодавцем код кога је новонастањени обвезник претходно био запослен.⁴⁷ Намера законодавца је, према Иванов, да се спречи да нерезидентни послодавци премештају запослене у своја повезана лица у Србији, јер се претпоставља да би то учинили и без подстицаја да постоји разлог за њихово пресељење.⁴⁸ Питање је до које је мере ова претпоставка основана. Економски субјекти доносе одлуке сагледавајући користи и трошкове које из ње произлазе, а све у оквиру институционалног амбијента који сам по себи генерише подстицаје.⁴⁹ Сигурно је да би неки нерезидентни послодавац послао иностраног стручњака у своју филијалу у Србији и када не би било пореских олакшица, како претпоставља Иванов. Међутим, када би се тим стручњацима одобрила могућност коришћења ове пореске олакшице, то би могла бити додатна марги-

⁴⁶ ЗДПЛ прописује критеријуме за повезаност лица у чл. 59, ст. 2-6: (2) Лицем повезаним са обвезником сматра се оно физичко или правно лице у чијим се односима са обвезником јавља могућност контроле или значајнијег утицаја на пословне одлуке. (3) У случају посредног или непосредног поседовања најмање 25% акција или удела сматра се да постоји могућност контроле над обвезником. (4) Могућност значајнијег утицаја на пословне одлуке постоји, поред случаја предвиђеног у ставу 3. овог члана и када лице посредно или непосредно поседује најмање 25% гласова у обвезниковим органима управљања. (5) Лицем повезаним са обвезником сматра се и оно правно лице у коме, као и код обвезника, иста физичка или правна лица непосредно или посредно учествују у управљању, контроли или капиталу, на начин предвиђен у ст. 3. и 4. овог члана. (6) Лицима повезаним са обвезником сматрају се брачни или ванбрачни друг, потомци, усвојеници и потомци усвојеника, родитељи, усвојоци, браћа и сестре и њихови потомци, дедови и бабе и њихови потомци, као и браћа и сестре и родитељи брачног или ванбрачног друга, лица које је са обвезником повезано на начин предвиђен у ст. 3. и 4. овог члана. (7) Изузетно од ст. 2. до 6. овог члана, лицем повезаним са обвезником сматра се и свако нерезидентно правно лице из јурисдикције са преференцијалним пореским системом.

⁴⁷ Када се посматрају у контексту чл. 15в ст. 2, може се закључити да се овај услов начелно не односи на српске емигранте, већ само на стране раднике. ЗПДГ, чл. 15в ст. 2.

⁴⁸ I. Ivanov, 185. Управо је ова норма препрека да руски стручњаци, који се последњих месеци масовно досељавају у Србију, остваре право на пореску олакшицу. Из тог разлога, Влада Републике Србије доноси Уредбу о критеријумима за доделу подстицаја послодавцима који запошљавају новонастањена лица на територији Републике Србије. Подстицаји су одређени у висини 70% обрачунатог и уплаћеног пореза на зараде за једно или више запослених новонастањених лица, у смислу прописа којима се уређује порез на доходак грађана и 100% обрачунатих и уплаћених доприноса за обавезно пензијско и инвалидско осигурање, у смислу прописа којима се уређују доприноси за обавезно социјално осигурање, за исплате извршене за запослено новонастањено лице у периоду од највише 60 месеци, почев од 1. јула 2022. године и закључно са 31. децембром 2028. године. Уредба о критеријумима за доделу подстицаја послодавцима који запошљавају новонастањена лица на територији Републике Србије, чл. 3 ст. 7. *Сл. гласник РС*, бр. 67/2022.

⁴⁹ Александар Мојашевић, *Примена бихејвиористичких налаза у јавним политикама*. Универзитет у Нишу, 2021, 27-28.

нална корисност због које би се још неки од њих определили за преселење у Србију.

Као што је напоменуто, услов да нови резидентни послодавац није повезан са претходним нерезидентним послодавцем не односи се на српске емигранте. Изузетно од чл. 15в ст. 2 ЗПДГ, квалификованим послодавцем сматра се *било који послодавац резиденци* Републике, који заснује радни однос са новонастањеним обвезником који је од 1990. године⁵⁰ барем три године⁵¹ испуњавало услов за домаћег резидента на основу пребивалишта или центра пословних и животних интереса на територији Србије.⁵² Према Иванов, овим изузетком је створен додатни подстицај за привлачење српских исељеника да се врате у Србију, јер је омогућено да се преместе код домаћег послодавца који је повезан са нерезидентним послодавцем код кога су претходно били у радном односу. Тиме се у већој мери подстиче повратак српских исељеника,⁵³ али не и њихових потомака рођених у иностранству.

Трајање пореске олакшице

Право на пореску олакшицу новонастањени обвезник остварује почевши од прве зараде исплаћене за месец у коме су од надлежног органа прибављени докази о испуњености услова. Право се остварује за период од пет година, рачунајући од дана закључења уговора о раду. Почетак рачунања рока везан је дакле за датум закључења уговора о раду, а не за моменат у ком су испуњени сви услови за остваривање права на пореску олакшицу. Последица може бити да порески обвезник, који не испуни све законске услове у моменту закључења уговора о раду већ у *разумном року* *по заснивању радног односа*,⁵⁴ неће имати право на умањење пореске обавезе свих пет година.

Промена послодавца до ког долази у току трајања радног односа, не значи губитак права на пореску олакшицу. Наравно, потребно је да су и даље испуњени услови из чл. 15в ст. 5-7 који се односе на радно место, односно на новонастањеног обвезника током тог периода.⁵⁵

⁵⁰ Вероватно да је у првобитној, радној верзији нацрта закона овај рок био прописан „као последњих 25 година од закључења уговора са квалификованим послодавцем“. Управо оваква формулација налази се у Правилнику МФ (чл. 3), а помињу је и Иванов (I. Ivanov, 185) и Поповић (Д. Поповић (2021), 355.

⁵¹ Није неопходно да су у питању три узастопне године.

⁵² ЗПДГ, чл. 7 ст. 2 тч 1. Интересантно је да је искључена могућност за стицање домаћег резидентства по основу боравишта на територији Србије 183 или више дана у периоду од 12 месеци који почиње или се завршава у односној пореској години (ЗПДГ, чл. 7 ст. 2 тч. 2).

⁵³ I. Ivanov, 185.

⁵⁴ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 7.

⁵⁵ ЗПДГ, чл. 15в, ст. 7.

3. ОЛАКШИЦА ИЗ ЧЛ. 15А ЗДОСО

Паралелно са увођењем пореске олакшице у ЗПДГ, уведена је и комплементарна олакшица у Закону о доприносима за обавезно социјално осигурање,⁵⁶ које заједно чине јединствену целину. И ова олакшица представља одбитак од основице, и износи 70% од бруто зараде. Оно што је интересантно је да се основица не умањује само за доприносе који падају на терет запосленог, већ и за доприносе који падају на терет послодавца као обвезника доприноса.⁵⁷ Дакле, предложеним решењем ствара се подстицај и за послодавце да ангажују стране стручњаке уместо домаћих, истог квалитета.

4. ПОРЕСКА ОЛАКШИЦА ИЗ УГЛА ПРАВЕДНОСТИ ПОРЕСКОГ СИСТЕМА

Начело праведности пореза, схваћено као начело равномерности пореског оптерећења, представља материјалну претпоставку правичног опорезивања. Уставом Републике Србије ово начело уздигнуто је у ранг уставног начела, што је пракса и у неким другим државама. Уколико се као критеријум за утврђивање правичности узме способност плаћања пореза, правичан је онај порески систем који се заснива на пореској обавези која је у сразмери са економском снагом конкретног пореског обвезника. Принцип хоризонталне правичности или једнакости налаже да лица која имају исту економску снагу треба да плате исти порез, док принцип вертикалне правичности подразумева да лица са већом економском снагом треба да плате већи порез од оних са мањом економском снагом.⁵⁸

Утицај пореске олакшице на праведност пореског система видљив је поређењем зараде коју остварују новонастањени стручњаци након опорези-

⁵⁶ Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање (у даљем тексту: ЗДОСО), чл. 15а. *Сл. гласник РС*, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 – усклађени дин. изн., 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 10/2022 – усклађени дин. изн. и 138/2022).

⁵⁷ ЗДОСО, чл. 15а, ст. 1. Право на умањење основице из чл. 15а ст. 1 може да се оствари за оног новонастањеног обвезника који испуњава услов да се сматра осигураником сагласно законима којима се уређује обавезно социјално осигурање, као и за потребе примене уговора о социјалном осигурању које Република примењује са другим државама. ЗДОСО, чл. 15а, ст. 2.

⁵⁸ Дејан Поповић: *Наука о порезима и пореско право*. Савремена администрација Београд, 1997, 294; Џозеф Е. Стиглиц, *Економија јавног сектора*. Економски факултет Универзитета у Београду, 2013, 476-477.

вања, са зарадом идентичних домаћих стручњака који немају право на олакшицу (Табела). Када се упореде минималне месечне бруто зараде⁵⁹ за које је могуће остварити право на пореску олакшицу, конкретно 264.684 дин за обвезника из чл. 15в ст. 4 тч. 1 (Пример 1), односно 176.456 динара за обвезника из чл. 15в, ст. 4, тч 2 ЗПДГ (Пример 2), могло би се тврдити да се пореском олакшицом додатно нарушава праведност система опорезивања зарада у Србији.

Табела: Оптерећење зараде домаћих и новонастањених стручњака

	Пример 1		Пример 2	
	Домаћи	Новонастањени	Домаћи	Новонастањени
Бруто зарада	264.684,00	264.684,00	176.456,00	176.456,00
	Порез на зараду			
Стандардни одбитак	19.300,00	19.300,00	19.300,00	19.300,00
Олакшица (ЗПДГ, чл.15в)	–	171.768,80	–	110.009,20
Основица пореза на зараду	245.384,00	73.615,20	157.156,00	47.146,80
Порез на зараду	24.538,40	7.361,52	15.715,60	4.714,68
	Доприноси за обавезно социјално осигурање			
Олакшица (ЗДОСО, чл. 15а)	–	185.278,80	–	123.519,20
Основица доприноса	264.684,00	79.405,20	176.456,00	52.936,80
Доприноси за ПИО	66.171,00	19.851,30	44.114,00	13.234,20
• На терет запосленог	37.055,76	11.116,73	24.703,84	7.411,15
• На терет послодавца	29.115,24	8.734,57	19.410,16	5.823,05
Доприноси за ЗдрО	27.262,46	8.178,74	18.175	5.453
• На терет запосленог	13.631,23	4.089,37	9.087,48	2.726,25
• На терет послодавца	13.631,23	4.089,37	9.087,48	2.726,25
Доприноси за ОСН	1.985,13	595,54	1.323,42	397,03
	Зарада			
Нето зарада	189.458,61	241.520,85	125.625,66	161.603,92
Бруто-2 зарада	307.430,47	277.507,94	204.953,64	185.005,29
	Порески терет			
П. терет у бруто заради	77.210,52	23.163,15	50.830,34	15.249,10
П. терет у бруто заради (%)	29%	9%	29%	9%
П. терет у бруто-2 заради	119.956,98	35.987,09	79.327,99	23.798,40
П. терет у бруто-2 заради (%)	39%	13%	39%	13%

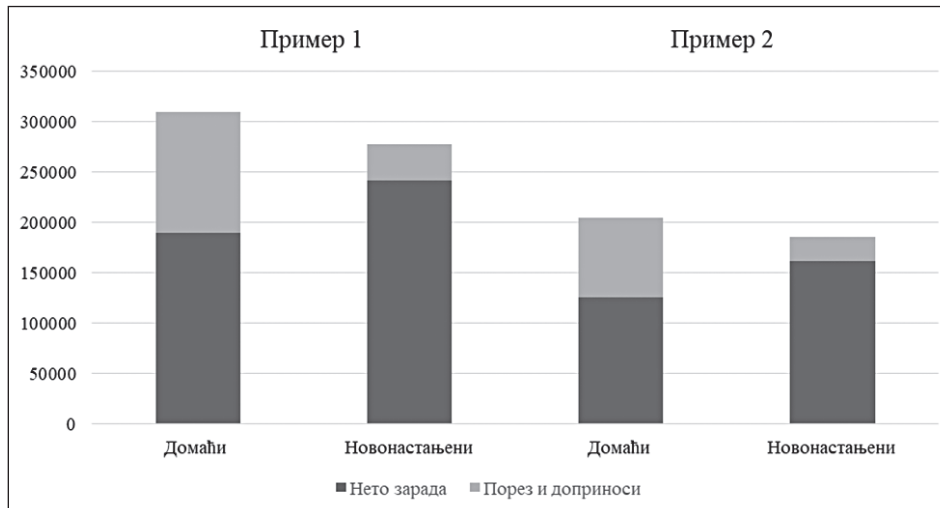
⁵⁹ Бруто зарада је износ зараде у који је укључена нето зарада, порез и доприноси који падају на терет запосленог.

Када је **хоризонтална правичност** у питању, зараде домаћих и новонастањених лица су различито оптерећене. У Примеру 1 лица са истом бруто зарадом (264.684,00 дин) плаћају различите порезе и доприносе (77.210,52 за домаће стручњаке према 23.163,15 дин за новонастањене). У Примеру 2 домаћи радници који зарађују 176.456,00 дин плаћају 50.830,34 дин за порезе и доприносе, док новонастањени стручњаци са истом зарадом уплаћују 35.581,24 дин мање, односно 15.249,10 дин. Оптерећеност бруто зараде порезима и доприносима домаћих радника је 29%, а новонастањених чак 3,2х мање, односно само 9%.

Последица различитог пореског третмана огледа се у различитој нето заради⁶⁰ новонастањених и домаћих обвезника. Нето зарада новонастањеног стручњака у Примеру 1 износи 241.520,85 дин, док у истом случају домаћем стручњаку остаје тек 189.458,61, односно чак 52.062,23 дин мање. И у Примеру 2 новонастањени стручњаци имају блажи третман од домаћих. Конкретно, нето зарада домаћих износи 125.625,66 дин, док је нето зарада новонастањених виша за 35.978,27 дин и износи 161.603,92 дин.

Као последица чињенице да је смањена и основица за доприносе које падају на терет пореског обвезника – квалификованог послодавца. Износ доприноса који падају на терет послодавца за новонастањеног радника нижи је за 29.922,53 дин (Пример 1), односно 19.948,35 дин (Пример 2). Укупна разлика уплаћених пореза и доприноса по заради износи чак 83.969,89 дин (Пример 1), односно 55.529,59 дин (Пример 2).

Графикон: Оптерећење зараде домаћих и новонастањених стручњака



⁶⁰ Нето зарада представља износ зараде који се исплаћује запосленом, након што се одбију порези и доприноси који се исплаћују из основице, односно на терет запосленог.

Треба напоменути да су овде поређене само минималне месечне зараде за које новонастањени обвезници остварују право на олакшице. Са растом уговорене бруто зараде, појачавају се разлике између домаћих и новонастањених пореских обвезника, на штету оних првих.

Принцип вертикалне правичности подразумева да лица са већим дохотком плаћају већи порез од оних који остварују нижи доходак. Посматрано из угла вертикалне правичности, могу се такође уочити драстичне разлике у пореском третману запослених домаћих и новонастањених радника. Новозапослени радник који остварује бруто зараду од 264.684 дин, плаћа порез на зараду у износу од свега 7.361,52 дин. Поређења ради, толики порез уплаћује домаћи радник који остварује само 92.915,20 дин. Нето зарада новонастањених лица преостала након опорезивања износи 241.520,85 дин, док нето зарада домаћих лица која плаћају исти порез износи тек 67.063,53 дин. Дакле, новонастањена лица, иако имају високе приходе, плаћају исти порез као 2,8х мање плаћена домаћа лица.

Праведност пореског система може се мерити и према **критеријуму корисности**. Према овом критеријуму, користи које порески обвезник добија кроз јавну услугу морале би бити сразмерне његовој пореској обавези.⁶¹ С обзиром на то да је порез инструмент јавних прихода код ког нема непосредне противуслуге,⁶² без обзира на нижи износ пореза на зараду који уплаћују новонастањени обвезници у односу на домаће обвезнике,⁶³ они нису дискриминисани када је у питању коришћење услуга јавног сектора. Такође, они нису дискриминисани ни када су у питању права из области обавезног здравственог осигурања с обзиром на начело солидарности и узајамности,⁶⁴ мада у Републички фонд обавезног здравственог осигурања уплаћују нижи износ доприноса.⁶⁵

Међутим, када су у питању доприноси за ПИО, ситуација је другачија. Од висине уплаћених доприноса у току трајања осигурања зависе и права из ПИО.⁶⁶

⁶¹ Пошто је у пракси немогуће утврдити ефекте користи, овај критеријум за оцену правичности пореског система има само теоријски значај. Д. Поповић (1997), 294; Џ.Е. Стиглиц, 481-482.

⁶² Д. Поповић (2021), 6-7.

⁶³ Разлика између пореске обавезе у Примеру 1 износи 17.176,88 дин, односно 11.000,92 дин у Примеру 2.

⁶⁴ Начело солидарности и узајамности подразумева систем обавезног здравственог осигурања у којем трошкове обавезног здравственог осигурања сnose осигураници и други обвезници уплате доприноса уплатом доприноса на остварене приходе, а права из обавезног здравственог осигурања користе она осигурана лица код којих је наступила болест или други осигурани случај. Закон о здравственом осигурању, чл. 5 ст. 3. *Сл. њасник РС*, бр. 25/19.

⁶⁵ Разлика између доприноса за обавезно здравствено осигурање у Примеру 1 износи 19.083,72 дин, односно 12.722,46 дин у Примеру 2.

⁶⁶ Закон о пензијском и инвалидском осигурању, чл. 61-79. *Сл. њасник РС*, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука

У Примеру 1, укупни доприноси за ПИО који се уплаћују у корист запосленог домаћег радника износе 66.171,00 дин (37.055,76 дин на терет запосленог и 29.115,24 дин на терет послодавца), а у корист новонастањеног стручњака тек 19.851,30 дин (11.116,73 дин на терет запосленог и 8.734,57 дин на терет послодавца).⁶⁷ Укупно, новонастањеним стручњацима уплаћује се месечно 46.319,70 дин мање у Републички фонд пензијског и инвалидског осигурања, и то у периоду до пет година.

Због смањене основице доприноса, новонастањени стручњаци уплаћују и ниже износе доприноса за обавезно осигурање за случај незапослености у односу на домаће раднике. На основу уплаћених доприноса, запослени стиче одређена права по овом основу,⁶⁸ између осталог и право на новчану накнаду,⁶⁹ чија висина између осталог зависи и од висине уплаћених доприноса.⁷⁰ Ипак, с обзиром на то да на тржишту постоји велика тражња за радницима ових профила, вероватно да у пракси и неће настати потреба да се овим лицима исплаћује накнада по овом основу.

Закључак који произлази из поређења пореског третмана зараде домаћих и новонастањених радника био би да **пореска олакшица чини систем опорезивања зарада неправичним**. Овим се отвара питање да ли привлачење страних стручњака доноси држави више користи од штете коју ствара неправичан порески систем, односно да ли ће пореска олакшица привући више страних стручњака, или ће због њене неправичности (између осталог) већи број домаћих стручњака бити подстакнут да емигрира из Србије.⁷¹

УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – одлука УС, 86/2019, 62/2021 и 125/2022.

⁶⁷ У Примеру 2, укупни доприноси за ПИО који се уплаћују у корист запосленог домаћег радника износе 44.114,00 дин (24.703,84 дин на терет запосленог и 19.410,16 дин на терет послодавца), а у корист новонастањеног стручњака тек 13.234,20 дин (7.411,15 дин на терет запосленог и 5.823,05 дин на терет послодавца).

⁶⁸ Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (у даљем тексту: ЗЗОСН), чл. 64 ст. 2. Сл. гласник РС, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 – др. закон и 49/2021.

⁶⁹ ЗЗОСН, чл. 66.

⁷⁰ ЗЗОСН, чл. 69-70.

⁷¹ Костић нема дилему када одговара на слично питање: „Да ли желимо да створимо друштво паралелних светова, где би наша превелика друштвена неједнакост била само додатно повећана доласком нових веома богатих уселеника које бисмо успели да привучемо нпр. одрицањем од својих пореских захтева. Колика је вероватноћа да ће ти богати, уколико и успемо да их привучемо, одабрати Србију као стални дом за своју децу, односно да ће барем на тај начин допринети оним сегментима нашег друштва које користи огромна већина грађана (општа јавна добра, школство, здравство, итд.). Нажалост, морамо да закључимо да би српско друштво од програма за привлачење богатих појединаца могло у најбољем случају да очекује додатно раслојавање и све већи значај оних аспеката наше свакодневнице који служе увесељавању гостију из иностранства, аспеката који управо терају домаће родитеље да за своју децу потраже мирније и моралније станиште. Другим речима, такви програми би могли да угрозе наш осећај боравка код своје куће, док би Србија за оне које би успела

6. ПОРЕСКА ОЛАКШИЦА ИЗ УГЛА ЕФИКАСНОСТИ

Оптимална алокација људских ресурса постиже се на тржишту рада, путем ценовног механизма. Висока цена рада сигнал је оскудности стручњака одређеног профила, односно његове високе продуктивности (селективна функција тржишта). Са једне стране, она делује мотивишуће на домаће стручњаке да раде на подизању сопствене продуктивности, како би испунили критеријуме које поставља тржиште, и на тај начин остварили што већу зараду (динамичка ефикасност). Са друге стране, послодавац доноси одлуку о томе да ли ће запослити стручњака одређеног профила, водећи рачуна искључиво о продуктивности њиховог рада и цени коју ће за то платити, чиме се постиже ефикасност производње (производна ефикасност).

Једна од основних економских карактеристика доброг пореског система је економска ефикасност. У складу са неокласичним моделом, на тржишту долази до оптималне алокације ресурса. Добар порески систем не би требало да изазива никакве дисторзије (поремећаје) тржишне алокације ресурса, већ би требало да буде у што већој мери неутралан.

Порезом на зараду раздваја се цена рада коју плаћају послодавци (бруто-2 зарада) од зараде који представља нето приход запосленог (нето зарада). Разлика између ова два износа представља „порески клин“. Ипак, с обзиром на општост пореске обавезе, овај ефекат се појављује у сваком појединачном радном односу.

Пореска олакшица начелно смањује дисторзију у појединачном радном односу у ком се примењује, тј. смањује се порески клин између бруто-2 зараде коју исплаћује квалификовани послодавац, и нето зараде коју остварује новонастањени радник. То је последица чињенице да се смањује износ пореза и доприноса који се плаћају из зараде и на зараду.

У Примеру 1, бруто-2 зарада коју послодавац исплаћује за домаћег стручњака износи 307.430,47 дин, док је његова нето зарада свега 189.458,61 дин. Порески клин износи чак 119.956,98 дин, или 39% бруто-2 зараде. Када се примени пореска олакшица, бруто-2 зарада је смањена на 277.507,94 дин, а нето зарада новонастањеног радника повећана на 241.520,85 дин. Порески клин износи свега 35.987,09 дин, односно 9% бруто-2 зараде.⁷²

да привуче била евентуално привремено станиште. Из обе перспективе Србија се јавља као пролазна станица, у коју нас вуку или лепе прилике за одмор и разоноду, или успомене. У сваком случају не као место за живот.“ Светислав В. Костић, *Међународно ојорезивање у доба анксиозности*. Правни факултет Универзитета у Београду, 75.

⁷² У Примеру 2, бруто-2 зарада коју послодавац исплаћује за домаћег стручњака износи 204.953,64 дин, док је његова нето зарада свега 125.625,66 дин. Порески клин износи 79.327,99 дин. Када се примени пореска олакшица, бруто-2 зарада је смањена на 185.005,29 дин, а нето зарада повећана на 161.603,92 дин. Порески клин износи свега 23.798,40 дин. Релативна

Један од прокламованих циљева пореске олакшице је да мотивише физичка лица која бораве у иностранству, а која имају посебно стручно образовање и за чијим радом и искуством постоји потреба код домаћих послодаваца, која се не може лако задовољити на домаћем тржишту рада, да се настане на територији Републике Србије и да заснују радни однос са домаћим послодавцима.⁷³ У том смислу, пореска олакшица у одређеној мери може утицати на одлуку страног стручњака да се настани и запосли у Србији.

Међутим, резултат пореске олакшице биће поремећај тржишних сигнала јер је поремећен ценовни механизам. Долази до диференцијације радника на оне који имају право на пореску олакшицу (новонастањени), и свих осталих (домаћих) радника. Ствара се подстицај послодавцу да запосли новонастањеног радника који има исту или мању продуктивност рада као и домаћи радник, јер је тада износ зараде који исплаћује по раднику нижи. На тај начин новонастањени радници чине нелојалну конкуренцију домаћим радницима истог квалитета. Одлуку о ступању у конкретан радни однос радници не доносе на основу бруто зараде, већ на основу нето зараде која ће им преостати након опорезивања. Пошто имају нижи порески терет, новонастањени радник спреман је да за исто радно место прихвати нижу бруто зараду од једнаког домаћег радника. Ова појава може значити и да ће одређени посао добити новонастањени стручњак нижег квалитета од домаћег стручњака, с обзиром на ценовну неконкурентност домаћег коју генерише порески систем.

7. ПОРЕСКА ОЛАКШИЦА ИЗ УГЛА СТАБИЛНОСТИ ПОРЕСКОГ СИСТЕМА

Принцип стабилности пореског система представља захтев економске теорије да порески систем не треба излагати честим, радикалним реформама. „Радикалне пореске реформе подразумевају да се из корена мења порески систем, тако што се укида неки од постојећих пореза и уводи нови порески облик, или се, пак, темељно редефинише законски опис чињеничног стања код постојећег пореза.“⁷⁴ Честим изменама пореског система погоршавају се

величина пореског клина у оба Примера је непромењена, и код домаћих радника износи 29% бруто-2 зараде, док код новонастањених свега 9%.

⁷³ У економској теорији истиче се и да досељавање висококвалификованих радника може позитивно да утиче на средину у коју долазе, због позитивних екстерних ефеката људског капитала. Долазак висококвалификованих досељеника у неку средину доводи домаће раднике у контакт са њиховим знањима, чиме се увећава продуктивност радне снаге у тој земљи. У сваком случају, прилив висококвалификованих радника не би требало да буде штетно по земљу у коју долазе када се посматра само из економског угла. Џорџ Џ. Борхас: *Економија рада*. Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 343.

⁷⁴ Д. Поповић (1997), 289;

услови привређивања, јер пословни свет жели стабилност и предвидивост пореског режима, да би могао да планира своје пословне операције. Ипак, у оквиру вођења пореске политике, прихватљиво је предузимати парцијалне пореске реформе, које се односе на измену пореских стопа или одређених пореских олакшица.⁷⁵

Увођење пореске олакшице која је предмет овог рада свакако представља парцијалну измену пореза на доходак грађана, посматрано чак и у контексту увођења већег броја пореских олакшица у последњих неколико година.⁷⁶ У том смислу, њоме се не нарушава принцип стабилности пореског система.

Међутим, проблем је што и економска и правна теорија већ дужи низ година указују на неопходност радикалне реформе пореза на доходак грађана, кроз замену постојећег мешовитог модела новим, глобалним синтетичким порезом на доходак.⁷⁷ Небројеним парцијалним изменама постојећег закона који је одавно требало бити замењен, само се повећава „степен правног не-реда“⁷⁸ у овој области. Нови порески систем требало би да испуни захтев за хармонизацијом са пореским системима развијених земаља и повећањем конкурентности на светском тржишту, као и побољшање ефикасности и праведности пореског система.⁷⁹ На овај начин, Србија би у области пореског права учинила велики искорак у правцу отклањања узрока који је доводе на чело листе земаља по броју емиграната у односу на број становника.

ЗАКЉУЧАК

Србија се последњих деценија захваћена процесом депопулације. Узроци ове појаве пре свега су негативан природни прираштај, и емиграција млађег

⁷⁵ Д. Поповић (1997), 290; Г. Милошевић, М. Кулић, Ц. Цвјетковић Иветић, 76; Гордана Илић Попов, Ђорђе Павловић: *Лексикон јавних финансија*. Завод за унапређење и рентабилност пословања, Београд, 301.

⁷⁶ О непрегледном броју парцијалних измена Закона о порезу на доходак грађана којима законодавац од 2006. године покушава да поправи стање на тржишту рада, видети: Gordana Ilić Popov, Svetislav Kostić: Government Amends Employment, Personal Taxes. *Tax Notes International*, 7/2006; Светислав В. Костић, Непоштовање уставности у области опорезивања зарада у Србији. *Анали Правног факултета у Београду*, година LXVI, 3/2018 250-267; I. Ivanov.

⁷⁷ Д. Поповић (2021), 334-341; Момир Ковачевић, Јован Илић, Радован Дамњановић: Еволуција пореза на доходак у Србији. *Оглед*, год. 3, бр. 1, 2017, 7-22; Дејан Поповић: *Пореска реформа у Србији 2001-2003*. Економски институт, Београд, 2004, 96,99; Фискални савет: *Две деценије Закона о порезу на доходак грађана: Могућности и потребе за системском реформом* (материјал за јавну расправу). Београд, 1. јул 2021. год (доступно на: http://www.fiskalnisaivet.rs/doc/analize-stavovi-predlozi/2021/FS_2021_Reforma_poreza_na_dohodak.pdf).

⁷⁸ С.В. Костић (2018), 265.

⁷⁹ Д. Поповић (1997), 290.

становништва у иностранство. Посебан аспект емиграција јесте одлив висококвалификоване радне снаге. Одлазак најквалитетнијег слоја радноспособног становништва у знатној мери успорава економски раст и развој Србије, због чега је неопходно приступити структурним променама привредног, друштвеног, политичког амбијента, како би се отклонили или макар ублажили узроци ове негативне појаве.

Један од начина на који Србија покушава да санира последице „одлива мозга“, јесте и привлачење иностраних стручњака. Инструмент којим се то покушава постићи је пореска олакшица, унета у ЗПДГ (чл. 15в) и ЗДОСО (чл. 15а). Олакшица је конципирана као одбитак 70% од основице зараде за порез и доприносе, укључујући и доприносе који се плаћају на терет послодавца. Право на пореску олакшицу имају новонастањени стручњаци, који закључе уговор о раду на неодређено време са квалификованим послодавцем. Право на пореску олакшицу се остварује за период од пет година, рачунајући од дана закључења уговора о раду.

Када се посматра ефекат пореске олакшице из угла правичности пореског система, зараде домаћих и новонастањених лица су различито оптерећене. Последица се огледа у различитој нето заради домаћих и новонастањених обвезника, у корист ових последњих. Закључак је да пореска олакшица чини систем опорезивања зарада неправичним. Овим се отвара питање да ли привлачење страних стручњака доноси држави више користи од штете коју ствара неправичан порески систем, односно да ли ће пореска олакшица привући више страних стручњака, или ће због њене неправичности (између осталог) већи број домаћих стручњака бити подстакнут да емигрира из Србије.

Резултат пореске олакшице је и поремећај тржишних сигнала, због ремећења ценовног механизма. Долази до диференцијације радника на оне који имају право на олакшицу (новонастањени), и свих осталих (домаћих) радника. Ствара се подстицај послодавцу да запосли новонастањеног радника који има исту продуктивност рада као и домаћи радник, јер је тада износ зараде који исплаћује по раднику нижи. На тај начин новонастањени радници чине нелојалну конкуренцију домаћим радницима истог квалитета. Могуће је да и да одређени посао добије новонастањени стручњак иако по квалитету заостаје за домаћим радником, с обзиром на ценовну неконкурентност домаћег радника коју генерише порески систем.

Пореском олакшицом се не нарушава принцип стабилности пореског система, јер она представља парцијалну измену пореза на доходак грађана, посматрано чак и у контексту увођења већег броја пореских олакшица у последњих неколико година. Међутим, проблем је што наука већ дужи низ година указује на неопходност радикалне реформе пореза на доходак грађана, кроз замену постојећег мешовитог модела новим, глобалним синтетичким порезом на доходак. Нови порески систем требало би да испуни захтев

за хармонизацијом са пореским системима развијених земаља, повећање конкурентности на светском тржишту, као и побољшање ефикасности и праведности пореског система. На овај начин, Србија би учинила велики искорак у области пореског права у правцу отклањања узрока који је доводе на чело листе земаља по броју емиграната у односу на број становника. Наравно, подразумева се да је за озбиљан резултат у привлачењу иностраних стручњака, потребно приступити системским реформама читавог друштвенополитичког, правног, економског и културног амбијента у земљи.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографија

- Александар Мојашевић, *Примена бихејвиористичких налаза у јавним полицијским*. Универзитет у Нишу, 2021.
- Боривоје Шундерић, Љубинка Ковачевић: *Радно право: приручник за полагање правосудној испити*. Сл. Гласник, Београд.
- Бранко Лубарда: *Радно право*. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- Владимир Никитовић: *У сусрет регионалној дејоулацији у Србији*. Београд, Институт друштвених наука, 2019.
- Горан Б. Милошевић, Мирко В. Кулић, Цвјетана Цвјетковић Иветић: *Пореско право*. Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2021.
- Горан Д. Пенев & Јелена Р. Предојевић Деспић (2019): Промене становништва Србије у постјугословенском периоду (1991-2017) – важнији демографски аспекти. *Социолошки преглед*, vol. 53, No. 3, 2019, 1183-1216.
- Гордана Илић Попов, Ђорђе Павловић: *Лексикон јавних финансија*. Завод за унапређење и рентабилност пословања, Београд.
- Gordana Ilić Popov, Svetislav Kostić: Government Amends Employment, Personal Taxes. *Tax Notes International*, 7/2006.
- Дејан Поповић: *Наука о порезима и пореско право*. Савремена администрација Београд, 1997.
- Дејан Поповић: *Пореска реформа у Србији 2001-2003*. Економски институт, Београд, 2004.
- Дејан Поповић: *Пореско право*. Правни факултет Универзитета у Београду, 2021.
- Зоран Аврамовић: Одлив мозгова из Србије – једно лице глобализације образовања? *Социолошки преглед*, vol. XLVI, No. 2, 2012, 189–202.
- Iva Ivanov, Tax Incentives for Keeping and Attracting Highly Skilled Workers: The Case of Serbia. *Anali*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Vol. LXVII, No. 4, Belgrade, 2019, 173-199.
- Ivana Božić Miljković: Development and Security – Geopolitical Aspects of Demographic Changes in Southern-Eastern Serbia. *Megatrend revija*, vol. 15 No. 3, 2018, 69-84.
- Иван Ж. Маринковић: „Демографска слика Србије“. *Напредак*, год. 1, бр. 1, 2020, 99-108.

- Јелена Р. Деспић: *Миграције високообразованих лица из Србије од 1991. године у Канаду и Сједињене Америчке Државе* – докторска дисертација. Економски факултет Универзитета у Београду.
- Милица Мицковић: Промена законодавних оквира радноправних института. *Зборник радова: Правна традиција и интелектуални процеси*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, К. Митровица, 2020, 177-192.
- Милица Мицковић: Радно право и флексибилни облици рада. *Зборник радова: Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, К. Митровица, 2020, 349-364.
- Милорад Стаменовић & Сретен Ђузовић: Депопулација Србије – борба за опстанак једног народа. *Ревизор*, бр. 22, 2019, 81-89.
- Момир Ковачевић, Јован Илић, Радован Дамњановић: Еволуција пореза на доходак у Србији. *Одговор*, год. 3, бр. 1, 2017.
- Светислав В. Костић, *Међународно опорезивање у доба анксиозности*. Правни факултет Универзитета у Београду, 2019.
- Светислав В. Костић, Непоштовање уставности у области опорезивања зарада у Србији. *Анали Правног факултета у Београду*, година LXVI, 3/2018 250-267.
- Слободанка Ковачевић Перић: *Индивидуални радни однос*. Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, К. Митровица, 2020.
- Фискални савет: *Две деценије Закона о порезу на доходак грађана: Могућности и препреке за системском реформом* (материјал за јавну расправу). Београд, 1. јул 2021. год (доступно на: http://www.fiskalnisaвет.rs/doc/analize-stavovi-predlozi/2021/FS_2021_Reforma_poreza_na_dohodak.pdf).
- Џозеф Е. Стиглиц, *Економија јавног сектора*. Економски факултет Универзитета у Београду, 2013.
- Џорџ Џ. Борхас: *Економија рада*. Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.

Правни извори:

- Закон о буџетском систему. *Сл. гласник РС*, бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – испр., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – др. закон, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020, 118/2021, 138/2022 и 118/2021 – др. закон.
- Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање (ЗДОСО). *Сл. гласник РС*, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 5/2009, 52/2011, 101/2011, 7/2012 – усклађени дин. изн., 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 10/2022 – усклађени дин. изн. и 138/2022).

- Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености (ЗЗОСН). Сл. гласник РС, бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 – др. закон и 49/2021.
- Закон о здравственом осигурању. Сл. гласник РС, бр. 25/19.
- Закон о пензијском и инвалидском осигурању. Сл. гласник РС, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – одлука УС, 86/2019, 62/2021 и 125/2022.
- Закон о порезу на добит правних лица (ЗПДПЛ). Сл. 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, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 и 118/2021.
- Закон о порезу на доходак грађана (ЗПДГ). Сл. гласник РС, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – одлука УС, 7/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 – одлука УС, 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 – испр., 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 – усклађени дин. изн., 153/2020, 156/2020 – усклађени дин. изн., 6/2021 – усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 132/2021 – усклађени дин. изн., 10/2022 – усклађени дин. изн. и 138/2022.
- Закон о средњем образовању и васпитању. Сл. гласник РС, бр. 55/2013, 101/2017, 27/2018 – др. закон, 6/2020, 52/2021, 129/2021 и 129/2021 – др. закон.
- Правилник о начину остваривања права на умањење основице пореза на зараде за новонастањеног обвезника (Правилник МФ). Сл. Гласник РС, бр. 137/20.
- Предлог Закона о изменама и допунама Закона о порезу на доходак грађана. (доступно на: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/2716-19.pdf).
- Стратегија о економским миграцијама Републике Србије за период 2021-2027. године. Сл. гласник РС, бр. 21/2020.
- Уредба о критеријумима за доделу подстицаја послодавцима који запошљавају новонастањена лица на територији Републике Србије. Сл. гласник РС, бр. 67/2022.

Luka O. Baturan
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
L.Baturan@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-0315-2486

Goran B. Milošević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-1936-0802

Cvjetana M. Cvjetković Ivetić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
C.CvjetkovicIvetic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0003-0000-8099

Tax Reliefs for Employment of New Residents

Abstract: *The paper analyzes the tax relief for employment of new residents. In the first two parts, there is a legal analysis of Art. 15c of the Law on Personal Income Tax and Art. 15a of the Law on Contributions for Mandatory Social Insurance. Then, this tax relief will be examined in the context of the principles of tax law and public finance, especially the principle of tax fairness, the principle of tax efficiency and the principle of the stability of the tax system. The conclusion is that the problem of the outflow of highly skilled workers could not be solved by partial reforms of tax laws. A systematic solution implies a radical reform of the personal income tax, which would be firmly based on the principles of tax law and tax science.*

Keywords: *New residents; Personal Income Tax; Tax reliefs, Brain drain.*

Датум пријема рада: 27.12.2022.

Датум прихватања рада: 25.01.2023.

Иван Д. Милић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

СПЕЦИФИЧНОСТИ ПРЕКРШАЈНОГ ГОЊЕЊА ПРЕМА ЗАКОНУ О ПОРЕСКОМ ПОСТУПКУ И ПОРЕСКОЈ АДМИНИСТРАЦИЈИ*

Сажетак: Након што се открије прекршај и његов учинилац предузима се прекршајно гоњење. Према Закону о прекршајима прописује се учиниоца прекршаја се подноси захтев за покретање прекршајног поступка или се издаје прекршајни налој. Без „општенужног акта“ не може да се води прекршајни поступак.

У важећем Закону о пореском поступку и пореској администрацији прописују се одређене специфичности које се тичу прекршајног гоњења учинилаца пореских прекршаја. Предмети пажње аутора су управо те специфичности.

Кључне речи: порески прекршаји, општенужни акт, прекршајни налој, суд.

УВОД

Законом о прекршајима као системским законом у области прекршајног права не прописују се прекршаји. Прекршаји се прописују многобројним актима различите правне снаге.¹ Прекршајним прописима се прописују

* Рад је написан у оквиру Пројекта „Сузбијање привредног криминала у Републици Србији – стање и перспективе“, који финансира Покрајински секретаријат за високо образовање и научноистраживачку делатност. Аутор је у оквиру истраживања на Пројекту објавио рад: Иван Милић, Поједини казнени и криминолошки аспекти кривичних дела против привреде, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2022, 835–855.

¹ Прекршаји се прописују многобројним законима и одлукама јединица локалне и подручне самоуправе из свих животних подручја па је покушај обухватања њихових извора у једном цјеловитом попису изнимно амбициозан задатак. Lana Milivojević Antoliš, О brojnosti

прекршаји у одређеној области.² С тим у вези, предвиђа се и прекршајна одговорност због неиспуњења пореских обавеза.³ Законом о пореском поступку и пореској администрацији⁴ прописују се кривична дела али свакако и прекршаји из области пореза – порески прекршаји. Њиме се прописују прекршаји за које су предвиђене строге новчане казне.

Након што се открије прекршај и његов учинилац, овлашћен орган, односно овлашћено лице *покреће* прекршајно гоњење. Такође и оштећени има право да под законом прописаним условима *прекршајно* *тони* учиниоца прекршаја. Прекршајно гоњење је више научни појам имајући у виду да се „о *прекршајном* *гоњењу*“ у Закону о прекршајима говори тек на неколико места.⁵

Прекршајни поступак може да се покрене само по захтеву овлашћеног органа, односно овлашћеног лица или оштећеног, на начин што они подносе захтев за покретање прекршајног поступка месно надлежном прекршајном суду. Дакле, за тај захтев се може рећи да је он „оптужни акт“ којег „овлашћени тужилац“ подноси прекршајном суду.

Од ступања на снагу актуелног Закона о прекршајима постоји могућност да се лицу за које постоји „сумња“ да је учинило прекршај изда прекршајни налог, али то не значи да не постоји могућност да се и поводом издатог прекршајног налога не може покренути и водити прекршајни поступак. И прекршајни налог може бити „оптужни акт“ али њега може суду да поднесе само лице којем је тај налог издат.⁶

prekršaja i prekršajnopравних sankcija u Republici Hrvatskoj, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, br. 1/2012, 227.

² На пример у области приватне безбедности. Вид. Бранко Лештанин, Желько Никач, Прекршајна одговорност у области приватне безбедности у Србији, *Правна ријеч*, бр. 65/2022, 570-592.

³ Вид. Е. В. Овчарова, Административная юрисдикция в области налогов и сборов и производство по делам об административных правонарушениях налогового законодательства: проблемы дуализма в правовом регулировании, *Вестник ВГУ. Серия: Право*, 2/2019, 204.

⁴ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени гласник РС*, бр. 80 од 26. новембра 2002, 84 од 5. децембра 2002 – исправка, 23 од 13. марта 2003 – исправка, 70 од 10. јула 2003, 55 од 21. маја 2004, 61 од 18. јула 2005, 85 од 6. октобра 2005 – др. законик, 62 од 19. јула 2006 – др. закон, 61 од 30. јуна 2007, 20 од 19. марта 2009, 72 од 3. септембра 2009 – др. закон, 53 од 29. јула 2010, 101 од 30. децембра 2011, 2 од 13. јануара 2012 – исправка, 93 од 28. септембра 2012, 47 од 29. маја 2013, 108 од 6. децембра 2013, 68 од 3. јула 2014, 105 од 3. октобра 2014, 91 од 5. новембра 2015 – Аутентично тумачење, 112 од 30. децембра 2015, 15 од 25. фебруара 2016, 108 од 29. децембра 2016, 30 од 20. априла 2018, 95 од 8. децембра 2018, 86 од 6. децембра 2019, 144 од 27. новембра 2020, 96 од 8. октобра 2021. (у даљем тексту и ЗоППиПА).

⁵ На пример у чл. 7 ст. 4; чл. 234 ст. 1 тач. 4 Закона о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65 од 25. јула 2013, 13 од 19. фебруара 2016, 98 од 8. децембра 2016 – УС, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 91 од 24. децембра 2019. (у даљем тексту и ЗП).

⁶ О покретању прекршајног поступка вид. Ljubinko Mitrović, *Prekršajno pravo*, Banja Luka, 2014, 222.

Поједини акти којима су прописане и прекршајне одредбе садрже одређене специфичности и по питању *прекршајног гоњења*. Тако и Закон о пореском поступку и пореској администрацији садржи одређене специфичности које се тичу прекршајног гоњења.

У првом делу рада указаће се на прекршајно гоњење на основу захтева за покретање прекршајног поступка. Други део рада посвећен је издавању прекршајног налога. Трећи део рада посвећен је ефикасности прекршајног поступка и застарелости.

1. ЗАХТЕВ ЗА ПОКРЕТАЊЕ ПРЕКРШАЈНОГ ПОСТУПКА

Захтев за покретање прекршајног поступка је „оптужни акт“ којим орган-лице које је овлашћено да такав захтев поднесе „захтева“ од суда да покрене прекршајни поступак, а крајњи његов циљ јесте да се донесе *одлука* којом се окривљени оглашава одговорним за прекршај. Захтев за покретање прекршајног поступка се подноси за све прекршаје *осим* оних за које је прописана новчана казна у фиксном износу.

Само подношење захтева за покретање прекршајног поступка по лице *пронет* којег се он подноси по Закону о прекршајима не производи *правне последице*. У појединим случајевима само подношење захтева није једноставан *задатак* за његовог подносиоца, посебно у случају када је *оштећени* подносилац. Кажемо да није једноставан задатак, јер оштећеном по правилу „није једноставно“ да *прибави* све податке које предвиђа Закон о прекршајима о лицу против којег подноси захтев. Уколико захтев подноси овлашћен државни орган или јавни тужилац онда он по правилу нема *интереса* у погледу прибављања *доказа о лицу* против којег подноси захтев. Они ће пре свега из одговарајућих евиденција сазнати „све неопходне податке“ које по ЗП мора да садржи захтев за покретање прекршајног поступка. Не сме се заборавити и на одредбу Закона о личној карти⁷ којом је прописана обавеза ношења и показивања личне карте службеним лицима овлашћеним за легитимисање.⁸

Шта све мора да *садржи* захтев за покретање прекршајног поступка такође се уређује Законом о прекршајима.⁹ Уколико захтев не садржи све податке, које по ЗП мора да садржи, радиће се о неуредном захтеву који његов подносилац може да уреди у одређеном року, а ако то не учини сматраће се

⁷ Закон о личној карти, *Службени гласник РС*, бр. 62 од 19. јула 2006, 36 од 27. маја 2011, 53 од 28. маја 2021.

⁸ Чл. 21 ст. 1 Закона о личној карти.

⁹ Чл. 181 Закона о прекршајима.

да је одустао од поднетог захтева.¹⁰ Учиниоца прекршаја може да „гони“ само онај орган, односно лице који је за то овлашћено.¹¹ Уколико захтев подноси *овлашћен орган* он такав захтев може суду да поднесе само у писаној форми, док оштећени то може учинити и усмено на записник.

Важно питање које се поставља у вези са подношењем захтева за покретање прекршајног поступак јесте – ко је конкретно надлежан за његово подношење? По правилу у актима у којима су прописани прекршаји предвиђа се и ко је надлежан да подноси захтев за покретање прекршајног поступка, тј. ко је надлежан да предузме прекршајно гоњење. Међутим, појединим прописима се то не чини или се чини на начин који оставља простор за различита тумачења. У том случају поставља се питање *које је овлашћен* да поднесе захтев покретање прекршајног поступка.

Дешава се у пракси да захтев за покретање прекршајног поступка поднесе *неовлашћено лице*, те се у том случају такав захтев одбацује приликом судског испитивања. У случају да суд пропусти да утврди ту околност, да је захтев поднет од стране неовлашћеног органа, односно лица, приликом испитивања захтева и донесе решење о покретању прекршајног поступка, прекршајни поступак мора да се оконча доношењем решења о обустави прекршајног поступка.¹²

Захтев за покретање прекршајног поступка подноси се месно надлежном прекршајном суду који је дужан да га *испитива*, те да након испитивања одлучи да ли ће захтев одбацити или покренути прекршајни поступак.¹³

У вези са захтевом за покретањем прекршајног поступка Закон о пореском поступку и пореској администрацији садржи одредбе о овом „оптужном акту“. Сасвим је логично да ЗоППиПА садржи такве одредбе имајући у виду да се њиме прописују прекршаји за које је предвиђена новчана казна у *распону* или у *сразмери*. Пре свега се прописује ко је овлашћен да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка. *Пореска управа*¹⁴ надлежном

¹⁰ Вид. чл. 182 Закона о прекршајима

¹¹ Вид. чл. 179 ст. 2 Закона о прекршајима.

¹² Чл. 248 ст. 1 тач. 1 Закона о прекршајима. На пример *велики проблеми* су постојали у погледу прекршајног гоњења за време *ејндемије заразне болести COVID-19*. Вид. Иван Милић, Поводом измена и допуна Закона о заштити становништва од заразних болести (шта ново доноси тзв. корона закон), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2021, 262-263.

¹³ Не сме да се прејудуцира исход главног претреса приликом испитивања оптужнице. Вид. Снежана Бркић, *Кривично процесно право I*, Нови Сад, 2016, 100-101. Исто важи и када је реч о судском испитивању захтева за покретање прекршајног поступка.

¹⁴ Са правом се наводи да држава не може ефикасно да функционише без професионалних државних служби. Вид. Д. С., Каблов, Я. О, Федосеева, Предупреждение совершения должностных преступлений, *Донецкие чтения 2020: образование, наука, инновации, культура и вызовы современности: Материалы V Международной научной конференции* (Донецк,

прекршајном суду подноси захтеве за покретање прекршајног поступка за пореске прекршаје¹⁵ и прекршаје прописане законом који уређује фискалне касе и електронске фискалне уређаје.¹⁶ На овај начин се онемогућава другом органу, односно лицу да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка за прекршаје које искључиво „гони“ Пореска управа. Такође, судија прекршајног суда на једноставан начин може да утврди да ли је подносилац захтева *овлашћен* за његово подношење.

Законом о прекршајима се не прописује „који степен сумња“ треба да постоји да би се против једног лица поднео захтев за покретање прекршајног поступка. У ЗП се о „осумњиченом“ говори само у једном члану – у члану 190 који носи назив *привођење осумњиченог за извршење прекршаја пре покретања поступка*. Док према ЗП лице против којег је поднет захтев за покретање прекршајног поступка стиче статус *окривљеног* када суд донесе решење о покретању прекршајног поступка. Једно од основних начела ЗП је и сходна примена одредаба Законика о кривичном поступку.¹⁷ Ако се каже да је захтев за покретање прекршајног поступка „оптужни акт“, сходном применом одредаба Законика о кривичном поступку¹⁸ дошло би се до решења да је за његово подношење потребна *ојравдана сумња*.¹⁹ Према ЗКП „оправдана сумња“ је скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану сумњу и оправдавају подизање оптужбе.²⁰

Иако се ЗП позива на сходну примену одредаба ЗКП није за очекивати да ће се и приликом подношења захтева за покретање прекршајног поступка увек водити довољно рачуна о томе да ли постоји *ојравдана сумња*. За то постоје неколико разлога. Први разлог је тај што поједине одредбе ЗКП једноставно није могуће применити у прекршајном поступку. Други разлог се тиче чињенице што се „поступак“ који претходни подношењу захтева за покретање прекршајног поступка (може се рећи да је то тзв. *предпрекршајни поступак*) састоји, по правилу, у предузимању *неколико радњи* од стране органа, односно лица овлашћеног за подношење захтева за покретање прекршајног поступка. Трећи разлог је тај што захтев за покретање прекршајног поступка по правилу не подноси јавни тужилац већ други надлежан орган

17-18. новембра 2020 г.). – Том 8: Юридическе науке. Част 2 / под опћег редакцие проф. С.В. Беспаловой. – Донецк: Изд-во ДонНУ, 2020, 216.

¹⁵ У чл. 176б ЗоППиПА прописује се који су то порески прекршаји.

¹⁶ Чл. 160 ст. 1 тач. 6 ЗоППиПА.

¹⁷ Вид. чл. 99 Закона о прекршајима.

¹⁸ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72 од 28. септембра 2011, 101 од 30. децембра 2011, 121 од 24. децембра 2012, 32 од 8. априла 2013, 45 од 22. маја 2013, 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019, 27 од 24. марта 2021 – УС, 62 од 17. јуна 2021 – УС. (у даљем тексту и ЗКП).

¹⁹ Вид. чл. 331 ст. 1 и 499 ст. 1 ЗКП.

²⁰ Вид. чл. 2. ст. 1 тач. 19 ЗКП.

или лице – што значи да то *лице* нема увек правничко образовање.²¹ Свакако је суд тај који ће донети одлуку о поднетом захтеву за покретање прекршајног поступка.

У вези (не)подношења захтева за покретање прекршајног поступка ЗоППиПА прописује одређене специфичности. Њиме се предвиђају посебни услови под којима се *неће* подносити захтев за покретање прекршајног поступка. Према ЗоППиПА: 1) *Против лица које учини радњу, односно пројуси, у вези са порезом чије утврђивање обавља сам порески обвезник који се смањрају пореским прекршајем из члана 177, члана 179. став 1. тач. 2б) и 3) и став 3. у вези са ставом 1. тачка 3) овог члана, као и члана 180. тач. 5) и 6) овог закона, неће се подносити захтев за покретање прекршајног поступка, ако то лице, пре предузимања било које радње пореског органа у вези учињене радње или пројуси, односно пре ошочињања пореске контроле²² или подношења захтева за покретање прекршајног поступка, самоиницијативно пријави учињену радњу, односно пројуси и истовремено илаји дуговани износ пореза увећан за обрачунају камату из члана 75. овог закона.*²³ 2) *Против лица које учини радњу, односно пројуси из став 1. овог члана, у вези са порезом који се утврђује решењем, неће се подносити захтев за покретање прекршајног поступка ако то лице, пре предузимања било које радње пореског органа у вези са учињеном радњом или пројуси, односно пре ошочињања пореске контроле или подношења захтева за покретање прекршајног поступка, самоиницијативно пријави учињену радњу, односно пројуси, као и утврђени износ пореза илаји у приписаном року.*²⁴ Дакле, иако је учињен прекршај *построји могућности* да се против тог лица *не поднесе* захтев за покретање прекршајног поступка. Потребно је да се *учинилац* прекршаја сам пријави да је учинио прекршај. *Учиницац* то може урадити из неколико разлога. Могуће је да се сам пријавио када је сазнао да је учинио прекршај – јер у време извршења прекршаја учинилац *није знао* да је таква радња предвиђена као прекршај.²⁵ Са друге стране, чим се он самоиницијативно пријавио то значи

²¹ Не сме се заборавити ни на чињеницу што такав захтев може да поднесе и оштећени (уколико је он овлашћен да предузме прекршајно гоњење), те није за очекивати да ће он „увек да води рачуна“ о томе да ли постоји оправдана сумња.

²² О пореској контроли вид. П. А., Заремба, Е. О., Гончаренко, О налоговој контроли в системе государственного финансового контроля Донецкой Народной Республики, *Донецкие чтения 2021: образование, наука, инновации, культура и вызовы современности: Материалы VI Международной научной конференции* (Донецк, 26–28 октября 2021 г.). – Том 9: Юридические науки / под общей редакцией проф. С. В. Беспаловой. – Донецк: Изд-во ДонНУ, 2021, 26–29.

²³ Чл. 1826 ст. 1 ЗоППиПА.

²⁴ Чл. 1826 ст. 2 ЗоППиПА.

²⁵ Под одређеним условима у том случају би могло да се ради о правној заблуди. Вид. чл. 22 Закона о прекршајима.

да он зна да је учинио прекршај. Могуће је и то да порески обвезник из (не) оправданих разлога није могао да измири своју пореску обавезу на време. Гледано из угла ЗоППиПА неважан је разлог зашто је учинилац учинио прекршај као и разлог зашто се сам пријавио.

Важно је и време када се „он сам пријавио“, јер то је могуће само пре предузимања наведених радњи пореског органа које су усмерена ка откривању прекршаја и прекршајном гоњењу учиниоца. Овакво решење законодавца онемогућава да се учинилац прекршаја сам пријави након „што је откривен да је учинио прекршај“. Овакво решење законодавца је оправдано. Да се не би поднео захтев за покретање прекршајног поступка потребно је да лице предузме одређењу радњу – да *илайи йорез*.

Ако су остварени наведени услови порески орган не може да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка против „лица“ које је накнадно измирило своју пореску обавезу. Дакле, не постоји дискрециона оцена пореског органа у погледу тога да ли ће или неће поднети захтев за покретање прекршајног поступка, јер је законодавац јасно прописао „неће се подносити захтев за покретање прекршајног поступка“. На овај начин се *йогсйичу* учиниоци прекршаја да измире своје пореске обавезе, али се такође расте-рећује суд.

У судској пракси се дешава да се без обзира на овакво решење ЗоППиПА подноси захтев за покретање прекршајног поступка – што није оправдано.²⁶ Са друге стране, иако се поднесе захтев за покретање прекршајног поступка прекршајни суд има могућност да приликом испитивања таквог захтева или евентуално у каснијој фази утврди да је захтев „неоснован“.²⁷ Дакле, суд би требао да такав поднет захтев за покретање прекршајног поступка *одбаци*.²⁸ Суд такву одлуку треба да донесе када приликом испитивања захтева за покретање прекршајног поступка утврди да је лице против којег је поднет тај захтев поступило по чл. 182б ст. 1 или 2 ЗоППиПА. Ако би се захтев одбацио то значи да суд не би донео решење о покретању прекршајног поступка и да лице против којег је поднет захтев за покретање прекршајног поступка не би постало окривљено лице.

Са друге стране, проблем се јавља зато што суд приликом испитивања захтева за покретање прекршајног поступка *углавном* не располаже са довољно „доказа о прекршају“, тако да се по правилу одлучује на основу „доказног материјала“ који *досијавља* подносилац захтева за покретање прекршајног

²⁶ То значи да би било оправдано када би Пореска управа пре подношења захтева за покретање прекршајног поступка *йроверила* да ли је лице поступило по чл. 182б ст. 1 или 2 ЗоППиПА.

²⁷ Вид. Прекршајни апелациони суд Прж. 10628/14 – Правни Информатор, бр. 4/2016, Интермех, Београд, Аутор сентенци: Софија Зарубац, судија Прекршајног суда у Новом Саду.

²⁸ Вид. чл. 184 Закона о прекршајима.

поступка. Дакле, приликом испитивања захтева могуће је да суд уопште не зна да је лице против којег је поднет захтев за покретање прекршајног поступка поступило по чл. 182б ст. 1 или 2 ЗоППиПА. Ако је суд ипак донео решење о покретању прекршајног поступка, то значи да лице *појив* којег је поднет захтев за покретање прекршајног поступка постаје *окривљено лице*. Тада стиче права и обавезе окривљеног. Основно право окривљеног, које је према ЗП уједно и начело прекршајног поступка, јесте *право на одбрану*. Окривљеном се у прекршајном поступку мора дати могућност да се *саслуша*. Он може да изнесе све чињенице и предложи извођење доказа који му иду у корист.²⁹ То значи да он има могућност да у прекршајном поступку предложи извођење доказа³⁰ на основу којих ће се утврдити да је поступио по чл. 182б ст. 1 или 2 ЗоППиПА, а што значи да подносилац захтева за покретање прекршајног поступка такав захтев није требао да подноси, односно да је суд требао захтев да одбаци приликом његовог испитивања. У сваком случају окривљени не може бити у овом случају оглашен *одговорним за прекршај*. То даље значи да би тај окривљени имао право на накнаду *трошкова* прекршајног поступка.

2. ПРЕКРШАЈНИ НАЛОГ

Сада се у 2022. години може рећи да прекршајни налог³¹ није више новина у нашем прекршајном право имајући у виду да је он *посиоји* од 1. марта 2014. године, од дана када је почео да се примењује актуелни Закон о прекршајима. Прекршајни налог је процесни институт који омогућава поједностављени поступак кажњавања учинилаца прекршаја.³²

Од увођења прекршајног налога начелно више не постоји могућност наплате новчане казне на лицу места – на месту извршења прекршаја. Неспорно да се путем прекршајног налога растерећује суд³³, јер о прекршајном налогу суд одлучује само у случају када лице којем је издат прекршајни налог захтева судско одлучивање. Прекршајни налог се у пракси показао као *добро решење* и за лице којем се он издаје, јер то лице има могућност да

²⁹ Вид. чл. 93 Закона о прекршајима.

³⁰ Никако се не сме заборавити да у прекршајном поступку окривљени *не доказује да није крив*, већ је *тврети* доказивања обележја прекршаја и прекршајне одговорности на подносиоцу захтева за покретање прекршајног поступка. Вид. чл. 89 ст. 2 Закона о прекршајима.

³¹ О прекршајном налогу вид. Иван Милић, Прекршајни налог, *Безбједносћ – Полиција – Грађани*, бр. 1–2/2015, 243–252.

³² Mladen Jeličić, Прекршајни налог и проблеми у пракси, *Ревива за кримнологију и кривично право*, бр. 1/18, 33.

³³ Прекршајни поступак се истовремено скраћује, прекршајни судови знатно растерећују, а трошкови смањују. Игор Вуковић, *Прекршајно право*, Београд, 2015, 163.

у року од осам дана плати половину изречене казне и да се на тај начин ослободи плаћања друге половине. Ако лице плати половину изречене новчане казне сматра се да је прихватио одговорност за прекршај. Дакле, то лице је „признало извршење прекршаја“.

Такође, се условно може рећи да је у овом случају реч и о „посебном споразуму о признању прекршаја“.³⁴ Лице којем је издат прекршајни налог плаћањем половине новчане казне „активном радњом“ одустаје од судског одлучивања. Уколико би се лице „пасивно држало“, након протеча осам дана од дана уручења прекршајног налога не уплати половину изречене новчане казне нити тражи судско одлучивање, то би значило да није закључен „посебан споразум о признању прекршаја“³⁵ али је ипак *признало* извршење прекршаја – јер није захтевало судско одлучивање. Такође, и у овом случају лице може да *прихвати* одговорност за прекршај (након протеча осам дана) ако пре наступања *извршења* плати целокупан износ изречене новчане казне. Дакле, прихвата одговорност за прекршај иако пре тога није активном радњом закључио „*посебан споразум о признању прекршаја*“. То лице ће бити уписано у регистар санкција³⁶ и евентуално трпети правне последице прекршајног кажњавања.³⁷ Прекршајни налог може да се изда само за оне прекршаје за које је прописана новчана казна у *фиксном износу*. Прекршајни налог може да се изда само *јунолейним лицима*.³⁸

Прекршајни налог према ЗП може да изда само *овлашћени орган, односно овлашћено лице*. Ко је овлашћен за издавање прекршајног налога по правилу се прописује у самом акту у којем је прописан прекршај. Међутим, у појединим случајевима није једноставно утврдити ко је овлашћен за издавање прекршајног налога – што ствара проблеме у пракси. С тим у вези, ЗоППиПА експлицитно уређује ко је овлашћен за издавање прекршајног

³⁴ „Посебан споразум о признању прекршаја“ не *познаје* Закон о прекршајима, зато се он може користити као научни појам. ЗП уређује институт „споразума о признању прекршаја“ али он *не може* да се закључи за прекршаје за које се издаје прекршајни налог већ само за оне прекршаје за које се подноси захтев за покретање прекршајног поступка. То је разлог зашто се на овом месту у овом раду говори о „посебном споразуму о признању прекршаја“. О споразуму о признању прекршаја вид. Ђорђе Ђорђевић, *Прекршајно право*, Београд, 2015, 258-259.

³⁵ Са правом се у науци наводи да прихватање одговорности за прекршај поводом којег је издат прекршајни налог може бити активно и пасивно. Mladen Jeličić, *Prekršajni procesni instrumenti državne reakcije na prekršaje u Republici Srbiji, Krivičnoprocesni instrumenti efikasnosti državne reakcije na kriminalitet: (norme i praksa) / Trinaesta međunarodna naučno – stručna konferencija*, Doboj, 2022, 436.

³⁶ О регистру санкција вид. Иван Милић, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2015, 239-250.

³⁷ О томе вид. Бранислав Ристивојевић, Иван Милић, *Основи прекршајног права*, Нови Сад, 2021, 99.

³⁸ Вид. чл. 168 Закона о прекршајима.

налога, а то је Пореска управа. Она је надлежна да издаје *прекршајне налоге* за пореске прекршаје и прекршаје прописане законом који уређује фискалне касе и електронске фискалне уређаје.³⁹ На овај начин се отклања свака сумња у погледу чињенице „ко је овлашћен да издаје прекршајни налог“. Такође се на овај начин „помаже“ и суду у случају када се поводом издатог прекршајног налога покрене поступак судског одлучивања, јер суд може једноставно да утврди да је прекршајни налог издат од стране овлашћеног органа, односно овлашћеног лица.

3. ЕФИКАСНОСТ ПРЕКРШАЈНОГ КАЖЊАВАЊА И ЗАСТАРЕЛОСТ ПРЕКРШАЈНОГ ГОЊЕЊА

Прекршајни поступак није „најбоље уређен“ Законом о прекршајима, јер се у његовим процесним одредбама налазе *велике мањкавости*. Осим тога, њиме се у потпуности не уређује прекршајни поступак већ се сходно примењују одредбе Законика о кривичном поступку.⁴⁰

Изрицање прекршајне санкције⁴¹ требало би да уследи што је пре могуће након учињеног прекршаја. То свакако није увек могуће, јер је потребно да протекне одређено време да се прекршај *открије*. Надаље, када се прекршај открије, а реч је о прекршају за који се подноси захтев за покретање прекршајног поступка, потребно је да протекне одређено време да би се прекршајни поступак покренуо. Прво, да се поднесе захтев за покретање прекршајног поступка. Друго, да на основу захтева суд донесе решење о покретању прекршајног поступка. Надаље, ако суд и донесе решење о покретању прекршајног поступка потребно је одређено време да се прекршајни поступак оконча пред прекршајним судом а затим и да се поступак правноснажно оконча.

Са друге стране, када је реч о прекршајима за које се издаје прекршајни налог ситуација је *мало* другачија.⁴² Прво, прекршајно кажњавање може да

³⁹ Вид. чл. 160 ст. 1 тач. 6 ЗоППиПА.

⁴⁰ Начело Закона о прекршајима је „сходна примена одредаба Законика о кривичном поступку“. Вид. чл. 99 Закона о прекршајима.

⁴¹ О санкцијама вид. *Административная ответственность*: Учебное пособие. – Оренбург: Оренбургский институт (филиал) Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 2018, 35-43; Д. С. Андреев, Строгость административного наказания, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2/2018, 217-232; Общее административное право: учебник: в 2 ч. – Ч. 2: Административно-деликтное право (КоАП РФ). Административное судопроизводство (КАС РФ) / под ред. Ю. Н. Старилова; Воронежский государственный университет. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – Воронеж: Издательский дом ВГУ, 2017, 99-100.

⁴² Код издавања прекршајног налога није реч о прекршајном поступку. Наиме, прекршајни поступак може да води само прекршајни суд у првом степену и Прекршајни апелациони суд у другом степену. Вид. чл. 100 ЗП. У теорији се сматра да је издавање прекршајног *sui generis* налога поступак. Emir Ćorović, *Osnovi prekršajnog prava Crne Gore*, Podgorica, 2021, 302.

уследи *одмах* након чињења прекршаја. То је пре свега случај када се прекршај открије непосредним опажањем лица овлашћеног да издаје прекршајни налог – издавањем прекршајног налога на месту извршења прекршаја. У том случају „реакција државе“ на вршење *казненог дела* уследила је одмах након учињеног прекршаја. Уколико би лице којем је издат прекршајни налог прихватило одговорност и платило половину изречене новчане казне у року од осам дана, то би значило и да се *ефикасно* извршава казна. Долази се до закључка да је у овом случају потребно *најдуже* осам дана да се према „учиниоцу прекршаја изрекне и изврши казна“. Такође, у појединим случајевима могуће је да поступак *кажњавања и извршења казне* траје и само *неколико минута* – уколико лице којем је издат прекршајни налог одмах по издавању прекршајног налога уплати половину изречене новчане казне. Законом о прекршајима предвиђа се и начин којим се омогућава да се издат прекршајни налог *одмах* изврши, да се плати половина изречене казне, а ако лице то не жели или није у могућности постоји „механизам“ којим се омогућава да се изречена казна изврши што је пре могуће.⁴³

У погледу *извршења* новчане казне изречене прекршајним налогом ефикасност је *знајно мања* у случају када лице којем је издат прекршајни налог захтева судско одлучивање. У том случају се поднетим прекршајним налогом од прекршајног суда „захтева“ да он утврди да ли је прекршај учињен и да ли је окривљени одговоран за њега. Дакле, сада између поступка издавања прекршајног налога и евентуалног његовог извршења налази се *прекршајни поступак*. Уколико се окривљени у том прекршајном поступку и огласи одговорним он има право жалбе на судску одлуку. То значи да је потребно да прође „одређено време“ да би одлука прекршајног суда постала правноснажна. Тек када постане правноснажна одлука прекршајног суда се извршава.⁴⁴

Не тако мали број прекршаја „застари“. Законом о прекршајима се уређује застарелост покретања и вођења прекршајног поступка⁴⁵ и застарелост извршења казне и заштитне мере.⁴⁶ Један од разлога зашто долази до застарелости прекршајног гоњења⁴⁷ је и тај што су рокови застарелости према Закону о прекршајима „доста кратки“.⁴⁸ Тзв. релативни рок застарелости

⁴³ Вид. чл. 178 Закона о прекршајима.

⁴⁴ Мада, према Закону о прекршајима постоји могућност да се и *првостепен* пресуда изврши, тј. предвиђа се могућност извршење *пресуде пре правноснажности*. Вид. чл. 308 Закона о прекршајима.

⁴⁵ Чл. 84 Закона о прекршајима.

⁴⁶ Чл. 85 Закона о прекршајима.

⁴⁷ Након протекла одређеног времена од извршења кривичног дела у односу на учиниоца се не може водити поступак. Игор Вуковић, *Кривично право*, Београд, 2021, 560. Исто важи и када је реч о прекршајима.

⁴⁸ О застарелости прекршајног гоњења вид. Наташа Делић, Вања Бајовић, *Приручник за прекршајно право*, Београд, 2018, 126.

прекршајног гоњења је једна, а тзв. апсолутни две године од дана учињеног прекршаја. Према важећем ЗП за наступање застарелости прекршајног гоњења није од значаја *висина* запрећене казне за учињени прекршај.

Међутим, Законом о прекршајима омогућава се да се посебним законима – законима којима се прописују прекршаји пропише дужи рок застарелости прекршајног гоњења. То свакако није могуће у свим областима. То је могуће у области царинског, спољнотрговинског, девизног пословања, јавних прихода и финансија, јавних набавки, промета роба и услуга, животне средине, спречавања корупције и ваздушног саобраћаја.⁴⁹ ЗП *даје могућности* другим законима да продуже рок застарелости прекршајног гоњења, а да ли ће се та могућност искористити зависи од законодавца приликом доношења закона у наведеним областима. Тај *дужи рок* не може бити дужи од 5 година.⁵⁰ Међутим, у погледу овог *дужеј рока* важи још једно правило, а оно се тиче чињенице да ли се за учињени прекршај подноси захтев за покретање прекршајног поступка или се издаје прекршајни налог. Рок према ЗП може да се продужи само за оне прекршаје за које се подноси захтев за покретање прекршајног поступка.⁵¹

Законодавац је искористио ову могућност у Закону о пореском поступку и пореској администрацији. Њиме се прописује да се прекршајни поступак *не може* покренути ни водити ако протекне *пет година* од дана када је прекршај учињен.⁵²

Међутим, ЗоППиПА у погледу дужег рока застарелости не прави разлику у погледу тога да ли се за прекршај подноси захтев за покретање прекршајног поступка или се издаје прекршајни налог. Рок од пет година важи за *све прекршаје* за које Пореска управа предузима прекршајно гоњење – подноси захтев за покретање прекршајног поступка или издаје прекршајни налог. У овом случају јавља се проблем јер се ЗоППиПА прописује дужи рок застарелости за оне прекршаје за које се издаје *прекршајни налог* а то не омогућава ЗП.⁵³ Сада се поставља питање који закон има предност у овом случају. У погледу овог питања значајан је чл. 3 ст. 1 ЗоППиПА којим се прописује да „ако је другим законом питање из области коју уређује овај закон уређено на другачији начин, примењују се одредбе овог закона“. На овај начин ЗоППиПА „даје себи“ предност у случају да се другим законом поједина

⁴⁹ Чл. 84 ст. 5 Закона о прекршајима.

⁵⁰ Чл. 84 ст. 6 Закона о прекршајима.

⁵¹ Бранислав Ристивојевић, Иван Милић, *Основи прекршајног права*, Нови Сад, 2018, 91.

⁵² Овај рок се односи на све прекршаје за које *Пореска управа* подноси захтев за покретање прекршајног поступка, односно издаје прекршајне налоге. Вид. чл. 1146 ЗоППиПА.

⁵³ Ово је само један од примера да се у другим прописима налазе одредбе које нису у складу са Законом о прекршајима.

питања уређују друкчије. Условно⁵⁴ се може рећи да је на основу таквог решења ЗоППиПА *главни закон* у овој области. Мишљења смо да у овом случају треба да се примене одредбе ЗП у погледу застарелости прекршаја за које се издаје прекршајни налог а не одредбе ЗоППиПА и то из разлога што је Закон о прекршајима системски закон у области прекршајног права и другим прописима може да се предвиди само оно решење које ЗП омогућава.⁵⁵

ЗАКЉУЧАК

Имајући у виду да од ступања на снагу актуелног Закона о прекршајима *начелно* не постоји могућност наплате новчане казне на лицу места, лицу за које постоји сумња да је учинило прекршај издаје се *прекршајни налог* за оне прекршаје за које је прописана новчана казна у фиксном износу. Иако је издат прекршајни налог постоји могућност да се покрене прекршајни поступак уколико лице којем је прекршајни налог издат то од суда *захтева*. Лице то чини на начин и у року који предвиђа ЗП. То ће по правилу учинити када сматра да није одговоран за прекршај. У овом случају покретање прекршајног поступка зависи од лица којем је издат прекршајни налог.

Прекршајни поступак се покреће на основу захтева за покретање прекршајног поступка уколико за прекршај *није* прописана новчана казна у фиксном износу. У том случају од лица против којег је поднет такав захтев *не зависи* да ли ће се или неће покренути прекршајни поступак.

Неретко се у правним актима нејасно уређује ко је надлежан да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка или ко је овлашћен да изда прекршајни налог. Међутим, када је реч о Закону о пореском поступку и пореској администрацији у вези са питањем ко је надлежан за прекршајно гоњење све је јасно. Пореска управа је надлежна да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка и да изда прекршајни налог. Може се претпоставити да је због важности ове врсте прекршаја законодавац на јасан начин уредио питање прекршајног гоњења у ЗоППиПА. Тај закон садржи и специфичност у погледу неподношења захтева за покретање прекршајног поступка.

Законодавац се одлучио да за пореске прекршаје предвиди дужи рок застарелости прекршајног гоњења. Искористио је могућност коју дозвољава Закон о прекршајима. Међутим, у погледу прописивања дужег рока застарелости за издавање прекршајног налога у ЗоППиПА поступљено је супротно Закону о прекршајима.

⁵⁴ Условно се може рећи, јер су сви закони *једнаки*.

⁵⁵ Међутим, у судској пракси постоји и другачије тумачење – на пример вид. Пресуду Врховног касационог суда, Прзз. 30/17 од 14. 2. 2018.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Бркић Снежана, *Кривично процесно право I*, Нови Сад, 2016.
Вуковић Игор, *Кривично право*, Београд, 2021.
Вуковић Игор, *Прекршајно право*, Београд, 2015.
Делић Наташа, Бајовић Вања, *Приручник за прекршајно право*, Београд, 2018.
Ђорђевић Ђорђе, *Прекршајно право*, Београд, 2015.
Jeličić Mladen, Prekršajni nalog i problemi u praksi, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, 1/18.
Jeličić Mladen, Prekršajnoprocесni instrumenti државне реакције на прекршаје у Republici Srbiji, *Krivičnoprocesni instrumenti efikasnosti државне реакције на kriminalitet: (norme i praksa)* / Trinaesta međunarodna naučno – stručna konferencija, Doboj, 2022.
Лештанин Бранко, Никач Жељко, Прекршајна одговорност у области приватне безбедности у Србији, *Правна ријеч*, 65/2022.
Milivojević Antoliš Lana, O brojnosti прекршаја i прекршajноправних санкција u Republici Hrvatskoj, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 19, br. 1/2012.
Милић Иван, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2015.
Милић Иван, Поводом измена и допуна Закона о заштити становништва од заразних болести (шта ново доноси тзв. корона закон), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2021.
Милић Иван, Поједини казнени и криминолошки аспекти кривичних дела против привреде, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2022.
Милић Иван, Прекршајни налог, *Безбједност – Полиција – Грађани*, бр. 1–2/2015.
Mitrović Ljubinko, *Prekršajno pravo*, Banja Luka, 2014.
Ристивојевић Бранислав, Милић Иван, *Основи прекршајног права*, Нови Сад, 2021.
Ристивојевић Бранислав, Милић Иван, *Основи прекршајног права*, Нови Сад, 2018.
Ćorović Emir, *Osnovi prekršajnog prava Crne Gore*, Podgorica, 2021.

* * *

- Андреев Д. С., Строгость административного наказания, *Вестник ВГУ. Серия: Право*, 2/2018.
Заремба П. А., Гончаренко Е. О., О налоговом контроле в системе государственного финансового контроля Донецкой Народной Республики, *Донецкие чтения 2021: образование, наука, инновации, культура и вызовы современности: Материалы VI Международной научной конференции (Донецк, 26–28 октября 2021 г.)*. – Том 9: Юридические науки / под общей редакцией проф. С.В. Беспаловой. – Донецк: Изд-во ДонНУ, 2021.
Каблов Д. С., Федосеева Я. О., Предупреждение совершения должностных преступлений, *Донецкие чтения 2020: образование, наука, инновации, культура и вызовы современности: Материалы V Международной научной конференции (Донецк, 17-18 ноября 2020 г.)*. – Том 8: Юридические науки. Часть 2 / под общей редакцией проф. С.В. Беспаловой. – Донецк: Изд-во ДонНУ, 2020, 216. конференции (Донецк, 26–28 октября 2021 г.). – Том 9: Юридические

науки / под общей редакцией проф. С. В. Беспаловой. – Донецк: Изд-во ДонНУ, 2021.

Овчарова Е. В., Административная юрисдикция в области налогов и сборов и производство по делам об административных правонарушениях налогового законодательства: проблемы дуализма в правовом регулировании, *Вестник ВГУ. Серия: Право*, 2/2019.

* * *

Административная ответственность: Учебное пособие. – Оренбург: Оренбургский институт (филиал) Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 2018.

Общее административное право: учебник: в 2 ч. – Ч. 2: Административно-деликтное право (КоАП РФ). Административное судопроизводство (КАС РФ) / под ред. Ю. Н. Старилова; Воронежский государственный университет. – 2-е изд., пересмотр. и доп. – Воронеж: Издательский дом ВГУ, 2017.

* * *

Закон о личној карти, *Службени њласник РС*, бр. 62 од 19. јула 2006, 36 од 27. маја 2011, 53 од 28. маја 2021.

Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Службени њласник РС*, бр. 80 од 26. новембра 2002, 84 од 5. децембра 2002 – исправка, 23 од 13. марта 2003 – исправка, 70 од 10. јула 2003, 55 од 21. маја 2004, 61 од 18. јула 2005, 85 од 6. октобра 2005 – др. законик, 62 од 19. јула 2006 – др. закон, 61 од 30. јуна 2007, 20 од 19. марта 2009, 72 од 3. септембра 2009 – др. закон, 53 од 29. јула 2010, 101 од 30. децембра 2011, 2 од 13. јануара 2012 – исправка, 93 од 28. септембра 2012, 47 од 29. маја 2013, 108 од 6. децембра 2013, 68 од 3. јула 2014, 105 од 3. октобра 2014, 91 од 5. новембра 2015 – Аутентично тумачење, 112 од 30. децембра 2015, 15 од 25. фебруара 2016, 108 од 29. децембра 2016, 30 од 20. априла 2018, 95 од 8. децембра 2018, 86 од 6. децембра 2019, 144 од 27. новембра 2020, 96 од 8. октобра 2021.

Закон о прекршајима, *Службени њласник РС*, бр. 65 од 25. јула 2013, 13 од 19. фебруара 2016, 98 од 8. децембра 2016 – УС, 91 од 24. децембра 2019 – др. закон, 91 од 24. децембра 2019.

Законик о кривичном поступку, *Службени њласник РС*, бр. 72 од 28. септембра 2011, 101 од 30. децембра 2011, 121 од 24. децембра 2012, 32 од 8. априла 2013, 45 од 22. маја 2013, 55 од 23. маја 2014, 35 од 21. маја 2019, 27 од 24. марта 2021 – УС, 62 од 17. јуна 2021 – УС.

* * *

Прекршајни апелациони суд Прж. 10628/14 – Правни Информатор, бр. 4/2016, Интермех, Београд, Аутор сентенци: Софија Зарубац, судија Прекршајног суда у Новом Саду.

* * *

Пресуда Врховног касационог суда, Прзз. 30/17 од 14. 2. 2018.

Ivan D. Milić
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-7916-5590

The Characteristics of Misdemeanor Prosecution According to The Law on Tax Procedure and Tax Administration

Abstract: *After a misdemeanor and its perpetrator are discovered, the prosecution of the misdemeanor is initiated. Pursuant to the Misdemeanor Law either a request for initiation of a misdemeanor procedure is submitted against the defendant, or a misdemeanor warrant is issued. Without an “initiation act”, a misdemeanor procedure cannot be pursued.*

In the current Law on Tax Procedure and Tax Administration there are certain specifics concerning the procedure for pursuing defendants of tax misdemeanors. The author focuses on examining the characteristics of this procedure.

Keywords: *tax misdemeanor, initiation act, misdemeanor warrant, court.*

Датум пријема рада: 22.11.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 24.01.2023.

Датум прихватања рада: 24.01.2023.

Рајко С. Радошевић
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
R.Radosevic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5011-0748

АУСТРИЈСКО УПРАВНО СУДСТВО: РЕФОРМА И НОВА ПАРАДИГМА

Сажетак: 2012. године спроведена је велика реформа аустријског управног судства. У раду се, након крајког приказа настанка и развоја аустријског управног судства и његових класичних обележја, анализира поменути реформа. Објашњавају се мотиви за њено спровођење, њен ток и основне карактеристике новог система. Долази се до закључка о томе да је увођењем двостепеног управног судства, управног спора иуне јурисдикције и укидањем жалбе у управном поступку у Аустрији промењена парадигма правне заштите странака у управним стварима.

Кључне речи: судска контрола управе, управни спор, управно судство, аустријско управно судство, реформа аустријског управног судства.

1. УВОД

Новелом Савезног устава, 2012. године, у Аустрији је спроведена велика реформа управног спора, након вишедеценијских покушаја и расправа. Поједностављено гледано, промена се састојала у увођењу двостепеног управног судства. Старо, традиционално и класично управно судство, једностепено, изједначено и поистовећено са тадашњим Управним судом, допуњено је оснивањем првостепених управних судова – на покрајинском и савезном нивоу.

Оснивање првостепених управних судова симбол је много веће и дубље промене која је захватила аустријско управно судство и његова традиционална обележја. Циљ овог рада је да се те промене представе и сагледају у целини, како би се проверила основна теза: реформа управног судства у Аустрији у основи је променила парадигму правне заштите странака у управним стварима.

На путу ка остваривању задатог циља, поћи ћемо од настанка и развоја аустријског управног судства. Историјски развој указаће нам, у наставку, на класична обележја аустријског управног судства, а спроведена реформа и њен ток, праћен многим дилемама, показаће нам суштину и карактеристике новог система.

2. НАСТАНАК И РАЗВОЈ АУСТРИЈСКОГ УПРАВНОГ СУДСТВА

Испитивање настанка аустријског управног судства води нас у давну 1867. годину, у време када је створена Двојна монархија. Тадашњим Децембарским уставом – Основним државним законом од 21. децембра 1867. године о судској власти, да будемо прецизни – постављена је основа на којој ће се, нешто касније, изградити стабилна зграда аустријског управног судства. Уставне норме начелно су гарантовале правну заштиту против одлука органа управе: пред редовним судовима, онда када су приватним лицима била повређена приватна права, а пред Управним судом, у јавном и усменом поступку, онда када неко тврди да су му права повређена решењем или наредбом управне власти (управним актом). Детаљније нормирање случајева у којима Управни суд треба да одлучује, састава суда и судског поступка, препуштено је законодавцу.¹

Законска разрада уставноправног увода, због политичког отпора управе између осталог, морала је мало да сачека. Одлагање је, међутим, имало и својих предности, јер је, према речима аустријских писаца, оставило довољно времена за припрему правно-технички квалитетног законског текста, на концу ипак модерне садржине. У таквим околностима, Закон о Управном суду донет је 1875. године. Њиме је образован Управни суд, као једина управносудска инстанца.² Године 1876, Управни суд је започео рад и дугу традицију контроле управне власти од стране независног управног судства.³ Његова пракса, током првих пола века, имаће у области тада још увек законски неуређеног управног поступка посебан значај и попримиће посебну улогу – готово стварања права.⁴

Како бисмо корене аустријског управног судства представили у целини, морамо да узмемо у обзир још једну установу Децембарског устава – Државни

¹ Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, *RGBl.* 144/1867, Art. 15.

² Heinz Schäffer, „Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich seit 1867“, *Dolgozatok az állam- és jogtudományok koreból*, Vol. 2, 1972, 416-417.

³ Ludwig K. Adamovich, Bernd-Christian Funk, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York 1987, 445.

⁴ H. Schäffer, 418.

(Царски) суд – који је, уз Управни суд, био надлежан за решавање јавноправних спорова.⁵ И Државни суд је, паралелно са Управним судом, контролисао управу, у оквиру надлежности коју аустријски аутори називају посебним управним судством.⁶ Радило се заправо о специфичној контроли, односно о заштити уставом гарантованих политичких права грађана, након завршеног законом прописаног управног пута.⁷

Нестанак Аустро-Угарске монархије пратило је стварање, на револуционаран начин, из угла правног поретка, нове државе, републиканског облика владавине.⁸ Промене се, међутим, нису битно одразиле на управно судство. Закључком Привремене Народне скупштине за немачку Аустрију, усвојеним 30. октобра 1918. године, прихваћене су најпре све правне установе важеће у аустријским земљама, које нису изричито укинута или измењене; међу њима и постојеће управно судство.⁹ Убрзо су, законом од 6. фебруара 1919. године, задаци старог, царског и краљевског, пренети на нови Управни суд.¹⁰ На његову надлежност, организацију и поступање, уопштено гледано, наставиле су да се примењују одредбе старог аустријског права.¹¹

Стари Закон о Управном суду из 1875. године наставио је да важи и након доношења Савезног уставног закона од 1. октобра 1920. године, којим је Република Аустрија уређена као савезна држава.¹² Уставна основа управног судства, овај пут, проширена је детаљнијим уставним одредбама, о надлежности и организацији Управног суда, у оквиру посебног дела посвећеног „гаранцијама устава и управе“.¹³ У истом делу уставног текста налазиле су се и норме о Уставном суду, који је, у односу на контролу управе, добио улогу сличну оној ранијег Државног суда: Уставни суд пружао је правну заштиту уставом гарантованим правима, онда када су повређена наредбом или решењем органа управе.¹⁴

Нова верзија уставног текста о управном судству обликована је 1929. године, Новелом Савезног устава. Више се није говорило о наредбама и решењима; основни предмет управног спора, овај пут назван „одлуком“, ослањао

⁵ Ludwig Adamovich, *Grundriss des Österreichischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes)*, Wien 1927, 18.

⁶ L. K. Adamovich, B. C. Funk, 445.

⁷ Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, *RGBl.* 143/1867, Art. 3.

⁸ L. Adamovich, 20.

⁹ H. Schäffer, 420-421.

¹⁰ L. Adamovich, 22.

¹¹ H. Schäffer, 421.

¹² Ibid, 422.

¹³ Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), *BGBI.* Nr. 1/1920, Art. 129-136.

¹⁴ Bundes-Verfassungsgesetz, Art. 144.

се на истоимени појам управног акта, одређен Законом о општем управном поступку из 1925. године. Време је било да се промени и законска регулатива, тако да је, 1930. године, донет нови Закон о управном суду.¹⁵

Када је 1934. године донет нови Устав – посебног Управног суда више није ни било. Постојала је, међутим, судска контрола управе; чак се и вршила на сличан начин, као и раније. Задатке Управног и Уставног суда, уређене по узору на Устав из 1920. године, новелиран 1929, објединио је Савезни суд, ради „гарантовања уставности законодавства и законитости управе“.¹⁶

Савезни суд је убрзо, 1938. године, после Аншлуса, постао орган Немачког Рајха, назван „Управним судом у Бечу“. На штету правне заштите појединачна, његова надлежност вишеструко је ограничена. Најозбиљније ограничење, оно које погађа саму природу управног судства, рећи ће аустријски аутори, произашло је из опште условљености судске заштите дозволом органа управе. Сужене надлежности и умањеног значаја, Управни суд у Бечу изгубио је 1941. године чак и организациону самосталност: постао је само спољно веће Управног суда Рајха, чије је седиште било у Берлину.¹⁷

Крај Другог светског рата и независност Аустрије омогућили су да се ствари постепено врате уназад, на добре, старе основе. Поново су, 1945. године, формиран Управни и Уставни суд. Донет је Закон о управном суду, а крајем године враћен је на снагу Савезни устав, у верзији из 1929. С обзиром на то да у старом Уставу није било основа за многе законске новине, део о управном судству новелиран је већ 1946. године и посвећен „гарантовању законитости целокупне јавне управе“. Овим је, на традиционалним принципима, још једном успостављена стабилна судска контрола управе. Њен даљи развој, током наредних неколико деценија, обележиће мање промене, усмерене ка унапређењу правне заштите странака и начела процесне економије.¹⁸

3. ТРАДИЦИОНАЛНА ОБЕЛЕЖЈА АУСТРИЈСКОГ УПРАВНОГ СУДСТВА

Враћање аустријског управног судства на старе и постојане принципе захтева да се и ми још једном вратимо у прошлост, у време њиховог настанка. У време када су били крајње спорни; када се о оснивању Управног суда, врсти и мери судске контроле управе, оштро расправљало. Уз већ поменути политички отпор управе, вођен забринутошћу због губитка сопствене

¹⁵ H. Schäffer, 424, 427.

¹⁶ Ibid, 427-428.

¹⁷ Ibid, 431-432.

¹⁸ Ibid, 433, 435-436.

„суверености“, дискусију је обликовала и одбојност према идеји „разводњавања“ тек установљене поделе власти.¹⁹

У таквим околностима, дакле, требало је наћи праву меру судске контроле управе – ону, која не би повредила принцип поделе власти. Требало је наћи формулу у складу са којом би Управни суд контролисао управу, али не би и сам управљао. Овај принцип упућивао је на разликовање између вршења и контроле управе, које би, упркос постајању управног судства, заштитило управу од превеликог захвата и обезбедило јој пуно поштовање.²⁰

Тражену формулу и теоријску основу, која је 1875. године преточена у законске норме, дао је Карл фон Лемајер. За овог аутора, а касније и другог по реду председника Управног суда, управно судство не служи као гаранција објективног вршења управе – бар не првенствено. На првом месту, задатак управног судства састоји се у пружању правне заштите појединцима и њиховим субјективним јавним правима. С обзиром на то да је управно судство установа правне заштите, надлежност управног суда мора да се одреди генерално, а не таксативно, набрајањем појединих управноправних односа. Тамо где нема субјективних права појединаца, у областима у којима је управи дата дискрециона оцена, не може бити ни управног судства. Управносудској заштити има места тек онда када се исцрпи и коначно заврши поступак пред органима управе, који у судском поступку могу да буду само тужена страна. Управни суд пак може да буде искључиво касациона инстанца: он може да одлучује једино о томе да ли је погрешном применом правне норме, на чињенично стање, онакво какво је утврдила управна власт, повређено право тужиоца. Само изузетно, онда када је то чињенично стање недовољно утврђено, тако да примена правне норме није могућа, управни суд може да поништи управни акт и упути управну власт у то како да чињенично стање допуни.²¹

На тој скици, насликано је аустријско управно судство, класичних обележја. Оно је постало елемент правне државе и срж основних принципа аустријског устава. Правна држава, држава је устава и закона, а принцип легалитета везује управу за закон. Како би се та везаност остварила, неопходне су гаранције у оквиру система правне заштите.²² Стога је правна држава

¹⁹ Peter Chvosta, „Die ‚Jahrhundert-Reform‘ der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich – ein ‚neues Zeitalter‘ auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie in Europa?“, in: *Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie* (Hrsg. Agnieszka Krawczyk), Warszawa 2022, 22.

²⁰ Katharina Pabel, „Verwaltungsgerichtsbarkeit – Wesen und Wandel“, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1/2012, 66.

²¹ Stevan Sagadin, *Upravno sudstvo: povodom stogodišnjice rada Državnog saveta (1839-1939)*, Beograd 1940, 90-93.

²² Harald Eberhard, „Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz“, *Journal für Rechtspolitik*, 20/2012, 269-270.

истовремено и држава правне заштите, у којој концепт управног судства преваходно служи заштити грађана, у правом уређеним односима са државом.²³

Традиционално посматрано, дакле, аустријско управно судство углавном се изједначавало са Управним судом и одликовало централизацијом.²⁴ Решавање управних спорова, према том класичном концепту, било је у рукама једног суда, што су поједини аустријски аутори окарактерисали чак и принципом монопола, или бар стањем које се, уз мале изузетке, томе приближавало.²⁵ На централизацију управног судства надовезала се његова једностепеност: један суд истовремено је био и једина судска инстанца у решавању управних спорова.²⁶ Тај Управни суд ипак је био прави суд, специјализоване надлежности, потпуно одвојен и независан од управне власти.²⁷

Контрола коју је вршио Управни суд осмишљена је као накнадна контрола, која следи тек након завршетка управне делатности – онда када се исцрпи редовна правна заштита пред органима управе. Била је дефинисана на општи начин, тако да се надлежност Управног суда протеже на читаву област ауторитативне управе. Такав систем, у вези са покретањем управног спора, уобичајено се назива системом генералне клаузуле, који је ублажен негативном енумерацијом, односно набрајањем предмета о којима Управни суд не сме да одлучује. Генералну клаузулу аустријски аутори ипак су суштински доводили у питање, због начина на који је предмет управног спора био формално сужен и сведен на тачно одређене, таксативно набројане типове аката управе – на управне акте, донете у форми одлуке, пре свега.²⁸

У овом, класичном аустријском систему, сужена су била и овлашћења Управног суда. Она су редовно имала касациони карактер и била су ограничена на поништавање одлуке органа управе, због незаконитости. У решавање саме управне ствари Управни суд, по правилу, није се упуштао. Није се начелно упуштао ни у чињенична питања; задржавао се на оним правним, полазећи од чињеничног стања које су утврдили органи управе.²⁹ Касационна овлашћења, међутим, нису значила то да Управни суд није имао никакав утицај на решавање управне ствари, у садржинском смислу речи. То је утицај за који су тамошњи аутори казали да има и мериторни карактер, тачније квази-реформационо дејство, због везаности органа управе правним схватањем Управног суда, након поништавања одлуке.³⁰

²³ K. Pabel, 62-63.

²⁴ Ibid, 63-64.

²⁵ L. K. Adamovich, B. C. Funk, 445-446.

²⁶ K. Pabel, 64.

²⁷ L. K. Adamovich, B. C. Funk, 446-447.

²⁸ Ibid.

²⁹ K. Pabel, 64-65.

³⁰ L. K. Adamovich, B. C. Funk, 447.

4. РЕФОРМА АУСТРИЈСКОГ УПРАВНОГ СУДСТВА

4.1. Разлози за спровођење реформе

Иако је од самих зачетака аустријског управног судства деловало да оснивање једног управног суда неће бити довољно, за увођење двостепеног управног судства 1875. године није постојала парламентарна већина. Један од тадашњих посланика са жаљењем је предвидео да ће пре увођења првостепених управних судова „протећи још много воде“.³¹ Тако је и било, захваљујући чему су првобитна обележја аустријског управног судства и могла да постану традиционална, класична. Онолико колико су, међутим, она била постојана и дуготрајна, толико их је, подједнако постојано и дуго, пратила идеја о неопходним променама.

Нит која је над класичним устројством аустријског управног судства држала Дамоклов мач, упркос првобитној чврстости и отпорности, временом је постајала све тања и мање отпорна на захтеве за спровођењем реформе. Мотива за реформу било је више, а три су се постепено наметнула као основна: учешће покрајина (федералних јединица) у вршењу судске власти, усклађивање аустријског управног судства са европским правним стандардима и потреба за растерећењем Управног суда.³²

Залагање за првостепене управне судове, који би били образовани на нивоу федералних јединица, старо је колико и сама федерација. Образлагано је принципима федерализма и потребом да и покрајине врше судску власт, која је у аустријском уставном поретку, супротно од тога, традиционално резервисана за савезни ниво. Занимљиво је то да на карту федерализма нису играле саме покрајине – напротив, оне су се томе успротивиле, сматрајући да би формирање првостепених управних судова исувише умањило и ограничило надлежност њихових највиших органа управе. Зато се и каже како је овај аргумент покрајинама више наметнут, него што су га оне саме формулисале.³³

Од позивања на принципе федерализма значајнију улогу имали су преостали аргументи, од којих је један квантитативног, а други квалитативног карактера. У квантитативном смислу речи, у прилог реформе аустријског управног судства говорила је преоптерећеност Управног суда. Реформа је стога требало да смањи притисак на Управни суд, који произлази из великог броја предмета и поступака. Проблеми се, наравно, не задржавају само на

³¹ P. Chvosta, 23.

³² Clemens Jabloner, “Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich: 1867-2012 und darüber hinaus”, in: *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (Hrsg. M. Holoubek, M. Lang), Wien 2013, 20-21; Alexander Balthasar, “Dauerbrenner Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Alternativen zur ‘großen Lösung’?”, *Journal für Rechtspolitik*, 19/2011, 350-352.

³³ A. Balthasar, 352.

бројевима: они се брзо претачу и на квалитет судске заштите, која је, након реформе, требало да буде уподобљена европском праву.³⁴

Мерење аустријског управног судства на теразијама европских правних стандарда превасходно се односи на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода – у њој, прецизније, на члан 6 и право на правично суђење.³⁵ Право на правичну и јавну расправу у разумном року, пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона, гарантовано у грађанскоправној и кривичноправној материји, изазвало је много проблема у Аустрији.³⁶

Проблеми су дошли до изражаја најпре у оном делу права на правично суђење који се односи на утврђивање кривичноправне, односно казненоправне одговорности.³⁷ Аустријско управно право карактеристично је по томе што су норме о прекршајном поступку саставни део кодификације управног поступка, у облику, истина, издвојеног Управно-казненог закона.³⁸ О прекршајној одговорности, другим речима, одлучују органи управе и изричу прекршајне санкције. Свесна ове неусаглашености са правом на правично суђење, коју не отклања ни накнадна контрола Управног суда, сужена на правна питања и касациона овлашћења, Аустрија је, како би сачувала постојећи систем правне заштите у материји прекршаја, у том погледу ставила резерву на Европску конвенцију.³⁹

Иако је привремено решила један проблем, Аустрија се убрзо суочила са новим, још већим, овај пут у вези са другим делом права на правично суђење, који се односи на одлучивање о грађанским правима и обавезама.

³⁴ С. Jabloner, 20-21.

³⁵ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода акт је уставног карактера у Аустрији. Она је део сложене и распарчане структуре аустријских уставноправних норми, чију основу чини Савезни устав. (Вид. Harald Eberhard, Konrad Lachmayer, “Constitutional Reform 2008 in Austria: Analysis and Perspectives”, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2/2008, 113-115)

³⁶ У релевантном делу, право на правично суђење из члана 6 Европске конвенције утврђено је на следећи начин: „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.“ (*Темељи модерне демократије: избор декларација и повеља о људским правима [1215-1990]*, приредио Душан Мрђеновић, Београд 2011, 429)

³⁷ Theo Öhlinger, “Austria and Article 6 of the European Convention on Human Rights”, *European Journal of International Law*, 1/1990, 286-287.

³⁸ Драган Милков, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2020, 39; Драган Милков, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017, 79.

³⁹ Аустрија је заправо ставила резерву на члан 5 Европске конвенције, који гарантује право на слободу и безбедност. Након што је, међутим, постало јасно да се „кривичне оптужбе“ из члана 6 Европске конвенције не односе искључиво на казнене поступке пред судом, аустријски Уставни суд и Европска комисија за људска права проширили су резерву тако да обухвати и члан 6. (Т. Öhlinger, 287)

Овај елемент права на правично суђење Аустрија је првобитно разумела у духу европско-континенталног права, традиционално подељеног на јавно и приватно. У контексту ове поделе и традиционалних појмова, члан 6 Европске конвенције припадао је оквирима приватног права, без утицаја на област јавног. Европски суд за људска права, међутим, имао је другачије погледе од оних традиционалних. У својој пракси, Европски суд за људска права развио је сопствено гледиште о грађанским правима, тумачећи овај појам веома широко – тако да он обухвати и управноправне односе. Без обзира на примедбе о наметању обавеза које Аустрија првобитно није ни могла да прихвати, јер за њих није могла ни да зна, пракса Европског суда за људска права, а постепено чак и аустријског Уставног суда, припремила је терен за велике промене.⁴⁰

У прилог реформе, након што већ увелико буде започела, изјасниће се две деценије касније и Повеља Европске уније о основним правима. И она ће, у члану 47, слично Европској конвенцији, гарантовати право на делотворан правни лек и непристрасан суд, али овај пут у односу на сва права која произлазе из права Европске уније.⁴¹

4.2. Почетак реформе: оснивање независних управних већа

Упркос притиску европских правних стандарда и припремљеном терену, Аустрија путем великих и корених промена није кренула одмах. Напротив, дуго је одолевала оној највећој промени – увођењу првостепених управних судова као „великом решењу“.⁴² Уместо великог, решење је најпре било мало, усмерено ка горућем питању: очигледном раскораку између аустријског прекршајног поступка и права на правично суђење. Првостепене управне судове, Новелом Савезног устава, из 1988. године, заменила су независна управна већа, на нивоу покрајина.⁴³

О оснивању независних управних већа у контексту реформе управног судства заправо може да се говори само условно. Захваљујући њиховој специфичној правној природи, подједнако би могло да се говори и о реформи унутар управе. Независна управна већа, наиме, нису била судови; истовремено, нису била ни органи управе. За разлику од класичних органа управе независна управна већа нису била везана упутствима и инструкцијама управне власти. Иако се њихови чланови нису сматрали судијама, уживали су независност у обављању своје функције, која се првенствено састојала у

⁴⁰ T. Öhlinger, 289-291.

⁴¹ K. Pabel, 74-75.

⁴² A. Balthasar, 344.

⁴³ Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 i. d. F. Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988, BGBl, Nr. 685/1988, Art. 129.

одлучивању о прекршајима, након што је поступак пред органима управе коначно завршен. Њихова основна улога, дакле, састојала се у контроли органа управе, по чему су били слични Управном суду. Овлашћења су им ипак била шира, јер су обухватала и чињенична питања, и то у потпуности, а не само правна. Такође, за разлику од Управног суда, редовно су одлучивали мериторно, у пуној јурисдикцији.⁴⁴ У одлучивање се на крају, наравно, у границама својих класичних овлашћења, укључивао и сам Управни суд, проверавајући законитост њихових одлука.⁴⁵

Необична правна природа независних управних већа – „посебних органа који, слично судовима, врше судску делатност“⁴⁶, „рођених као компромисно решење и нека врста хермафродита“⁴⁷ – последица је тога што нису ни били основани како би задовољили мерила аустријског права, она о разликовању управних и судских органа. Правнополитички посматрано, створени су како би испунили критеријуме које од судских органа захтева право на правично суђење из члана 6 Европске конвенције.⁴⁸ Створени су, другим речима, како би могли да се подведу под специфичан појам трибунала, који је, у својој пракси посвећеној праву на правично суђење, развио Европски суд за људска права.

Одлучујући 1971. године о представци поднетој против Аустрије, у предмету Рингајзен, Европски суд за људска права заузео је став о томе да појам трибунала из члана 6 Европске конвенције може да обухвати и оне колегијалне органе који се, према критеријумима утврђеним у аустријском Савезном уставу, сматрају управним, а не судским. Њихови чланови, међутим, морају да буду независни од управне власти, постављени на најмање

⁴⁴ К. Pabel, 68-70. Осим у материји прекршаја, независна управна већа, након што би била исцрпљена правна заштита пред органима управе, одлучивала су и у предметима који се тичу вршења непосредне власти заповедања и принуде. Коначне одлуке могле су да се побијају пред независним управним већима и у другим управним областима, уколико је то било посебно прописано савезним или покрајинским законом. У тим областима, као и у материји прекршаја, под додатним условима, независна управна већа могла су да одлучују и онда када одлука није донета, односно у случају ћутања органа управе. Законом је могло да буде прописано и то да првостепене одлуке органа управе могу непосредно да се оспоравају пред независним управним већима, као изузетак од правила које независним управним већима намењује контролу другостепених одлука. (B-VG i. d. F. Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988, Art. 129a)

⁴⁵ Након измена Савезног устава, Управни суд је одлучивао о законитости одлука органа управе и независних управних већа. Предмет поступка пред Управним судом, осим донете одлуке, могло је да буде и ћутање органа управе и независних управних већа. (B-VG i. d. F. Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988, Art. 130)

⁴⁶ Ingo Kraft, „Der österreichische Verwaltungsgerichtshof nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012“, *Verwaltungsarchiv*, 2/2017, 180.

⁴⁷ Georg Lienbacher, „Allgemeines zur Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz“, *Journal für Rechtspolitik*, 19/2011, 329.

⁴⁸ К. Pabel, 69.

три године и ослобођени од било каквих инструкција. Оснивање независних управних већа, која испуњавају ове услове, почело је 1991. године, неколико година након самих уставних промена.⁴⁹

4.3. Завршетак реформе: оснивање првостепених управних судова

Независних управних већа временом је у покрајинама било све више и више, а надлежност им је била све шира и шира.⁵⁰ Слична тела почела су да се оснивају чак и на савезном нивоу, попут Независног савезног већа за азил и Независног већа за финансије.⁵¹ Њихово оснивање, међутим, није било довољно како би се ставила тачка на причу о реформи управног судства. Стављена је само запета, а прича се наставила у сличном духу као и раније. Гласови о оснивању првостепених управних судова и даље су се чули. Указујући на компромисни и привремени карактер независних управних већа, непрестано су најављивали даљу реформу, ону „праву“. Увођење првостепених управних судова чинило се као логичан корак, који би требало да уследи у овом развоју.⁵²

Нови подстицај у реформи управног судства дошао је са успостављањем тзв. Аустријског конвента, 2003. године. Рад у оквиру Конвента требало је да доведе до потпуне и суштинске реформе аустријског Устава, а један од њених значајних елемената требало је да буде и управно судство. Резултати су ипак, након две године рада, били скромнији од очекиваних: Конвент није припремио непосредно спровођење реформе, али је дао важна упутства у погледу начина на који би овај процес требало да се настави.⁵³

Важан корак у наставку, којим се закорачило на сам праг промена у организацији управног судства, био је Нацрт измена Савезног устава, који је 2007. године израдила група стручњака за реформу државе и управе. Њиме се, у материји управног судства, предвиђало баш оно што се дуго очекивало: увођење првостепених управних судова, по „моделу 9 + 1“. Овај модел значио је оснивање девет управних судова на нивоу покрајина и једног управног суда на савезном нивоу.⁵⁴

На самом прагу реформе, међутим, још једном се застало. У тексту измена Савезног устава, усвојеном 2008. године, шест месеци након израде

⁴⁹ T. Öhlinger, 288-289.

⁵⁰ I. Kraft, 180.

⁵¹ Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat, *BGBI.* I Nr. 77/1997; Bundesgesetz über den unabhängigen Finanzsenat, *BGBI.* I Nr. 97/2002.

⁵² H. Eberhard, 276.

⁵³ H. Eberhard, K. Lachmayer, 112, 118.

⁵⁴ Daniel Ennöckl, „Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Entwurf zur Staats- und Verwaltungsreform“, *Journal für Rechtspolitik*, 15/2007, 256.

Нацрта, првостепених управних судова више није било. Од њиховог увођења одустало се из нејасних, али највероватније, тврде аустријски аутори, финансијских разлога.⁵⁵ Уместо првостепених управних судова, остала су и даље да постоје независна управна већа. Промена се састојала једино у томе што је једно од њих, Независно савезно веће за азил, претворено у Суд за азил, као управни суд специјализоване надлежности – али не првостепене, јер његове одлуке странке нису могле да побијају пред Управним судом.⁵⁶

Након више деценија правнополитичке дилеме и дискусије о увођењу првостепених управних судова претиле су да постану „прича без краја“.⁵⁷ Претиле су, но та претња ипак се није остварила. На нови покушај реформе, чекало се, додуше, још четири године, али је он овај пут, када се то можда више није ни очекивало, био успешан. Новелом Савезног устава, усвојеном 2012. године, напokon се предвиђа оснивање првостепених управних судова. Но то је само она прва и најочигледнија промена, симбол целокупне реформе управног судства, која је много сложенија и свеобухватнија од онога што се на површини најлакше уочава. Реформа је до те мере дубоко захватила управно судство, да је аустријски аутори, сада већ уобичајено, називају „реформом века“ – највећом и најдалекосежнијом променом аустријског Устава од његовог ступања на снагу 1920. године.⁵⁸ Када бисмо нормативну реформу из

⁵⁵ Н. Eberhard, К. Lachmayer, 118. У аустријској правној теорији има и оних аутора који истичу то да финансијски разлози не могу да се сматрају оправдањем за неувођење првостепених управних судова. Оснивање свега неколико управних судова омогућило би укидање великог броја независних управних већа и, генерално гледано, велико „прочишћење“ државне организације, која је почела да подсећа на непрегледну „дунглу“ различитих органа. Сви ти бројни органи могли би да представљају организациону основу за увођење првостепених управних судова, која би омогућила да се и питање трошкова сагледа у другачијем светлу, а не у оном које полази од формирања једне потпуно нове организационе структуре. (G. Lienbacher, 330-332)

⁵⁶ Н. Eberhard, К. Lachmayer, 121; I. Kraft, 180. Управни суд одлучивао је једино о начелним одлукама Суда за азил, које су се прослеђивале по службеној дужности. Начелна одлука односила се на она правна питања која су добијала начелни значај – зато што су се разликовала од дотадашње праксе Управног суда или је она била неуједначена, односно није ни постојала, те зато што су то питања која су се појављивала у знатном броју поступака. (B-VG i. d. F. Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, *BGBI. I* Nr. 2/2008, Art. 132a i. V. m. Art. 129e, Abs. 1, S. 2) Странке су против одлука Суда за азил могле да се обрате једино Уставном суду, тврдећи како им је повређено уставом гарантовано право, или како су им права повређена због примене незаконите уредбе, незаконитог објављивања пречишћеног текста закона (државног уговора), неуставног закона или противправног државног уговора. (B-VG i. d. F. Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, Art. 144a) Преоптерећење Управног суда, иначе, као један од разлога за спровођење реформе, и то онај квантитативни, највише се и повезивало са предметима у материји азила. (C. Jabloner, 21)

⁵⁷ G. Lienbacher, 328.

⁵⁸ P. Chvosta, 21.

2012. године, која је 2014. године заживела и у стварности, морали да опишемо укратко, у једној реченици, казали бисмо следеће: она је суштински и гледано у целини променила парадигму правне заштите странака у управноправним односима.

Најочитију промену, према томе, ону полазну, чини увођење двостепеног управног судства, односно првостепених управних судова, по „моделу 9 + 2“.⁵⁹ У складу са овом формулом, у свакој од девет аустријских покрајина основан је по један управни суд, а преостала два основана су на савезном нивоу: Савезни управни суд и Савезни управни суд за финансије (Савезни финансијски суд).⁶⁰ Њиховим оснивањем престала је потреба за дотадашњим, прелазним решењем, тако да су независна управна већа укинута, као и низ других независних органа управе на савезном и покрајинском нивоу. Сличну судбину доживео је и Суд за азил, прерастајући у Савезни управни суд.⁶¹

Надлежност нових управних судова у решавању управних спорова подељена је тако да једнима – покрајинским судовима – припадне као правило, по принципу генералне клаузуле, а другима – савезним судовима – као таксативно наведени изузетак.⁶² Другим речима, претпоставка надлежности за решавање управних спорова важи у корист покрајинских управних судова. Савезни управни суд решава управне спорове само против аката савезних органа, у оквиру управне материје која спада у надлежност савезне државе, тј. у оквиру управних послова који се непосредно врше на савезном нивоу. Савезни финансијски суд, као специјализовани управни суд, још уже од тога, контролише акте савезних органа у области јавних дажбина, финансијског казненог права и другим законом одређеним материјама.⁶³

Организација покрајинских управних судова детаљније се уређује покрајинским законима, док се организација савезних управних судова уређује савезним законима.⁶⁴ Неке основне организационе норме наведене су и у самом уставном тексту, попут оних о саставу управних судова, положају и начину избора судија.⁶⁵ За разлику од организације, поступак пред управним судовима уређује се искључиво савезним законима: за покрајинске управне судове и Савезни управни суд јединствено, а за Савезни финансијски суд посебно.⁶⁶ Поступак пред управним судовима и Савезним управним судом нормиран је тако Савезним законом о поступку пред управним судовима из

⁵⁹ H. Eberhard, 271.

⁶⁰ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, *BGBI.* I Nr. 51/2012, Art. 129.

⁶¹ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 151, Abs. 51, Pkt. 7, 8.

⁶² Johannes Fischer, “Die Einrichtung von Verwaltungsgerichten I. Instanz (Ein neues Rechtsschutzgebäude entsteht)”, *Journal für Rechtspolitik*, 20/2012, 172.

⁶³ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 131, Abs. 1-3.

⁶⁴ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 136, Abs. 1.

⁶⁵ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 134.

⁶⁶ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 136, Abs. 2, 3.

2013. године, у односу на који се, на питања која њиме нису уређена, сходно примењују одредбе Закона о општем управном поступку.⁶⁷

Новелом Савезног устава, као новина, прописано је и то да управне спорове пред првостепеним управним судовима решава судија појединац. Као изузетак од овог правила, законом може да буде предвиђено и то да управне спорове решава судско веће, које, у складу са тим посебним правилима, може да буде различите величине и различитог састава, укључујући уз професионалне судије и судије поротнике.⁶⁸ Улога судија поротника претежно служи томе да се у вршењу судске контроле управе обезбеди потребно стручно знање из одређене управне материје.⁶⁹

Оснивање првостепених управних судова пратило је логично питање: какву ће позицију и улогу у новом систему двостепеног управног судства имати стари Управни суд? Дилема је постојала између два модела. Према првом, Управни суд би решавао о жалбама против одлука првостепених управних судова, које би могле да се подносе без посебних ограничења. Према другом, Управни суд би решавао о ревизијама против одлука првостепених управних судова, које би могле да се подносе уз одређена ограничења.⁷⁰

Новелом Савезног устава прихваћен је други модел, а основна улога Управног суда – сада би већ требало да нагласимо Врховног – постала је одлучивање о ревизијама које се подносе против одлука првостепених управних судова, због незаконитости.⁷¹ Одлуке првостепених управних су-

⁶⁷ Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 i. d. F. BGBl. I Nr. 109/2021, § 17. Поступак пред првостепеним управним судовима специфичан је по томе што не започиње пред самим судом – већ пред туженим органом управе. Тужба се, наиме, као поднесак, не предаје директно управном суду, него туженом органу управе, који треба да спроведе претходни поступак. (VwGVG, § 12) У претходном поступку, тужени орган има могућност да донесе претходну одлуку, којом се побијана одлука поништава или мења, односно којом се тужба одбацује или одбија. (VwGVG, § 14, Abs. 1) Уколико није задовољна претходном одлуком органа управе, странка има право да захтева да се тужба проследи управном суду. (VwGVG, § 15, Abs. 1) До прослеђивања тужбе управном суду, наравно, долази и онда када орган управе не искористи могућност доношења претходне одлуке. (VwGVG, § 14, Abs. 2) Претходни поступак и претходна одлука органа управе омогућавају да се избегне непотребан судски поступак. Аустријски писци објашњавају ову могућност забринутошћу законодавца да не дође до преоптерећења управних судова и наглашавају како се она у бројним управним областима показала као смислен инструмент. (P. Chvosta, 28-29)

⁶⁸ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 135, Abs. 1.

⁶⁹ P. Chvosta, 25.

⁷⁰ H. Eberhard, 274.

⁷¹ Уз одлучивање о ревизијама, надлежност Врховног управног суда обухвата још два питања: решавање о захтевима за утврђивање рокова када првостепени управни судови повреду своју обавезу доношења одлуке и решавање о сукобу надлежности између првостепених управних судова или између првостепеног управног суда и Врховног управног суда. Савезним или покрајинским законом може да се предвиди и додатна надлежност Врховног

дова имају својство правноснажности, а ревизија има карактер ванредног правног средства.⁷² Дозвољена је онда када зависи од решења правног питања које добија начелни значај. То посебно важи онда када одлука првостепеног управног суда одступа од праксе Врховног управног суда, онда када таква пракса недостаје или онда када на правно питање које треба да се реши није јединствено одговорено у претходној пракси Врховног управног суда.⁷³ Поступак одлучивања о ревизији уређен је Законом о Врховном управном суду.⁷⁴ За разлику од првостепених управних судова, Врховни управни суд одлучује у већу.⁷⁵

Прихваћени модел ревизије потврдио је позицију Врховног управног суда међу највишим судским инстанцама у Аустрији.⁷⁶ Као једном од највиших судова, улога му је примерено ограничена, сматрају аустријски аутори, како не би морао да се бави свим предметима, чак и оним багателним.⁷⁷ Основни задатак Врховног управног суда, као ревизионе инстанце, постао је обезбеђење јединствене и уједначене судске праксе – наспрам центрифугалног деловања првостепених управних судова.⁷⁸ Питање улоге Врховног управног суда и ограничења ревизије, другим речима, одлучујуће је утицало на ниво делотворности целокупног система правне заштите странака у управноправним односима.⁷⁹

управног суда, која се односи на решавање о захтевима за утврђивање незаконитости одлука или пресуда првостепених управних судова, на захтев редовног суда. (B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 133, Abs. 1, 2)

⁷² I. Kraft, 187; P. Chvosta, 35.

⁷³ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 133, Abs. 4, S. 1. Уколико одлука првостепеног управног суда за предмет има само незнатну новчану казну, савезним законом може да се предвиди и то да ревизија није дозвољена. (B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 133, Abs. 4, S. 2)

⁷⁴ Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG, BGBl. Nr. 10/1985 i. d. F. BGBl. I Nr. 109/2021. Ревизија, по правилу, нема суспензивно дејство. (VwGG, § 30, Abs. 1) Предаје се првостепеном управном суду, који мора да се изјасни о њеној дозвољености. (VwGG, § 25a) Став првостепеног управног суда о дозвољености ревизије не обавезује Врховни управни суд, али утиче на даљу процедуру. Укратко: ако првостепени управни суд сматра да је ревизија дозвољена, спровешће претходни поступак, пре него што је проследи Врховном управном суду; уколико сматра да ревизија није дозвољена (због чега се она тада назива ванредном), проследиће је Врховном управном суду, који ће тада имати обавезу да сам спроведе и претходни поступак. (VwGG, §§ 30a, 34, Abs. 1a, § 36) На процесна питања која нису уређена Законом о Врховном управном суду, примењују се одредбе Закона о општем управном поступку. (VwGG, § 62, Abs. 1)

⁷⁵ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 135, Abs. 1.

⁷⁶ Судови се у Аустрији традиционално деле на редовне судове и судове јавног права. Највиши редовни суд је Врховни суд, а у судове јавног права спадају Уставни и (Врховни) Управни суд. Међу њима нема надређености и подређености, тако да се и Управни суд, у оквиру своје надлежности, сврстава међу највише судске инстанце. (I. Kraft, 176)

⁷⁷ G. Lienbacher, 334.

⁷⁸ I. Kraft, 196.

⁷⁹ H. Eberhard, 276.

Системско сагледавање правне заштите странака налагало је да се и реформа сагледа шире. Увођење двостепеног управног судства значило је додавање једне нове инстанце на путу правне заштите странака, која би га додатно продужила. Како се предности увођења двостепеног управног судства не би претвориле у своју супротност, реформа је захватила и управни поступак, а не само управни спор.⁸⁰ За управни поступак, то је значило изостављање жалбе, као редовног правног средства.⁸¹ Тежиште правне заштите странака пренето је тиме са виших органа управе на управне судове, а сваки орган управе, у управном поступку, постао је орган прве и последње инстанце.⁸² Уместо двостепеног управног поступка, Аустрија је добила двостепено управно судство, у чијим оквирима Врховни управни суд, захваљујући ограниченој надлежности, ипак није постао пука замена за укинуту управну инстанцу.⁸³

Замена за другостепене органе управе, условно речено, постали су првостепени управни судови, захваљујући својим мериторним овлашћењима.⁸⁴ То је још једна суштинска промена, која је употпунила нову парадигму правне заштите странака: управни спор, генерално гледано, води се сада као спор пуне јурисдикције, а управна ствар решава се мериторно.⁸⁵ У материји прекршаја, пуна јурисдикција је обавезна; у класичним управним стварима, спор пуне јурисдикције води се онда када је меродавно чињенично стање утврђено или онда када је утврђивање меродавног чињеничног стања од стране самог суда у интересу брзог одлучивања или је повезано са значајним смањењем трошкова.⁸⁶ Мериторно управну ствар може да реши чак и Врховни управни суд, онда када је она сазрела за решавање, а пуна јурисдикција је у интересу једноставности, целисходности и смањења трошкова.⁸⁷

Критеријуми за одлучивање у спору пуне јурисдикције нису прописани јасно и прецизно, што свакако примећују и аустријски писци.⁸⁸ Врховни

⁸⁰ Ibid, 271.

⁸¹ Изузетак су једино управне ствари које спадају у сопствени делокруг општине. (B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 132, Abs. 6 i. V. m. Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991 i. d. F. BGBl. I Nr. 58/2018, § 63)

⁸² I. Kraft, 181.

⁸³ H. Eberhard, 276.

⁸⁴ P. Chvosta, 33.

⁸⁵ H. Eberhard, 273. Пре реформе, спор пуне јурисдикције водио се једино у случају ћутања управе, као обавезан. Након реформе, спор пуне јурисдикције постаје правило у свим управним стварима, али, занимљиво, у случају ћутања управе више није обавезан. Тачније, обавезан је само онда када орган управе не изврши судску пресуду, којом му је, у спору због ћутања управе, наложено доношење управног акта. (Ратко Радошевић, „Управни спор због ћутања управе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, 4/2015, 1974)

⁸⁶ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 130, Abs. 4.

⁸⁷ VwGG, § 42, Abs. 4.

⁸⁸ H. Eberhard, 273.

управни суд, међутим, заузео је став о томе да мериторна овлашћења првостепених управних судова редовно доприносе брзини одлучивања и смањењу трошкова.⁸⁹ Редовна пуна јурисдикција, наравно, није само у служби процесне економије. Она се сагледава као важан елемент правне државе и правне заштите странака, који омогућава да се избегну „касационе каскаде“⁹⁰ и „пингпонг ефекат“⁹¹. Државне функције тада се замењују, управна ствар претвара се у судску, а могло би да се каже и обрнуто – да одлука суда замењује управни акт.⁹² Широка и мериторна овлашћења доводе управне судове у граничну област, између контроле управе и вршења управне делатности.⁹³ Стару максиму, према којој суд контролише управу, али сам не управља, заменила је нова, која подсећа на ону француску: судити управи још увек значи управљати.⁹⁴

За правну државу и избегавање празнина у систему правне заштите странака, значајно је и проширење предмета управног спора. Традиционално заснивање судске контроле управе на формалним критеријумима и сужавање на таксативно набројане типове аката управе, донете првенствено у форми одлуке (управног акта), добија нове оквире и губи карактер некада затвореног система правне заштите.⁹⁵ Након више измена, укључујући и оне из 2012. године, данашњи предмет управног спора у Аустрији обухвата законитост одлука органа управе, законитост вршења непосредне власти заповедања и принуде, ћутање управе, али и могућност да се надлежност првостепених управних судова посебним законима прошири на још неколико питања: на законитост поступања органа управе у извршавању закона, на законитост поступања наручилаца у стварима додељивања јавних уговора и на спорове у службеничким стварима.⁹⁶ Значај овог проширења, међутим, релативан је, зато што је оно условљено посебним законима, којих, десет година након реформе, још увек нема, чиме је традиционални дефицит правне заштите странака остао непромењен.⁹⁷

На крају, поменимо и то да је нови концепт управног судства изменио и некадашњу улогу Уставног суда. У новом систему, Уставни суд не контролише управне акте, него пресуде првостепених управних судова, због повреде уставом гарантованих права, или због примене незаконите уредбе,

⁸⁹ P. Chvosta, 33.

⁹⁰ I. Kraft, 185.

⁹¹ G. Lienbacher, 333.

⁹² Bernhard Raschauer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 2017, 174.

⁹³ P. Chvosta, 38.

⁹⁴ I. Kraft, 196.

⁹⁵ H. Eberhard, 277.

⁹⁶ B-VG i. d. F. *BGBI.* I Nr. 141/2022, Art. 130, Abs. 1, 2. Вид. Ратко Радошевић, *Правна природа управног уговора* (докторска дисертација), Нови Сад 2018, 74-76, 79.

⁹⁷ P. Chvosta, 27.

незаконитог објављивања пречишћеног текста закона (државног уговора), неуставног закона или противправног државног уговора.⁹⁸ Жалба Уставном суду, против пресуде првостепеног управног суда, сматра се у правној теорији ванредним правним средством, које може да се искористи паралелно или сукцесивно у односу на друго ванредно правно средство – поменути ревизију Врховном управном суду.⁹⁹

5. ЗАКЉУЧАК

Корени аустријског управног судства налазе се у Децембарском уставу, донетом у време стварања Аустроугарске монархије. Оснивањем Управног суда 1875. године створен је систем судске контроле управе који ће, упркос великим променама у аустријском уставном поретку, дуго остати на снази и попримити класична обележја.

У том класичном систему, намењеном правној заштити странака, Управни суд био је једина судска инстанца за решавање управних спорова. Контролу дефинисану принципом генералне клаузуле, али сведену на формалноправни појам одлуке, вршио је након што се коначно заврши редовна правна заштита странака у другостепеном управном поступку. Његова овлашћења редовно су имала касациони карактер и била су сужена на контролу правних питања. У класичном систему, Управни суд је контролисао управу, али није и сам „управљао“.

Развој аустријског управног судства дуго је пратила идеја о неопходним променама. Уз онај мање важан разлог, а то је учешће покрајина у вршењу судске власти, временом су се издвојила два основна мотива за реформу: потреба да се Управни суд растерети и потреба да се аустријско управно судство усклади са европским правним стандардима. Проблем усклађивања са европским правним стандардима првенствено се односио на право на правично суђење из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Спровођење реформе ишло је тешко и трајало је веома дуго – дуже од две деценије. Основна идеја састојала се у оснивању првостепених управних судова, али је њено остваривање изнова наилазило на препреке. Зато је реформа, још 1988. године, започела нешто другачије, оснивањем независних управних већа. По мерилима аустријског права, независна управна већа нису била управни судови, али јесу била трибунали, у складу са Европском конвенцијом и праксом Европског суда за људска права.

⁹⁸ B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, Art. 144, Abs. 1.

⁹⁹ I. Kraft, 187; P. Chvosta, 35.

Од почетка је деловало да су независна управна већа прелазно и привремено решење. О реформи се и даље говорило, она се спрема, али су покушаји њеног спровођења били неуспешни. Ова „прича без краја“ ипак је на крају завршена, онда када се то можда више није ни очекивало, 2012. године, изменама Савезног устава.

Промена је убуквала то дуго планирано „велико решење“ – оснивање првостепених управних судова. Девет првостепених управних судова основано је на нивоу покрајина, а два су основана на савезном нивоу. Стари Управни суд добио је нову улогу и постао је Врховни управни суд, који одлучује о ревизији, као ванредном правном средству у управном спору. Уместо касационих овлашћења, управни судови добили су мериторна, а управни спор, од спора ограничене, постао је, по правилу, спор пуне јурисдикције.

Нове управне судове и њихова нова овлашћења пратила је још једна важна промена: укидање жалбе у управном поступку. Системским заокруживањем нове парадигме, правна заштита странака у управним стварима стављена је у руке управних судова, који више не суде само накнадно и ограничено. У новом систему, управни судови не служе искључиво томе да контролишу управу; они, условно речено, и сами „управљају“.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

- Adamovich Ludwig, *Grundriss des Österreichischen Staatsrechtes (Verfassungs- und Verwaltungsrechtes)*, Wien 1927.
- Adamovich K. Ludwig, Funk Bernd-Christian, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-New York 1987.
- Balthasar Alexander, „Dauerbrenner Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Alternativen zur ‘großen Lösung’?“, *Journal für Rechtspolitik*, 19/2011.
- Eberhard Harald, Lachmayer Konrad, „Constitutional Reform 2008 in Austria: Analysis and Perspectives“, *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 2/2008.
- Eberhard Harald, „Verwaltungsgerichtsbarkeit und Rechtsschutz“, *Journal für Rechtspolitik*, 20/2012.
- Ennöckl Daniel, „Die Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Entwurf zur Staats- und Verwaltungsreform“, *Journal für Rechtspolitik*, 15/2007.
- Jabloner Clemens, „Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich: 1867-2012 und darüber hinaus“, in: *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz* (Hrsg. M. Holoubek, M. Lang), Wien 2013.
- Kraft Ingo, „Der österreichische Verwaltungsgerichtshof nach der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012“, *Verwaltungsarchiv*, 2/2017.
- Lienbacher Georg, „Allgemeines zur Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz“, *Journal für Rechtspolitik*, 19/2011.
- Милков Драган, *Управно право II: управна делатност*, Нови Сад 2017.
- Милков Драган, *Управно право I: уводна и организациона питања*, Нови Сад 2020.

- Öhlinger Theo, "Austria and Article 6 of the European Convention on Human Rights", *European Journal of International Law*, 1/1990.
- Pabel Katharina, „Verwaltungsgerichtsbarkeit – Wesen und Wandel“, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1/2012.
- Радошевић Ратко, „Управни спор због ћутања управе“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015.
- Радошевић Ратко, *Правна природа управног уговора* (докторска дисертација), Нови Сад 2018.
- Raschauer Bernhard, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien 2017.
- Sagadin Stevan, *Upravno sudstvo: povodom stogodišnjice rada Državnog saveta (1839-1939)*, Beograd 1940.
- Schäffer Heinz, „Die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich seit 1867“, *Dolgozatok az állam- és jogtudományok koreból*, Vol. 2, 1972.
- Темељи модерне демократије: избор декларација и повеља о људским правима (1215-1990), приредио Душан Мрђеновић, Београд 2011.
- Fischer Johannes, „Die Einrichtung von Verwaltungsgerichten I. Instanz (Ein neues Rechtsschutzgebäude entsteht)“, *Journal für Rechtspolitik*, 20/2012.
- Chvosta Peter, „Die 'Jahrhundert-Reform' der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich – ein 'neues Zeitalter' auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie in Europa?“, in: *Reformen der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den Ländern der jungen Demokratie* (Hrsg. Agnieszka Krawczyk), Warszawa 2022.
- Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, *RGBl.* 143/1867.
- Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, *RGBl.* 144/1867.
- Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (Bundes-Verfassungsgesetz), *BGBL.* Nr. 1/1920.
- Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), *BGBL.* Nr. 1/1930 i. d. F. Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle 1988, *BGBL.* Nr. 685/1988.
- B-VG i. d. F. Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, *BGBL.* I Nr. 2/2008.
- B-VG i. d. F. Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, *BGBL.* I Nr. 51/2012.
- Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG, *BGBL.* Nr. 10/1985 i. d. F. *BGBL.* I Nr. 109/2021.
- Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 – AVG, *BGBL.* Nr. 51/1991 i. d. F. *BGBL.* I Nr. 58/2018.
- Bundesgesetz über den unabhängigen Bundesasylsenat, *BGBL.* I Nr. 77/1997.
- Bundesgesetz über den unabhängigen Finanzsenat, *BGBL.* I Nr. 97/2002.
- Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), *BGBL.* I Nr. 33/2013 i. d. F. *BGBL.* I Nr. 109/2021.

Ratko S. Radošević
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
R.Radoševic@pf.uns.ac.rs
ORCID ID: 0000-0002-5011-0748

Austrian Administrative Judiciary: The Reform and the New Paradigm

Abstract: *In 2012, a major reform of the Austrian administrative judiciary has been completed. The reform is analysed in this paper after a brief presentation of the origin and development of the Austrian administrative judiciary and its classical, traditional features. The analysis includes the reasons and motivation for the reform, its course and the basic characteristics of the newly implemented system. At the end, it is concluded that the introduction of a two-level administrative judiciary, an administrative dispute of full jurisdiction and the abolition of appeals in administrative procedure in Austria have changed the paradigm of the legal protection of parties in administrative matters.*

Keywords: *judicial control of the administration, administrative dispute, administrative judiciary, Austrian administrative judiciary, reform of Austrian administrative judiciary.*

Датум пријема рада: 29.11.2022.

Датум прихватања рада: 24.01.2023.

Стефан М. Гојковић
Управни суд Републике Србије
stefan.gojkovic.ius@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-0792-6207

КО СУ СУДИЈСКИ ПОМОЋНИЦИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ?

Сажетак: Судијски помоћници су важан део правосуђа Републике Србије, међутим, стиче се утисак да је јавности недовољно упућена у постојање и значај истих. Тачније, део јавности зна да судијски помоћници постоје, али није сигуран да зна шта они конкретно раде. Циљ овог рада је да се анализирају и представе положај, значај, послови, те проблеми судијских помоћника и изложе неки предлози за побољшање положаја ове важне правосудне професије. Често се каже да су судијски помоћници будућности правосуђа, али иду се претпоставља да ће ићи исти судијски помоћници „сувише” брзо изабрани за судије. Међутим, то је будућа неизвесна околност која може наступити, али и не мора. При том, постоји део судијских помоћника који уопште нема жељу да буде изабран на судијску функцију. Имајући у виду наведено, фокусирао бих се на садашње време и налажење одговора на питање: „Како побољшати положај судијских помоћника“?

Кључне речи: судијски помоћници, правосудне професије, судско особље, судови, правосуђе.

1. УВОД

„Ко су судијски помоћници?“ „Шта раде судијски помоћници?“ „Колика је плата судијских помоћника?“ Питања су са којима се судијски помоћници свакодневно сусрећу. Одговор на било које од тих питања не може се дати једном реченицом, већ захтева исцрпну анализу статуса, положаја, улоге, значаја и послова судијских помоћника, те правне регулативе која уређује ова питања. Као резултат те анализе настао је овај рад. Сама чињеница да се напред наведена питања уопште и постављају указује на први проблем, а то је да су судијски помоћници слабо видљиви у очима јавности. Циљ рада

је повећање видљивости ове неправедно игнорисане правосудне професије, која је значајна за судове и целокупно правосуђе Републике Србије.

Поред приказа важеће правне регулативе и основних појмова, у овом раду биће представљено како се постаје судијски помоћник, при чему ће бити разматрана питања оцењивања, обуке и напредовања истих. Значај судијских помоћника се огледа у пословима које обављају, а ти послови ће детаљно бити приказани. Такође, биће разматрано и питање плате судијских помоћника.

2. ПРАВНА РЕГУЛАТИВА

Закон о уређењу судова судијске помоћнике дефинише као судско особље у које још спадају судијски приправници и државни службеници и намештеници запослени на административним, техничким, рачуноводственим, информационим и осталим пратећим пословима значајним са судску власт.¹ Одредбом чл. 58 ст. 1 наведеног закона, прописани су послови судијских помоћника, па тако судијски помоћник помаже судији, израђује нацрте судских одлука, проучава правна питања, судску праксу и правну литературу, израђује нацрте правних схватања, усвојена правна схватања припрема за објављивање и самостално или уз надзор и упутства судије врши послове одређене законом и Судским пословником. По истом закону, судијски помоћници су разврстани у звања: судијски сарадник, виши судијски сарадник и судски саветник.

За звање судијског сарадника потребан је положени правосудни испит, док је за звање вишег судијског сарадника, поред положеног правосудног испита, потребно и најмање две године радног искуства у правној струци. Услови за звање судског саветника² исти су као за судију вишег суда,³ односно потребно је, поред правосудног испита, шест година радног искуства у правној струци након положеног правосудног испита. Одредбом чл. 69 ст. 2 истог закона прописано је да се за заснивање радног односа и на права,

¹ Вид. чл. 57 Закона о уређењу судова – ЗУС, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон, 101/11, 101/13, 40/15 – др. закон, 106/15, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18 – УС, 87/18, 88/18 – УС.

² Вид. чл. 59 и 60 ЗУС-а. Звање судског саветника постоји у судовима републичког ранга и апелационим судовима. У Врховном касационом суду постоји звање саветника Врховног касационог суда, које се стиче у складу са Пословником о уређењу и раду Врховног касационог суда.

³ Вид. чл. 43 – 45 Закона о судијама – ЗСУ, *Службени гласник РС*, бр. 116/08, 58/09 – УС, 104/09, 101/10, 8/12 – УС, 121/12, 124/12 – УС, 101/13, 111/14 – УС, 117/14, 40/15, 63/15 – УС, 106/15, 63/16 – УС, 47/17, 76/21.

обавезе, стручно усавршавање, оцењивање и одговорности судског особља (судијских помоћника), примењују одредбе Закона о државним службеницима и намештеницима.⁴

Уредбом⁵ се радна места судијских помоћника разврставају у звања која су одређена Законом о уређењу судова и та звања уподобљавају звањима из Закона о државним службеницима на тај начин што се: звање саветника Врховног касационог суда и звање судског саветника уподобљава звању вишег саветника, звање вишег судијског сарадника уподобљава звању самоствалног саветника, а звање судијског сарадника уподобљава звању саветника. Имајући то у виду за означавање рангова судијских помоћника у овом раду користићу звања у складу са Законом о државним службеницима.

Судски пословник је правни пропис који регулише уређење и рад судова у Републици Србији⁶ и одредбом чл. 74 прописује да судијски помоћник проучава предмете које му додели судија и припрема их за суђења, обавља поверене послове у припремном одељењу, сачињава записник о састанцима, седницама већа и одељења, припрема стручне извештаје, анализе и обавештења по налогу судије, узима изјаве странака на записник, обрађује притужбе грађана и обавља друге послове утврђене годишњим распоредом послова и актом о унутрашњој организацији и систематизацији радних места у суду. Такође судијском помоћнику може се поверити и обављање других послова под надзором судије, као што су: израда нацрта одлука, припремање реферата за судију известиоца, одређивање висине судске таксе, разврставање предмета и друго. Дакле можемо закључити да су послови судијских помоћника детаљније разрађени у судском пословнику.

Имајући у виду да судијски помоћници у позитивно правној регулативи спадају у државне службенике,⁷ највећи број питања везаних за радни однос, права, обавезе и одговорности прописан је Законом о државним службеницима, а посредно Законом о раду и Посебним колективним уговором.⁸ Плата судијских помоћника регулисана је одредбама Закона о платама државних

⁴ Закон о државним службеницима – ЗДС, *Службени листник РС*, бр. 79/05, 81/05 – исправка, 83/05 – исправка, 64/07, 67/07 – исправка, 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18, 157/20.

⁵ Вид. чл. 40 ст.1 Уредбе о разврставању радних места и мерилима за опис радних места државних службеника – УРМ, *Службени листник РС*, бр. 117/05, 108/08, 109/09, 95/10, 117/12, 84/14, 132/14, 28/15, 102/15, 113/15, 16/18, 2 /19, 4/19, 26/19, 42/19, 56/21.

⁶ Вид. чл. 1 Судског пословника – СП, *Службени листник РС*, бр. 110/09, 70/11, 19/12, 89/13, 96/15, 104/15, 113/15, 39/16, 56/16, 77/16, 16/18, 78/18, 43/19, 93/19, 18/22.

⁷ Вид. чл. 2 ЗДС-а.

⁸ Сагласно одредби чл. 4 ЗДС-а, на права и дужности државних службеника који нису уређени овим или посебним законом или другим прописом примењују се Закон о раду, *Службени листник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – УС, 113/17, 95/18 – Аутентично тумачење, те Посебан колективни уговор за државне органе, *Службени листник РС*, бр. 38/19, 55/20, 51/22.

службеника и намештеника.⁹ Мерила за одређивање броја судијских помоћника у судовима утврђена су Правилником који доноси Министар правде.¹⁰

Осим наведених прописа, поједини закони дају одређена овлашћења судијским помоћницима. Тако Закон о парничном поступку прописује да вођење записника може бити поверено судијском помоћнику.¹¹ Закон о ванпарничном поступку прописује да судијски помоћник у суду може да предузима поједине радње у поступку, кад је то овим или другим законом одређено, при чему записник о тим радњама потписују судијски помоћник и записничар који је саставио записник. Истим законом је прописано да ако је оставинском суду достављена непотпуна смртовница, суд може, према околностима, одлучити да сам састави смртовницу у суду или да то учини судијски помоћник ван суда, као и да ако јавни бележник није пописао и проценио имовину умрлог, то може да учини судијски помоћник оставинског суда.¹² Закон о извршењу и обезбеђењу прописује да судијски помоћник може предузимати поједине судске радње у извршном поступку или поступку обезбеђења, без прецизног описа судских радњи.¹³

Нацртом амандмана на Устав Републике Србије у области правосуђа из 2018. године¹⁴ било је предвиђено да, сагласно закону, у суђењу учествују и судијски помоћници.¹⁵ Од овога се, међутим, одустало¹⁶ тако да Устав

⁹ Закон о платама државних службеника и намештеника – ЗП, *Службени листник РС*, бр. 62/06, 63/06 – исправка, 115/06 – исправка, 101/07, 99/10, 108/13, 99/14, 95/18, 14/22.

¹⁰ Правилник о мерилима за одређивање броја судског особља у судовима, *Службени листник РС*, бр. 72/09, 79/09.

¹¹ Вид. чл. 115 Закона о парничном поступку, *Службени листник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20.

¹² Вид. чл. 17 ст. 3, 94 ст. 1 и 99а ст. 2 Закона о ванпарничном поступку, *Службени листник РС*, бр. 25/82, 48/88 и *Службени листник РС*, 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12, 45/13 – др. закон, 55/14, 6/15, 106/15 – др. закон, 14/22.

¹³ Вид. чл. 12 ст. 3 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени листник РС*, бр. 106/15, 106/16 – Аутентично тумачење, 113/17 – Аутентично тумачење, 54/19, 9/20 – Аутентично тумачење.

¹⁴ Вид. Нацрт уставних амандмана у области правосуђа који је унапређен са коментарима стручне јавности, <https://mpravde.gov.rs/obavestenje/21228/nacrt-ustavnih-amandmana-u-oblasti-pravosudja-koji-je-unapredjen-sa-komentarima-strucne-javnosti.php>, 15. новембра 2022. године.

¹⁵ Овако је регулисано у Републици Хрватској, одредба чл. 118 Устава Републике Хрватске, *Narodne novine*, бр. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14, прописује да у суђењу учествују судијски помоћници (*sudski savjetnici*).

¹⁶ Венецијанска комисија је, у свом Мишљењу о нацрту амандмана на уставне одредбе о правосуђу из 2018. године, указала да питање статуса судијских помоћника не треба да уређује устав, већ законски и подзаконски акти. Вид. Владан Петров, Маја Прелић Симовић, „Венецијанска комисија и уставна реформа правосуђа у Републици Србији – уз јубилеј 30 година Венецијанске комисије“, *Зборник радова 33. сусрећа Койаоничке школе природној праву – Слободан Перовић „Унификација права и правна сигурност“*, том III (ур. Јелена Перовић Вујачић), Београд 2020, 533.

Републике Србије¹⁷ и даље не препознаје судијске помоћнике као уставну категорију.

3. ПОЈМОВИ

Сматрам да су сви појмови којим се означавају судијски помоћници,¹⁸ односно њихова радна места или звања, адекватни улози судијских помоћника и пословима које врше. Као „судијски помоћници“ помажу судијама у спровођењу правде. Помажу им при припреми предмета, изради одлука, већању (вођење записника), те административним пословима везаним за вршење судијске функције (попут спровођења предмета у оквиру информатичких система). Као „судијски саветници“ имају саветодавну улогу која је корисна судијама при разматрању закона, одређених спорних правних питања или проучавању судске праксе. Као „судијски сарадници“ сарађују са судијама, претежно у вези судских одлука и представљају судијама најближе „савезнике“ у спровођењу правде, који вршећи послове за које су овлашћени, значајно растерећују судије од свих послова који нису судијски (попут административних послова) и тиме доприносе изградњи ефикасног правосуђа Републике Србије.

4. КАКО СЕ ПОСТАЈЕ СУДИЈСКИ ПОМОЋНИК?

Дипломирани правник са положеним правосудним испитом, ако испуњава услове за запослење, односно ако су испуњени услови који се тичу одређеног суда,¹⁹ може постати судијски помоћник на неки од следећих начина: 1. премештајем унутар истог суда, 2. преузимањем по основу споразума о преузимању из другог државног органа, 3. на основу спроведеног интерног конкурса, 4. избором на јавном конкурс.²⁰ Пример премештаја унутар истог

¹⁷ Устав Републике Србије – УС, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, 115/21 – Амандмани I-XXIX, 16/22.

¹⁸ Судијски помоћници се јављају у правним системима многих држава света, њихов положај и послови се разликују у зависности од правног система државе из које потичу. Такође имају и различите називе, попут: *greffier*, *greffe* у Белгији, *Gerichtsschreiber* у Швајцарској, *griffiers* у Холандији или *law clerk* у Сједињеним Америчким Државама. Вид. Anne Sanders (Сандерс), „Judicial Assistants in Europe – A Comparative Analysis“, *International Journal for Court Administration*, vol. 11, no. 3, 2020, p. 2, DOI: <https://doi.org/10.36745/ijca.360>, <https://storage.googleapis.com/jnl-up-j-ijca-files/journals/1/articles/360/submission/proof/360-1-1607-3-10-20201029.pdf>, 4-6, 14. децембар 2022. године.

¹⁹ Вид. чл. 45 – 47 ЗДС-а.

²⁰ Вид. чл. 48 ЗДС-а.

суда, била би ситуација када је судијски приправник, који је у радном односу у суду, положио правосудни испит па заснује нови радни однос у суду, као судијски помоћник. Код преузимања из другог државног органа (дакле не ради се искључиво о другом суду), који се врши на основу споразума руководиоца органа и уз сагласност судијског помоћника, не спроводи се конкурс. Судијски помоћник код ове врсте премештаја може бити распоређен у ниже, исто или непосредно више звање, ако испуњава услове.²¹ Примера ради самостални саветник из државног органа (нпр. Републичко јавно тужилаштво, Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање, Републички геодетски завод, Министарство правде Републике Србије) може да, при преузимању, у суду буде распоређен у звање саветника, односно у звање самосталног саветника, као и у звање вишег саветника. Код премештаја, односно преузимања врши се провера компетенција, у складу са законом.²²

Ако радно место није попуњено на наведене начине, може да се спроведе интерни конкурс, а ако интерни конкурс није спроведен или није успео, обавезно се спроводи јавни конкурс.²³ Састав конкурсне комисије, начин провере компетенција, критеријуме и мерила за избор на радна места за судове прописује Министар правде Републике Србије, а Влада Републике Србије уредбом ближе уређује спровођење интерног и јавног конкурса за попуњавање извршилачких радних места (у које спада радно место судијског помоћника), изглед, садржину и начин подношења обрасца пријаве, начин праћења кандидата под шифром његове пријаве и фазе изборног поступка.²⁴ Уредбом Владе Републике Србије је, између осталог, прописано да председник суда, као руководиоца органа, одлучује о томе из којих органа државни службеници могу да учествују на интерном конкурс.²⁵ На јавном конкурс^у могу да учествују сва лица која испуњавају услове за рад на радном месту судијског помоћника које се попуњава.

²¹ Вид. чл. 496 ЗДС-а.

²² Детаљније о компетенцијама вид. чл. 49г ЗДС-а, као и сајт Службе за управљање кадровима, <https://www.suk.gov.rs/tekst/852/najcesca-pitanja-i-odgovori.php>, 18. новембар 2022. године, те Правилник о саставу конкурсне комисије, начину провере компетенција, критеријумима и мерилима за избор на извршилачка радна места у судовима и јавним тужилаштвима – ПК, *Службени њласник РС*, бр. 30/19.

²³ Вид. 49 ст. 4 ЗДС-а.

²⁴ Вид. чл. 61 ст. 2 и 4 ЗДС-а.

²⁵ Вид. чл. 3 ст. 2 Уредбе о интерном и јавном конкурс^у за попуњавање радних места у државним органима – УИЈК, *Службени њласник РС*, бр. 2/19, 67/21. Тако је нпр. у огласу интерног конкурса Трећег основног суда у Београду наведено да право учешћа на конкурс^у имају државни службеници који су у радном односу на одређено време у том суду и то ако су у радном односу на одређено време обављали послове у државном органу због привремено повећаног обима посла најмање две године непрекидно пре оглашавања интерног конкурса, односно најмање две године са прекидима у периоду од три године непрекидно пре оглашавања интерног конкурса, <https://www.treci.os.sud.rs/files/Interni%20konkurs%2016.12.2019.%20godine.doc>, 8, 18. новембар 2022. године.

Сматрам да је спровођење интерних и јавних конкурса²⁶ најтранспарентнији начин заснивања радног односа судијског помоћника, а расписани конкурси се могу пратити путем интернет сајтова: судова, Службе за управљање кадровима,²⁷ као и Националне службе за запошљавање.²⁸

5. УЛОГА И ПОСЛОВИ СУДИЈСКИХ ПОМОЋНИКА

Судије су најважнији чинилац у спровођењу правде, која је у највећем интересу друштва. Они су независни у поступању и одлучивању, а суде и пресуђују на основу Устава, закона и других општих аката, потврђених међународних уговора, општеприхваћених правила међународног права.²⁹ Главна улога судијских помоћника је да помажу судијама у вршењу судијске функције и спровођењу правде. Својим стручним знањем и преданим радом пружају подршку судијама и тиме доприносе квалитету судских одлука. Судијски помоћници, вршећи послове којима су задужени, пре свега растерећују судије и тиме поспешују ефикасност рада судова и правосуђа уопште. Доношење одлука, свакако јесте и треба да буде у искључиво судијска улога. Судије су те које одлучују независно и непристрасно, на основу свог слободног судијског уверења, у складу са законом. Међутим, судијски помоћници имају великог удела у поступку доношења одлука.³⁰

Судијски помоћници често врше пријем предмета из писарнице, заводе предмет у информатичким системима суда и врше остале административно-техничке послове, врше преглед предмета, разврставају предмете, дају предлоге, врше припрему предмета, спремају реферате за судију известиоца, те израђују (више или мање самостално) нацрте судских одлука. Без обзира што је доношење одлука искључиво судијски посао, сматрам да је корисно и потребно да судијски помоћник изнесе своје мишљење о предмету у којем судија доноси одлуку. Често услед велике количине посла или обима и тежине предмета и судија може доћи у ситуацију да му неки детаљ, битна чињеница за предмет промакне. Сматрам да је дужност судијских помоћника да, када увиде пропуст, на исти и укажу судији. Свакако је избор

²⁶ У складу са правилима прописаним Правилником Министра правде Републике Србије (ПК) и Уредбом Владе Србије (УИЈК).

²⁷ <https://www.suk.gov.rs/konkursi/170>, 19. новембар 2022. године.

²⁸ Путем линка може се приступити бесплатној публикацији „Послови“, у којој се објављују огласи за конкурсе, између осталог и у судовима, <https://www.nsz.gov.rs/sadrzaj/pdf-arhiva-poslova/4108>, 19. новембар 2022. године.

²⁹ Вид. чл. 1 ЗСУ-а.

³⁰ Вид. ст. 11 – 19 Мишљења број 22 (2019), Консултивног већа европских судија (КВЕС), <https://rm.coe.int/ccje-opinion-no-22-serbian/1680a1cb0d>, 15. новембар 2022. године.

судије да ли ће изнето мишљење везано за предмет или правилност одлуке усвојити.³¹

Израда нацрта судских одлука,³² уз надзор судија, је уједно и главни посао којим се баве судијски помоћници. Ради се о креативном послу, вештини у којој судијски помоћници примењују своје (правничко) знање, а у којој такође и њихов таленат долази до изражаја. Често су нацрти одлука које израде судијских помоћници толико квалитетно урађени да судије одлуку само потпишу. Иако се, нажалост, услед великог броја предмета израда нацрта одлуке некада своди на коришћење и уклапање тзв. пелцера, сматрам да креативност и иновативност у изради увек треба да постоји. По мом мишљењу судијски помоћник треба, пре свега, да воли свој посао, те да тежи да му сваки нацрт судске одлуке буде бољи од претходног, да се посвети сваком нацрту одлуке и да свој лични печат. Међутим, да би то могло да се постигне, потребно је да судијски помоћник има слободу у изради нацрта одлука. Неке судије, међутим, желе свој ред речи у реченицама у одлукама које израђују судијски помоћници. Некада тим истим судијским помоћницима издиктирају цео текст одлуке, па се израда одлуке своди на чист записнички посао. То је апсолутно право судије чији је предмет, али мислим да је погрешно. На тај начин се спутава развој судијског помоћника и обесмишљава постојање судијских помоћника као правосудне професије, као потенцијалних носиоца судијске функције. Притом мислим да наведено представља и узалудно трошење средстава из буџета Републике Србије, јер у том случају наведеном судији и није потребан судијски помоћник, већ друга врста судског особља – записничар, а у чије послове спада записничарски посао.³³

Судијски помоћници врше послове у припремном одељењу суда где испитују процесне услове и утврђују евентуалне процесне сметње за вођење

³¹ Упор. са пословима и значајем судијских помоћника у Норвешкој, Gunnar Grendstad (Грендстад) et al., „From Backlogs to Quality Assurance. The Development of Law Clerk Units at Norwegian Courts“, *International Journal for Court Administration*, vol. 11, no. 3, 2020, p. 3, DOI: <https://doi.org/10.36745/ijca.352>, <https://storage.googleapis.com/jnl-up-j-ijca-files/journals/1/articles/352/submission/proof/352-1-1604-3-10-20201016.pdf>, 13-14, 12. децембар 2022. године.

³² Вид. Миодраг Мајић, *Вещийина йисања йрвосйейене кривичне йресуге – Приручник за кривичне судије и йрийрему йракйичной дела йравосудной исйййа*, Београд 2022.

³³ Као што је већ речено у судско особље, сагласно чл. 57 ЗУС-а, спадају државни службеници и намештеници запослени на административним, техничким, рачуноводственим, информационим и осталим пратећим пословима који су значајни са судску власт. Без наведених државних службеника и намештеника, који раде као: судска стража, уписничари, записничари, дактилографи, референти, курири, радници на експедицији, возачи и др. ниједан суд не би могао да функционише. Нажалост, ова лица имају плате које су јако ниске. Узећемо пример једног записничара у звању референт. Полазећи од одредбе чл. 9 Закона о буџету Републике Србије за 2022. годину – ЗБ, *Службени йласник РС*, бр. 110/21, 125/22 и одредаба чл. 1, 2, 7, 8 и 13 ЗП-а, можемо утврдити да основна плата таквог државног службеника износи 40.116,77 динара.

судског поступка. Учествоју у суђењима и већањима, односно предузимају поједине процесне радње попут узимања изјави од странака у парничном и ванпарничном поступку (у поступку за расправљање заоставштине). Воде записнике већања и гласања, те свеске већања, као и записнике на седницама одељења и састанцима. У извршном поступку и поступку обезбеђења судијски помоћници могу предузимати поједине судске радње. Такође врше послове у одељењима судске праксе. По правилу најискуснији судијски помоћници распоређени су у таква одељења и посао се састоји од контроле судских одлука, како у техничком смислу (штампарске грешке и слично), тако и у смислу примене материјалних и процесних закона. Ови судијски помоћници указују на евентуалне недостатке, баве се праћењем судске праксе других судова и заузетих ставова, а све са циљем уједначавања судске праксе. Такође, проучавају правне прописе, правну литературу (билтене судова, научне чланак, зборнике) и правна питања, те израђују нацрте правних схватања, односно припремају правна схватања за објављивање³⁴ и сачињавају сентенце.³⁵

Неки послови судијских помоћника су регулисани актима, попут Годишњег распореда послова, које доноси председник суда. Тако судијски помоћници у Апелационом суду у Новом Саду врше послове судске управе и то: секретара суда, послове у вези притужби, координатора за медије, уређење веб – сајта суда, те поступају по захтевима за слободан приступ информацијама од јавног значаја.³⁶ У Основном суду у Врању судијски помоћници врше послове портпарола суда, такође су у обавези да (у оквиру Инфо – службе за подршку алтернативном решавању спорова) дају информације непосредно и путем телефона, позивају странке ради консултације да ли исте прихватају медијацију, воде евиденцију у посебним уписницима „М” и евидентирају све контакте са странкама.³⁷ Судијски помоћници у Управном суду, између

³⁴ Вид. „Каталог и анализа послова судијских помоћника у Правосудном систему Републике Србије“, који је издало Удружење судија прекршајних судова РС у сарадњи са Удружењем судијских и тужилачких помоћника Србије кроз пројекат одобрен од стране USAID Пројекта владавине права под називом „Дефинисање јасног каријерног положаја судијских помоћника, унапређење транспарентности и њиховог статуса у правосудју у светлу нових уставних промена“, Београд 2019, http://usudprek.org.rs/pub/download/katalog_i_analiza_poslova.pdf, 22 – 29, 17. новембар 2022. године.

³⁵ Вид. Билтен судске праксе Управног суда бр. 8, Београд 2019, 208 – 209.

³⁶ Вид. Распоред послова судијских помоћника за 2022. годину у Апелационом суду у Новом Саду, Су I-2-31/21 од 25. новембра 2021. године, https://www.ns.ap.sud.rs/wp-content/uploads/2021/11/godisnji_raspored_sudijски_pomocnici_2022.pdf, 1, 17 новембар 2022. године.

³⁷ Вид. Годишњи распоред послова у Основном суду у Врању за 2022. годину, СУ.бр. I-2-1632/2021 од 30. новембра 2022. године, <https://vr.os.sud.rs/files/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%8A%D0%98%20%D0%A0%D0%90%D0%A1%D0%9F%D0%9E%D0%A0%D0%95%D0%94%20%D0%B7%D0%B0%202022.%20%D0%B3%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D1%83.pdf>, 38, 20. новембар 2022. године.

осталог, помажу у поступцима: по приговорима ради убрзања поступка и по информацијама о кршењу прописа, кршењу људских права, вршењу јавног овлашћења противно сврси због које је поверено, опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, као и ради спречавања штете великих размера (заштита узбуњивача).³⁸ У Врховном касационом суду судијски помоћници врше послове из области заштите података о личности (примене Закона о заштити података о личности), послове поступања по предметима из надлежности суда у вези примене прописа о тајности података у области кривичног права, послове секретара редакције Билтена судске праксе Врховног касационог суда, послове по поднетим захтевима за изузеће и искључење судија (примена процесних закона у вези института изузећа и искључења), као и послове вођења посебних регистара судских одлука Врховног касационог суда по гранама права (примена Судског пословника).³⁹

У Вишем суду у Новом Саду судијски помоћници врше послове Службе за помоћ и подршку сведоцима и оштећенима, као и псеудонимизацију и анонимизацију у судским одлукама.⁴⁰ Судијски помоћници у Апелационом суду у Београду, између осталог, врше послове реферисања и припремања нацрта одговора по поднетим притужбама, представкама, захтевима за изузеће и молбама у грађанској и кривичној материји, које се односе на предмете тог суда, као и у предметима Посебног одељења за организовани криминал и Одељења за ратне злочине, те послове реферисања и припремања нацрта одлука које доноси председник суда, у поступку по жалби против одлука донетих по предлогу да се осуђеном коме је изречена казна затвора до једне године, казна изврши без напуштања просторија у којима осуђени станује, под надзором и упутствима вршиоца функције председника суда.⁴¹

У Основном суду у Лесковцу судијски помоћници израђују нацрте одговора на притужбе које странке и други учесници у поступку упућују пред-

³⁸ Вид. Измену годишњег распореда послова Управног суда за 2022. годину, Су I-2 95/22-1 од 21. јуна 2022. године, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/godisnji-raspored/2-IZMENA-GODI%C5%A0NJE-RASPOREDA-POSLOVA-ZA-2022.pdf>, 1 – 2, 17. новембар 2022. године.

³⁹ Вид. Годишњи распоред послова судијских помоћника у Врховном касационом суду за 2022. годину, Су I-2 32/22-1 од 27. октобра 2022. године, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Pre%C4%8Di%C5%A1%C4%87en%20tekst%20G.R.poslova%20sud.pom_.%2027.10.2022.pdf, 5, и Годишњи распоред послова судијских помоћника у Врховном касационом суду за 2021. годину, Су I-2 23/21-1 од 02. децембра 2021. године, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/PRE%C4%8C.TEKST%20Godi%C5%A1.%20rasp.po_.sud_.pom_.%2002.12.2021.pdf, 5, 17. новембар 2022. године.

⁴⁰ Вид. Годишњи распоред послова Вишег суда у Новом Саду за 2022. годину, Су I-2-3/21 од 7. новембра 2022. године, <https://www.ns.vi.sud.rs/files/Godi%C5%A1nji%20raspored%20poslova%204.%20izmena.pdf>, 9 – 10, 17. новембар 2022. године.

⁴¹ Вид. Годишњи распоред послова у Апелационом Суду у Београду за 2019. годину, Су. бр. I-2 296/18 од 6. децембра 2018. године, <http://www.bg.ap.sud.rs/uploads/GODISNJI-RASPORED-2019.docx>, 4, 17. новембар 2022. године.

седнику суда. Судијски помоћници овог суда су такође и чланови стручних тимова који се образују ради преиспитивања и анализе старих предмета у суду, утврђивања узрока одуговлачења поступка и утврђивања разлога због којих предмет није решен и давања препоруке поступајућем судији за решавање предмета. Врше послове у стручним тимовима за решавање старијих предмета грађанског и кривичног одељења, као и стручним тимовима извршног одељења и за сарадњу са Агенцијом за борбу против корупције. Такође, врше послове у оквиру Службе за јавне набавке.⁴²

Као што се може видети из наведеног, судијски помоћници у судовима Републике Србије⁴³ врше велики број разноврсних послова, што оних изричито прописаних законским и подзаконским прописима, што оних који су прописани и детаљно прецизирани актима председника судова. Одредбом чл. 60 ст. 1 ЗУС-а прописано је да судски саветници (виши саветници) врше стручне послове значајне за судско одељење или цео суд. Међутим, као што видимо, судијски помоћници свих рангова (звања) врше овакве послове. Притом, треба имати у виду да судијски помоћници у звању вишег саветника постоје у судовима републичког ранга и апелационим судовим, односно да их у великом броју судова нема.⁴⁴ Као пример посла значајног за цео суд навешћу поступање по захтевима за слободан приступ информацијама од јавног значаја. У наведеном поступку, који је регулисан одредбама Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја,⁴⁵ суд представља орган јавне власти који је дужан да тражиоцу информација достави информацију од јавног значаја,⁴⁶ док судијски помоћници, када су овлашћени од стране председника суда, поступају по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја.⁴⁷ Тај закон, између осталог, прописује да ће се новчаном казном од 20.000,00 до 100.000,00 динара казнити за прекршај овлашћено лице органа власти у великом броју случајева.⁴⁸ Судијски помоћници, као

⁴² Вид. Годишњи распоред послова Основног суда у Лесковцу, I Су 2 бр. 2291/2021 од 08. децембра 2021. године, <http://www.le.os.sud.rs/wp-content/uploads/2022/01/GODI%C5%A0NJI-RASPORED-POSLOVA-ZA-2022.-GODINU.pdf>, 19 – 23, 17. новембар 2022. године.

⁴³ У Републици Хрватској судијски помоћници учествују у суђењу и овлашћени су да самостално спроводе одређене судске поступке, оцењују доказе и утврђују чињенице. Вид. чл. 109 и 110 Закона о судовима, *Narodne novine*, бр. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22, такође вид. Aleksandra Maganić (Маганић), Lara Hraste (Храсте), „Različiti oblici rasterećenja pravosuđa u Republici Hrvatskoj – trebaju li Hrvatskoj Rechtspflegeri?“, *Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja*, бр. 1(93), год. 46, Загреб 2013, 31 – 38.

⁴⁴ Вид. чл. 60 ст. 2 ЗУС-а.

⁴⁵ Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја – ЗЈЗ, *Службени гласник РС*, бр. 120/04, 54/07, 104/09, 36/10, 105/21.

⁴⁶ Више о информација од јавног значаја, органима јавне власти и поступању по захтевима за слободан приступ информацијама од јавног значаја вид. чл. 2 – 21 ЗЈЗ-а.

⁴⁷ Вид. чл. 38 ЗЈЗ-а.

⁴⁸ Вид. чл. 46 ст. 2 ЗЈЗ-а.

овлашћена лица, поред обављања одговорног посла који је важан за суд, ризикују да буду кажњени за прекршај казнама које су веће од плате великог броја судијских помоћника.

6. ОЦЕЊИВАЊЕ

Рад судијског помоћника, који је радио дуже од шест месеци у календарској години, се оцењује.⁴⁹ Циљ оцењивања судијског помоћника је објективно и непристрасно утврђивање успешности његовог рада и његово напредовање, очување и унапређење стручности, односно оспособљености, те подстицање у остваривању најбољих резултата рада, као и побољшање ефикасности рада судова.⁵⁰ Рад се оцењује једном годишње, док се резултати вреднују шестомесечно. Оцењује се и судијски помоћник који је у радном односу на одређено време.⁵¹ Надлежан за доношење решења о оцени и оцењивање судијског помоћника је председник суда,⁵² који оцењивање врши по прибављеном мишљењу чланова одељења, чланова већа, односно судије са којим судијски помоћник ради (предлагачи оцено).⁵³

При оцењивању вреднују се обим и квалитет посла, савесност, те предузимљивост судијског помоћника, а оцено су: „не задовољава”, „задовољава”, „добар”, „истиче се” и „нарочито се истиче”.⁵⁴ Обим посла је критеријум кроз који се види ефикасност судијског помоћника у извршавању послова којима је задужен, док је мерило за оцену овог критеријума број израђених нацрта одлука и завршених послова. Кроз критеријум квалитет посла види способност и знање судијског помоћника у примени права.⁵⁵ Савесност је критеријум на основу кога се види однос судијског помоћника према послу и раду суда као целине, односно његова посвећеност и квалитет сарадње судијског помоћника са судијама, судским особљем и учесницима у поступку.⁵⁶ Кроз критеријум предузимљивост види се способност судијског помоћника да остварује појединачне радне циљеве, даје предлоге за побољшање и унапређење њиховог остваривања и да учествује у другим активностима и пословима за потребе суда. Мерила за оцену овог критеријума су самосталност

⁴⁹ Вид. чл. 61 ЗУС-а.

⁵⁰ Вид. чл. 2 Правилника о критеријумима, мерилима и поступку за оцењивање рада судијских помоћника – ПО, *Службени гласник РС*, бр. 32/16, 103/18 – УС, 37/19.

⁵¹ Вид. чл. 3 и 4 ПО-а.

⁵² Вид. чл. 62 и 64 ЗУС-а.

⁵³ Вид. чл. 8 ст. 2 ПО-а.

⁵⁴ Вид. чл. 63 ЗУС-а.

⁵⁵ Вид. чл. 13 и 14 ПО-а.

⁵⁶ Вид. чл. 15 ПО-а.

у раду и показана иницијатива судијског помоћника и додатне активности и послови.⁵⁷

У „додатне активности и послове” неспорно спадају учешће судијских помоћника у стручним обукама, семинарима, округлим столовима, те радним телима за израде закона, али је спорно да ли напред наведени послови које судијски помоћници врше, поготово на основу аката председника судова, спадају у „основне” или „додатне” послове.

Моје мишљење је да велики број тих послова представља додатне послове, у случају када судијски помоћник поред нпр. поступања по приговорима ради убрзања поступка,⁵⁸ врши и своје основне послове, прописане ЗУС-ом и СП-ом, попут рада у већу. Такође сматрам да свако додатно задужење, односно посао, треба да буде на добровољној основи, од већег утицаја за оцењивање, као и додатно плаћен. Управо ова нејасноћа у вези са пословима, односно задужењима судијских помоћника говори у прилог да права, обавезе и послови судијских помоћника треба да буду уређени на јаснији начин, са прецизним разграничавањем основних и додатних послова.

Сматрам да најреалнију слику о раду судијских помоћника имају судије са којима раде (предлагачи оцена) и да су они најпозванији да дају предлог за оцену (који предлог у највећем броју случајева председник суда усваја, те предлог фактички постаје одлука), али да проблем у пракси може бити када је однос предлагача нпр. судије појединца и судијског помоћника поремећен, те исти може утицати на (неосновано) ниску оцену која је предложена судијском помоћнику. Да би се избегла ситуација да тај судијски помоћник „буде оштећен” из разлога који суштински није пословне природе, већ личне, корисно би било ротирање судијских помоћника између различитих судских већа (предлагача), у одређеном временском интервалу (попут шест месеци). Ово би такође допринело стручном развоју судијских помоћника, будући да би на тај начин стицали знање и искуство од различитих судија.

Законом о изменама и допунама закона о државним службеницима – ЗИДС, врши се уподобљавање оцена са вредновањем радне успешности у складу са тим законом, тако што се: оцена „нарочито се истиче” уподобљава вредновању радне успешности којим државни службеник превазилази очекивања, оцена „истиче се” и „добар” уподобљава вредновању радне успешности којим државни службеник испуњава очекивања, оцена „задовољава” уподобљава вредновању радне успешности којим је државном службенику одређено да

⁵⁷ Вид. чл. 16 ПО-а.

⁵⁸ Односно поступање у складу са одредбама Закона о заштити права на суђење у разумном року, *Службени гласник РС*, бр. 40/15. Више о суђењу у разумном року вид. Весна Билбија, „Мерила за оцену трајања суђења у разумном року“, *Зборник радова са XXIII међународној научној скупи „Проузроковање штиће, накнада штиће и осигурање”*, (ур. Здравко Петровић et al.), Београд – Ваљево 2020, 533 – 545.

је потребно побољшање, а оцена „не задовољава” уподобљава вредновању радне успешности којим државни службеник не испуњава већину очекивања.⁵⁹

Ово суштински значи да је у режиму државних службеника систем оцењивања замењен системом вредновања радне успешности. Закон који уређује плате судијских помоћника је усаглашен са ЗИДС-ом, међутим ЗУС и ПО су и даље у систему оцењивања. Како би се избегле евентуалне нејасноће које се могу јавити, сматрам да прописе треба међусобно усагласити и користити један систем којим ће се оцењивати или вредновати рад судијских помоћника.

7. ОБУКЕ

Сам посао судијских помоћника представља неку врсту обуке и стручног усавршавања. Судијски помоћници се радом у суду, односно израдом нацрта одлука и вршењем послова којима су задужени, обучавају за вршење судијске функције, а што је циљ до ког жели да стигне добар део судијских помоћника. Боравком у суду судијски помоћници стичу корисна практична знања и вештине, при чему уче о функционисању судова и правосуђа изнутра. Ово је битно јер су, нажалост, образовни систем и правни факултети фокусирани на теоријско знање, са тек неколико практичних предмета и минимално праксе.⁶⁰ Највећа предност рада у суду је стицање знања и вештина на самом извору права и могућност константног личног развоја. Притом, када судијски помоћник ради у неком од судова посебне надлежности (попут Управног суда или Привредних судова), знање које стекне је ексклузивно. Главни ментори, преносиоци знања и вештина су судије, тако да је за сагледавање посла из више углова и грађење судијских помоћника као стручњака пожељно да сарађују са што више судија. Ово се може постићи, као што је већ наведено, периодичним ротацијама судијских помоћника.

Поред наведене врсте усавршавања, право и дужност судијских помоћника је стручно усавршавање похађањем обука.⁶¹ Оне спадају у додатне активности и од утицаја су на оцењивање рада судијских помоћника. Континуирано стручно усавршавање судијских помоћника путем обука неопходно је и корисно, без обзира на то да ли планирају да цео радни век проведу као судијски помоћници или теже ка судијској функцији. Нарочито је корисно

⁵⁹ Вид. чл. 93 ст. 2 Закона о изменама и допунама Закона о државним службеницима, *Службени гласник РС*, бр. 95/18.

⁶⁰ Вид. списак предмета Правног факултета Универзитета у Београду, https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2022/11/FIS_nastavni_plan_11_OAS.pdf; 26. новембар 2022. године.

⁶¹ Вид. чл. 96 ЗДС-а.

стручно усавршавање у специфичним областима (материји) у којима судијски помоћник ради. Учешћем на обукама, коју најчешће спроводе предавачи из различитих органа и организација, судијски помоћник има могућност да научи нове ствари, корисне за вршење посла и лични, односно професионални развој, као и да прошири знање. Такође, на великом броју обука (предавања, семинара, округлих столова) судијски помоћници имају могућност да размењују мишљење и знања са другим учесницима и предавачима. Унапређење стручности правосуђа, а самим тим и судијских помоћника, је један од посебних циљева Стратегије развоја правосуђа за период 2020–2025. године.⁶²

Учешће судијског помоћника на обукама може бити проблематично из угла суда и судија са којима ради, јер фактички тих дана када је на обуци, нпр. вишедневном семинару, судијски помоћник не може да врши своје послове у суду. Међутим, полазећи од чињенице да су стручне обуке право и дужност судијских помоћника, те да су корисне за целокупан рад суда, сматрам да учешће на истим не може бити условљавано или спречавано ни на који начин. Управни суд, као позитиван пример, сарадњом са различитим органима и организацијама омогућује својим судијским помоћницима константно усавршавање и учешће на великом броју обука из разноврсних области.⁶³

8. ПЛАТА

Плата судијских помоћника се састоји од основне плате и додатака на плату, при чему се основна плата добија множењем коефицијента са основцом.⁶⁴ Основица је јединствена и утврђује се за сваку буџетску годину Законом о буџету Републике Србије,⁶⁵ па је тако у 2022. години била у нето износу од 25.881,79 динара.⁶⁶ Коефицијент се одређује решењем председника суда и то на основу платне групе и платног разреда. Судијски помоћници су разврстани у шесту, седму и осму платну групу, тако што шесту платну групу чине виши саветници, седму платну групу чине самостални саветници, а осму платну групу чине саветници. У свакој платној групи има осам платних разреда.⁶⁷

⁶² Вид. Стратегију развоја правосуђа за период 2020-2025. године, *Службени њласник РС*, бр. 101/20, 18/22.

⁶³ Вид. Годишњи извештај о раду Управног суда по материјама за период од 01. јануара 2021. године до 31. децембра 2021. године, Су ИП-20 4/22-1 од 10. јануара 2022. године, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/Izvestaji-o-radu-suda/GODI%C5%A0NJI-IZVE%C5%A0TAJ-2021.pdf>, 20 – 21, 25, 27 – 28 и 35, 27. новембар 2022. године.

⁶⁴ Вид. чл. 2 и 7 ЗП-а.

⁶⁵ Вид. чл. 8 ЗП-а.

⁶⁶ Вид. чл. 9 ЗБ-а.

⁶⁷ Вид. чл. 13 – 15 ЗП-а.

Када судијски помоћник први пут заснива радни однос одређује му се коефицијент у првом платном разреду унутар платне групе коју чини његово звање.⁶⁸ Простом рачунском операцијом долазимо до износа основних плата судијских помоћника, па тако почетна основна плата саветника износи 65.480,92 динара, самосталних саветника износи 81.786,45 динара, док плата виших саветника износи 102.491,88 динар. Када имамо у виду просечну нето плату у Републици Србији, која је за септембар 2022. године износила 74.981,00 динар,⁶⁹ можемо закључити да је почетна плата саветника нижа од просечне плате. Поред основне плате судијски помоћници имају право на додатке на основну плату. Ту спадају додаци: за време проведено у радном односу у било ком државном органу, за рад ноћу, за рад на дан празника који није радни дан, за додатно оптерећење на раду, за приправност и прековремени рад.⁷⁰

Чињеница да добар део судијских помоћника има плату која је испод републичког просека је крајње демотивисајућа⁷¹ и деградирајућа. Ово посебно имајући у виду битне послове које судијски помоћници обављају, значај за целокупни правни систем Републике Србије, знање које поседују и степен образовања. Јасно је да је за квалитетан рад и егзистенцијалну сигурност запосленог потребно да запослени – судијски помоћник, буде адекватно плаћен. Такође је јасно да не постоји законска могућност да се наведена примања повећају, све док су статус и положај сарадника уређени важећим прописима. Јавља је логичан закључак да је потребно да судијски помоћници добију посебан закон, којим ће се, између осталог, уредити и њихова примања.

Полазећи од чињенице да се судијске плате разликују у зависности од ранга суда у ком поступају,⁷² сматрам да плата судијских помоћника треба да буде у одређеном процентуалном износу од судијске плате суда у којем судијски помоћник ради. Ово из разлога што судије и судијски помоћници истог суда, свако у оквиру својих овлашћења, поступају у истим предметима, а комплексност материје, као и количина предмета подједнако утичу и на судије и на судијске помоћнике.

⁶⁸ Вид. чл. 17 ст. 2 ЗП-а.

⁶⁹ <https://www.stat.gov.rs/sr-latn/vesti/statisticalrelease/?p=8907&a=24&s=2403?s=2403>, 15. децембар 2022. године.

⁷⁰ Вид. чл. 23 – 31 ЗП-а.

⁷¹ У Сједињеним Америчким Државама посао судијског помоћника (*law clerk*) у Врховном суду (*Supreme Court of United States*) представља најпрестижнији посао за дипломиране правнике, а судијски помоћници су део правничке, политичке и пословне елите. Вид. Artemus Ward (Вард), David L. Weiden (Вејден), *Sorcerers' Apprentices: 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York – London 2007, 1.

⁷² Вид. чл. 37 – 42 ЗСУ-а.

9. НАПРЕДОВАЊЕ И НАГРАЂИВАЊЕ

Напредовање, односно награђивање, утиче на мотивацију и личну сатисфакцију свих запослених, па тако и судијских помоћника. На основу напредовања и награђивања плата судијских помоћника расте. Већа мотивисаност повећава продуктивност судијских помоћника, а што доводи до побољшања ефикасности судова, односно правосуђа у целини.

Напредовање је могуће преласком у непосредно више звање, а награђивање преласком у виши платни разред у оквиру истог звања одређивањем вишег коефицијента.⁷³ Када судијски помоћник прелази у непосредно више звање (нпр. из звања саветника у звање самосталног саветника) одређује му се коефицијент првог платног разреда тог (новог) звања.⁷⁴ Судијски помоћник може прећи у непосредно више звање, ако постоји упражњено радно место, ако испуњава услове за рад на њему, ако има потребне компетенције и ако је две године узастопно утврђено да превазилази очекивања,⁷⁵ односно ако је пет година узастопно утврђено најмање да испуњава очекивања.⁷⁶ ЗДС прописује један случај убрзаног напредовања који је примењив на самосталне саветнике. Наиме, ако је самостални саветник напредовао из звања саветника на основу тога што је две године за редом утврђено да превазилази очекивања и ако је опет утврђено да превазилази очекивања, може напредовати у звање вишег саветника и ако не испуњава услове везане за радно искуство у струци.⁷⁷ То конкретно значи да самостални саветник који је напредовао на основу тога што је у 2020. и 2021. години утврђено да превазилази очекивања, па му је у 2022. години опет утврђено да превазилази очекивања, може у 2023. години напредовати у звање вишег саветника, иако нема шест година радног искуства у правној струци након положеног правосудног испита.

Награђивање се врши тако што се судијском помоћнику коме је у два узастопна вредновања радне успешности утврђено да је превазишао очекивања одређује коефицијент већи за два платна разреда у односу на његов дотадашњи коефицијент. Судијски помоћник коме је у два узастопна вредновања радне успешности утврђено да је превазишао очекивања или испунио очекивања, без обзира на редослед, награђује се повећањем коефицијента за један платни разред. Увећањем коефицијента за један платни разред награђује се

⁷³ Вид. чл. 87 и 87а ЗДС-а.

⁷⁴ Вид. чл. 17 ст. 1 ЗП-а.

⁷⁵ Вид. чл. 88 ст. 1 ЗДС-а.

⁷⁶ Вид. чл. 88 ст. 3 ЗДС-а.

⁷⁷ Вид. чл. 88 ст. 2 ЗДС-а. Такође и одредба чл. 63 ст. 4 ЗУС-а прописује један посебан случај у ком самостални саветник може бити распоређен у звање вишег саветника, ако је најмање две године узастопно био оцењиван највишом оценом „нарочито се истиче”, чак и ако не испуњава услове за судију вишег суда.

судијски помоћник коме је у три узастопна вредновања радне успешности утврђено да је испунио очекивања.⁷⁸

ЗАКЉУЧАК

Судијски помоћници су, сагласно важећим прописима, државни службеници који спадају у судско особље. Сам појам „судско особље“, по мом мишљењу, није адекватан за судијске помоћнике, јер не указује на улогу и значај ове правосудне професије за функционисање судова и правосуђа уопштено. Значај судијских помоћника се огледа у пословима које врше, често потпуно самостално. Ради се о разноврсним, стручним и одговорним пословима без којих судови не би могли да функционишу. Неки послови су прописани законским и подзаконским актима, а неке послове судијски помоћници врше на основу аката председника судова. Сматрам да је спорна одредба СП-а, која прописује да се судијским помоћницима могу поверити и „други послови“, јер је сувише широко постављена и суштински даје могућност да се судијским помоћницима наложи вршење било ког посла. Често судијски помоћници врше неколико захтевних послова у суду, те је нејасно шта је „основни“, а шта „додатни посао“. Стога закључујем да је потребно да се правна регулатива мења, тако што ће се послови јасније дефинисати и ограничити. Такође сматрам да судијски помоћници, сагласно природи послова које врше, чине посебну категорију запослених у правосуђу и да, самим тим, не могу бити у режиму државних службеника, стога је потребно да се из истог изместе. Имајући у виду да судијски помоћници врше послове у судовима, којима припада судска власт, мишљења сам да Високи савет судства, а не органи извршне власти, треба да доноси акте битне за њихов положај.

Судијски помоћници су важан шраф у механизму званом правосуђе Републике Србије, јер да није судијских помоћника судови не би могли да функционишу. Ради се о групацији људи која ради и те како видљиве и битне послове за правосуђе у целини, али која је слабије видљива у очима јавности. Део судијских помоћника ће постати носиоци судијске функције, при чему постоје и судијски помоћници који немају такве амбиције. Свакако судијски помоћници су садашњост и будућност српског правосуђа. Имајући то у виду, сматрам да судијске помоћнике тако треба и третирали. Потребно је, пре свега, препознати судијске помоћнике као посебну категорију запослених у правосуђу, те константно радити на побољшању њиховог положаја. Велики проблем судијских помоћника јесте ниска плата, која је некад нижа и од републичког просека. Ниска плата за последицу има одлазак судијских по-

⁷⁸ Вид. чл. 16 ЗП-а.

моћника из судова на нека боље плаћена радна места. Одлив стручног кадра није у интересу судова, као ни правосуђа у целини. Правосуђе без стручног кадра, свакако, није у интересу Републике Србије. Стога, јавља се логичан закључак, да је судијским помоћницима, имајући у виду њихову улогу, полове и значај, потребно обезбедити адекватније зараде.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Литература

- Билбија Весна, „Мерила за оцену трајања суђења у разумном року“, *Зборник радова са XXIII међународној научној скупи „Проузроковање штеђења, накнада штете и осигурање“*, (ур. Здравко Петровић et al.), Београд – Ваљево 2020, 533 – 545.
- Билтен судске праксе Управног суда бр. 8, Београд 2019, 208 – 209.
- Ward (Бард) Artemus, Weiden (Вејден) David L, *Sorcerers' Apprentices: 100 Years of Law Clerks at the United States Supreme Court*, New York – London 2007, 1.
- Grendstad (Грендстад) Gunnar et al., „From Backlogs to Quality Assurance. The Development of Law Clerk Units at Norwegian Courts“, *International Journal for Court Administration*, vol. 11, no. 3, 2020, p. 3, DOI: <https://doi.org/10.36745/ijca.352>, <https://storage.googleapis.com/jnl-up-j-ijca-files/journals/1/articles/352/submission/proof/352-1-1604-3-10-20201016.pdf>, 13 – 14, 12. децембар 2022. године.
- Maganić (Маганић) Aleksandra, Hraste (Храсте) Lara, „Različiti oblici rasterećenja pravosuđa u Republici Hrvatskoj – trebaju li Hrvatskoj Rechtspflegerei?“, *Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja*, br. 1(93), god. 46, 31 – 38, Загреб 2013.
- Мајић Миодраг, *Вещијина писања првостепене кривичне пресуде – Приручник за кривичне судије и припрему практичној дела правосудној испитија*, Београд 2022.
- Петров Владан, Прелић Симовић Маја, „Венецијанска комисија и уставна реформа правосуђа у Републици Србији – уз јубилеј 30 година Венецијанске комисије“, *Зборник радова 33. сусрећја Којаоничке школе природној права – Слободан Перовић „Унификација права и правна сигурносћ“*, том III, (ур. Јелена Перовић Вујачић), Београд 2020, 533.
- Sanders (Сандерс) Anne, „Judicial Assistants in Europe – A Comparative Analysis“, *International Journal for Court Administration*, vol. 11, no. 3, 2020, p. 2, DOI: <https://doi.org/10.36745/ijca.360>, <https://storage.googleapis.com/jnl-up-j-ijca-files/journals/1/articles/360/submission/proof/360-1-1607-3-10-20201029.pdf>, 4–6, 14. децембар 2022. године.

Прописи

Закон о буџету Републике Србије за 2022. годину – ЗБ, *Службени гласник РС*, бр. 110/21, 125/22.

- Закон о ванпарничном поступку, *Службени њласник РС*, бр. 25/82, 48/88 и *Службени њласник РС*, 46/95 – др. закон, 18/05 – др. закон, 85/12, 45/13 – др. закон, 55/14, 6/15, 106/15 – др. закон, 14/22.
- Закон о државним службеницима – ЗДС, *Службени њласник РС*, бр. 79/05, 81/05 – исправка, 83/05 – исправка, 64/07, 67/07 – исправка, 116/08, 104/09, 99/14, 94/17, 95/18, 157/20.
- Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Службени њласник РС*, бр. 40/15.
- Закон о извршењу и обезбеђењу, *Службени њласник РС*, бр. 106/15, 106/16 – Аутентично тумачење, 113/17 – Аутентично тумачење, 54/19, 9/20 – Аутентично тумачење.
- Закон о изменама и допунама Закона о државним службеницима, *Службени њласник РС*, бр. 95/18.
- Закон о парничном поступку, *Службени њласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20.
- Закон о платама државних службеника и намештеника – ЗП, *Службени гласник РС*, бр. 62/06, 63/06 – исправка, 115/06 – исправка, 101/07, 99/10, 108/13, 99/14, 95/18, 14/22.
- Закон о раду, *Службени њласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – УС, 113/17, 95/18 – Аутентично тумачење.
- Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја – ЗЈЗ, *Службени њласник РС*, бр. 120/04, 54/07, 104/09, 36/10, 105/21.
- Закон о судијама – ЗСУ, *Службени њласник РС*, бр. 116/08, 58/09 – УС, 104/09, 101/10, 8/12 – УС, 121/12, 124/12 – УС, 101/13, 111/14 – УС, 117/14, 40/15, 63/15 – УС, 106/15, 63/16 – УС, 47/17, 76/21.
- Закон о судовима, *Narodne novine*, бр. 28/13, 33/15, 82/15, 82/16, 67/18, 126/19, 130/20, 21/22, 60/22.
- Закон о уређењу судова – ЗУС, *Службени њласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон, 101/11, 101/13, 40/15 – др. закон, 106/15, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18 – УС, 87/18, 88/18 – УС.
- Нацрт уставних амандмана у области правосуђа који је унапређен са коментарима стручне јавности, <https://mpravde.gov.rs/obavestenje/21228/nacrt-ustavnih-amandmana-u-oblasti-pravosudja-koji-je-unapredjen-sa-komentarima-strucne-javnosti.php>, 15. новембра 2022. године.
- Посебан колективни уговор за државне органе, *Службени њласник РС*, бр. 38/19, 55/20, 51/22.
- Правилник о критеријумима, мерилима и поступку за оцењивање рада судијских помоћника – ПО, *Службени њласник РС*, бр. 32/16, 103/18 – УС, 37/19.
- Правилник о мерилима за одређивање броја судског особља у судовима, *Службени њласник РС*, бр. 72/09, 79/09.
- Правилник о саставу конкурсне комисије, начину провере компетенција, критеријумима и мерилима за избор на извршилачка радна места у судовима и јавним тужилаштвима – ПК, *Службени њласник РС*, бр. 30/19.
- Стратегија развоја правосуђа за период 2020-2025. године, *Службени њласник РС*, бр. 101/20, 18/22.
- Судски пословник – СП, *Службени њласник РС*, бр. 110/09, 70/11, 19/12, 89/13, 96/15, 104/15, 113/15, 39/16, 56/16, 77/16, 16/18, 78/18, 43/19, 93/19, 18/22.

- Уредба о интерном и јавном конкурс за попуњавање радних места у државним органима – УИЈК, *Службени њласник РС*, бр. 2/19, 67/21.
- Уредба о разврставању радних места и мерилима за опис радних места државних службеника – УРМ, *Службени њласник РС*, бр. 117/05, 108/08, 109/09, 95/10, 117/12, 84/14, 132/14, 28/15, 102/15, 113/15, 16/18, 2/19, 4/19, 26/19, 42/19, 56/21.
- Устав Републике Србије – УС, *Службени њласник РС*, бр. 98/06, 115/21 – Аманд-мани I-XXIX, 16/22.
- Устав Републике Хрватске, *Narodne novine*, бр. 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 5/14.

Акти председника судова

- Годишњи извештај о раду Управног суда по материјама за период од 01. јануара 2021. године до 31. децембра 2021. године, Су III-20 4/22-1 од 10. јануара 2022. године, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/Izvestaji-o-rad-u-suda/GODI%C5%A0NJI-IZVE%C5%A0TAJ-2021.pdf>, 20 – 21, 25, 27 – 28 и 35, 27. новембар 2022. године.
- Годишњи распоред послова Вишег суда у Новом Саду за 2022. годину, Су I-2-3/21 од 7. новембра 2022. године, <https://www.ns.vi.sud.rs/files/Godi%C5%A1nji%20raspored%20poslova%204.%20izmena.pdf>, 9 – 10, 17. новембар 2022. године.
- Годишњи распоред послова Основног суда у Лесковцу, I Су 2 бр. 2291/2021 од 08. децембра 2021. године, <http://www.le.os.sud.rs/wp-content/uploads/2022/01/GODI%C5%A0NJI-RASPORED-POSLOVA-ZA-2022.-GODINU.pdf>, 19 – 23, 17. новембар 2022. године.
- Годишњи распоред послова судијских помоћника у Врховном касационом суду за 2021. годину, Су I-2 23/21-1 од 02. децембра 2021. године, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/PRE%C4%8C.TEKST%20Godi%C5%A1.%20rasp.pom_.sud_.pom_.%2002.12.2021.pdf, 5, 17. новембар 2022. године.
- Годишњи распоред послова судијских помоћника у Врховном касационом суду за 2022. годину, Су I-2 32/22-1 од 27. октобра 2022. године, https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Pre%C4%8Di%C5%A1%C4%87en%20tekst%20G.R.poslova%20sud.pom_.%2027.10.2022.pdf, 5, 17. новембар 2022. године.
- Годишњи распоред послова у Апелационом Суду у Београду за 2019. годину, Су.бр. I-2 296/18 од 6. децембра 2018. године, <http://www.bg.ap.sud.rs/uploads/GODISNJI-RASPORED-2019.docx>, 4, 17. новембар 2022. године.
- Годишњи распоред послова у Основном суду у Врању за 2022. годину, СУ.бр. I-2-1632/2021 од 30. новембра 2022. године, <https://vr.os.sud.rs/files/%D0%93%D0%9E%D0%94%D0%98%D0%A8%D0%8A%D0%98%20%D0%A0%D0%90%D0%A1%D0%9F%D0%9E%D0%A0%D0%95%D0%94%20%D0%B7%D0%B0%202022.%20%D0%B3%D0%BE%D0%B4%D0%B8%D0%BD%D1%83.pdf>, 38, 20. новембар 2022. године.
- Измена годишњег распореда послова Управног суда за 2022. годину, Су I-2 95/22-1 од 21. јуна 2022. године, <http://www.up.sud.rs/uploads/useruploads/godisnji-raspored/2-IZMENA-GODI%C5%A0NJE-RASPOREDA-POSLOVA-ZA-2022.pdf>, 1 – 2, 17. новембар 2022. године.

Распоред послова судијских помоћника за 2022. годину у Апелационом суду у Новом Саду, Су I-2-31/21 од 25. новембра 2021. године, https://www.ns.ap.sud.rs/wp-content/uploads/2021/11/godisnji_raspored_sudijски_potomnici_2022.pdf, 1, 17 новембар 2022. године.

Интернет извори

Мишљење број 22 (2019), Консултивног већа европских судија (КВЕС), <https://rm.coe.int/ccje-opinion-no-22-serbian/1680a1cb0d>, 15. новембар 2022. године.
http://usudprek.org.rs/pub/download/katalog_i_analiza_poslova.pdf, 22 – 29, 17. новембар 2022. године.
https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2022/11/FIS_nastavni_plan_11_OAS.pdf, 26. новембар 2022. године.
<https://www.nsz.gov.rs/sadrzaj/pdf-arhiva-poslova/4108>, 19. новембар 2022. године.
<https://www.stat.gov.rs/sr-latn/vesti/statisticalrelease/?p=8907&a=24&s=2403?s=2403>, 15. децембар 2022. године.
<https://www.suk.gov.rs/konkursi/170>, 19. новембар 2022. године.
<https://www.suk.gov.rs/tekst/852/najcesca-pitanja-i-odgovori.php>, 18. новембар 2022. године.
<https://www.treci.os.sud.rs/files/Interni%20konkurs%2016.12.2019.%20godine.doc>, 18. новембар 2022. године.

Stefan M. Gojković
Administrative court of the Republic of Serbia
stefan.gojkovic.ius@gmail.com
ORCID ID: 0000-0002-0792-6207

Who are Judicial Assistants in the Republic of Serbia?

Abstract: *Judicial assistants are important part of the judiciary of the Republic of Serbia, but impression is that the public is insufficiently informed about their existence and significance. More precisely, part of the public knows that judicial assistants exist, but doesn't know what their job is. The aim of this article is to analyze and present the position, importance, jobs, and problems of judicial assistants and to recommend some suggestions how to improve the position of this important judicial profession. It is often said that judicial assistants are the future of the judiciary, but it is mostly thought that these judicial assistants will be elected as judges "tomorrow". However, it is an uncertain circumstance, that may or may not occur in the future. At the same time, there is a part of judicial assistants who have no desire at all to be elected to the position of judge. Bearing in mind the above, i would like to focus on the present time and finding an answer to the question: „How to improve the position of judicial assistants“?*

Keywords: *judicial assistants, judicial professions, court staff, courts, judiciary.*

Датум пријема рада: 23.12.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 11.01.2023.

Датум прихватања рада: 24.01.2023.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ
АУТОРЕ

Tekla I. Papp
University of Public Service, Budapest
Faculty of Public Governance and International Studies
papp.tekla@uni-nke.hu
ORCID ID: 0000-0001-8848-4078

János J. Dúl
University of Public Service, Budapest
Faculty of Public Governance and International Studies
dul.janos@uni-nke.hu
ORCID ID: 0000-0001-5445-687X

SUSTAINABLE FINANCE: THE RELATING ACTUAL HUNGARIAN LEGISLATION IN EU FRAME

Abstract: *In this paper, after a systematic presentation of the theoretical background of the European Union regulation, we examine the Hungarian regulation and legal practice (using the websites of five listed Hungarian companies and the Budapest Stock Exchange Corporate Governance Recommendations) in connection with the identification of shareholders by the company, the verifiability of the exercise of shareholder's rights, the remuneration policy and reporting of the public company limited by shares and the approval of legal transactions concluded with related party. We also focus on financial governance and certain viewpoints of product governance, with special attention to product approval process and the issue of greenwashing. We chose to emphasize these issues since one cannot find verbatim, translations of legal acts of European Union on these fields with respect to Hungarian legislation. The other reason is that there are available practical experiences in connection with them, therefore we reflect on different anomalies. Our aim is to highlight the need to transpose and implement a legal instrument with such wide-ranging implications as sustainable finance into a thoughtful and coherent set of rules that permeate the legal system.*

Keywords: *environmental social governance, identification of shareholders, confirmation of voting, product governance, financial governance.*

1. INTRODUCTION

Sustainable finance should not be seen as a single compass, but as a set of building blocks that contribute to seeing an investment as green, with the ability to serve the interests of its members. Based on the Commission's communication, "sustainable finance" generally refers to the process of taking due account of environmental and social considerations in investment decision-making, leading to increased investments in longer-term and sustainable activities. More specifically, environmental considerations refer to climate change mitigation and adaptation, as well as the environment more broadly and related risks (e. g. natural disasters).¹

In companies, "systems of relationships covered by multifactorial networks of interests"² appear, and several theoretical approaches have emerged to explore, understand, and explain them.

In addition to the two basic theoretical approaches,³ an investor model that favours the interests of its members (shareholder theory)⁴ and a contractual model concluding by the management⁵ that takes into account the interests of those who have an interest in the business relationship with the company (stakeholder theory),⁶ several theoretical approaches embedded in the amendment of Directive 2007/36/EC on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies in order to encourage long-term shareholder participation.⁷

¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Action Plan: Financing Sustainable Growth. Brussels, 8.3.2018. COM(2018) 97 final. (Communication) 2; Dirk A. Zetzsche, Linn Anker-Sørensen, „Regulating Sustainable Finance in the Dark”, *European Business Organization Law Review* 23/2022, 50-57; for a European Union outline overview, see: Györgyi Nyikos, „Fenntartható finanszírozás és fejlesztés. Stratégia és szabályozás: átállás a fenntartható finanszírozási modellekre”, Budapest 2022. https://mersz.hu/dokumentum/m949ffef__11, 22 September 2022; Green Finance Report. Status Report on the Sustainability of the Hungarian financial system, 81 *et seq.*, <https://www.mnb.hu/letoltes/20210303-zold-penzugyi-jelentes-angol.pdf>, 22 September 2022; Sustainable Finance Roadmap 2022-2024, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-379-1051_sustainable_finance_roadmap.pdf, 22 September 2022.

² András Kisfaludi, „Társasági jogviták választottbíróság előtt”, *Acta Conventus de Iure Civili Tomus X.* (szerk. Tekla Papp), Szeged 2009, 119.

³ Lucian Bebchuk, Kobi Kastiel, Roberto Tallarita, „Does enlightened shareholder value add value?”, *The Business Lawyer* 77/2022, 1-29; Mark Fenwick et al, „ESG as a Business Model for SMEs”, *ECGI Working Paper Series in Law* May 2022, 3-4, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4098644, 18 September 2022.

⁴ Milton Friedman, *Capitalism and freedom*, Chicago 1962, 133 *et seq.*

⁵ Balázs Bodzási, „A hosszú távú részvényesi (befektetői) szerepvállalás ösztönzésére irányuló uniós törekvések”, *Fontes Iuris* 2/2018, 32-33.

⁶ R. Edward Freeman, *Strategic management: a stakeholder approach*, Cambridge 1984.

⁷ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement.

Agency theory relates to investor theory. It describes the conflicts of interest in the relationship between the principal [member(s) of the company] and the agent (operative body of the company: executive officers, management) and identifies attitudes toward managerial decisions made to operate the organization (member's control, liability of the executive officer, preference for short-term benefits: profit maximization versus day-to-day management requiring specialized knowledge tailored to growing company size).⁸ The long-term benefits of the investor model, stewardship theory, focuses on the priorities arising from the alignment of management's responsible corporate asset management activities with organizational goals (confidence and mutual value building, managerial sense of duty and loyalty).⁹

Resource dependence theory links to the contractual model; it measures the success of an organization in terms of its ability to subordinate, coordinate and control its internal and external resources to the corporate goal (the role of management qualifications and experience in shaping internal and external organizational environments).¹⁰

The approach to the relationship systems within the company has become more nuanced and management oriented.

In addition to the examination of the diverging, converging and conflicting interests of the companies that form and are associated with the company, the interests of the company as an entity are also important: the theory and practice based on this is Corporate Social Responsibility (CSR),¹¹ on this ground of which a company also operates in accordance with ethical standards, meeting the requirements of responsible business and investment.¹² It appeared under the umbrella of CSR,¹³

⁸ Roya Derakshan, Rodney Turner, Mauro Mancini, „Project governance and stakeholders: a literature review”, *International Journal of Project Management* 37/2019, 99-100; Melinda Muth, Lex Donaldson, „Stewardship theory and board structure: a contingency approach”, *Scholarly Research and Theory Papers* 1/1998, 5-6.; managerial control; Lorraine Talbot, „The coming of shareholders stewardship”, *Legal Studies Research Paper* 22/2010, 5.

⁹ R. Derakshan, R. Turner, M. Mancini, 99-100; M. M. Muth, L. Donaldson, 6.: managerial empowerment.

¹⁰ R. Derakshan, R. Turner, M. Mancini, 99-100; M. M. Muth, L. Donaldson, 6.: co-optation.

¹¹ Alessio Paccès, „Sustainable corporate governance: the role of the law”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021, 151-174.

¹² Guido Ferrarini, „Redefining corporate purpose: sustainability as a game changer”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021, 99.

¹³ Holger Fleischer, „Corporate purpose: a management concept and its implications for company law”, *European Company and Financial Law Review* 2/2021, 166-167; Edit Knoll-Csete, András Tóth, „Vállalatok társadalmi felelősségvállalása. A fenntartható gazdaság etikus marketing stratégiája”, *Glossa Iuridica Különszám*/2021, 157; Ádám Auer, *Corporate governance. A felelős társaságirányítás jelenkori dimenziói*, Budapest 2017, 26-27. Ádám Angyal worked on the subject in Hungary as a monograph. See: Ádám Angyal: *Vállalatok társadalmi felelőssége, felelős társaságirányítás. Corporate social responsibility*, Budapest 2009, 1-270; A. M. Paccès, 151-174; Livia

(as its ribs/spokes):¹⁴ the corporate governance (CG),¹⁵ the sustainable finance (SF), the corporate governance that takes environmental and social aspects into account (ESG: environmental social governance,¹⁶ RBC: responsible business conduct)¹⁷ and the concept of a higher social purpose that provides social legitimacy and “increasing its value”¹⁸ (CP: corporate purpose),¹⁹ which are connected to each other. There is a need to include public good / public interest CPs in the memorandum of association that also serve long-term corporate success, to vote (make decisions) based on company reports that also explain their implementation, and to establish dual-purpose companies (public benefit-oriented for-profit organizations: the Italian *società benefit*, the French *société à mission*, the American benefit corporation, the German *GmbH im Verantwortungseigentum*).²⁰

Sustainable finance can be summarised very briefly as the way in which people with capital can invest their wealth, or part of it, in financial products that help to protect the environment and nature and to fight environmental crises.²¹

A study in the frame of the Studies in Banking and Capital Markets Law conducted by the European Banking Institute, analyzes the responsible corporate governance codes/recommendations of the EU Member States, including the Budapest Stock Exchange Corporate Governance Recommendations (BSE CGR or CGR),²²

Ventura: „Philanthropy and the For-profit Corporation: The Benefit Corporation as the New Form of Firm Altruism” *European Business Organization Law Review* 23/2022, 603-632.

¹⁴ *Climate Change and Corporate Governance*, Corporate Governance, OECD Publishing, Paris, (17 June 2022) 14 et seq., <https://doi.org/10.1787/272d85c3-en>, 18 September 2022.

¹⁵ Auer, 26. For a brief summary of corporate governance, see also: János Dúl, *Gondolatok a corporate governance és az öröklési jog szinergiájáról*, Budapest 2019, 10-26.

¹⁶ Fenwick et al, 7-12; <https://elemzeskozpont.hu/esg-befektetesek-mit-jelent-milyen-hozamalesz-mennyire-jo-az-esg>, 22 June 2022; Iris H-Y Chiu, Lin Lin, David Rouch, „Law and Regulation for Sustainable Finance”, *European Business Organization Law Review* 23/2022, 1-7; Iain MacNeil, Irene-marie Esser, „From a Financial to an Entity Model of ESG”, *European Business Organization Law Review* 23/2022, 9-45.; Celine Tan: „Private Investments, Public Goods: Regulating Markets for Sustainable Development”, *European Business Organization Law Review* 23/2022, 241-271; Gy. Nyikos, https://mersz.hu/dokumentum/m949ffef_12, 22 September 2022.

¹⁷ Ágnes Puskás, „A felelős üzleti magatartás elveinek megjelenése az Európai Unióban”, *Közjogi Szemle* 1/2021, 38-44.

¹⁸ European Model Company Act, Chapter 1 General Provisions and Principles, Section 1.06 Purpose of Company (1) <https://cesifin.it/wp-content/uploads/2018/09/EMCA.pdf>, 15 June 2022.

¹⁹ G. Ferrarini, 100; H. Fleischer, 161-189; Colin Mayer, “The Governance of Corporate Purpose”, *ECGI Working Paper Series in Law. Working Paper* 609/2021. https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/mayerfinal_1.pdf, 22 June 2022.

²⁰ H. Fleischer, 182-186; from other aspect see: G. Ferrarini, 108-118.

²¹ See among others: Andrea Elekes, „Fenntartható növekedés – fenntartható pénzügyi szolgáltatások az Európai Unióban”, *Pénzügyi Szemle* 3/2018, 328-344; Ildikó Zsupanekné Palányi, „A fenntartható növekedés makrogazdasági és vállalati szinten”, *EU Working Paper* 4/2005, 49-59; E. Knoll-Csete, A. Tóth, 153-164.

²² <https://www.bet.hu/Kibocsatok/Ajanlasok-kibocsatoknak/Felelos-tarsasagiranyitas>, 9 March 2022; the BSE is a soft law and has no additional function against Hungarian law. See:

in terms of CSR implications (Corporate Governance, Sustainable Finance, Environmental and Social Governance).²³ Regarding the examined sustainability factors, the Hungarian corporate governance recommendations were not well presented: the purpose of the CGRs is not linked to CSR, these do not contain the definition of CG in any interpretation, these do not cover sustainability requirements, and the stakeholders are mentioned but not defined. The CSR committee and the report on sustainability compensation and the enforcement of non-financial aspects (such as Environmental and Social Governance, ESG) and its publication were omitted, but these did include the validation of employee interests and the pursuit of gender balance, as well as ethical clauses (without a code of ethics).²⁴

“Hungary is lagging behind in achieving the Sustainable Development Goals (SDGs), especially in terms of environmental goals. Hungary ranks 19th in Europe overall in terms of SDGs and faces significant challenges in terms of affordable and clean energy (Goal 7), climate protection (Goal 13) and the protection of terrestrial ecosystems (Goal 15). These not only threaten the quality of life of the population, the livability of our planet and our country, but also have a negative effect on long-term economic performance and, through this, on the financial system.”²⁵

The Act XLIV of 2020 on climate protection confirms some of the already identified objectives, and sets new objectives, too, for Hungary:

- reduce greenhouse gas emissions by at least 40% until 2030 compared to 1990;
- in case final energy demand exceeds the level of 2005 after 2030, agree to use only carbon-neutral energy sources to satisfy extra demand;
- increase the share of renewable energy sources to at least 21% in the gross final energy consumption by 2030;
- achieve complete climate neutrality by 2050, i.e. make sure that the remaining domestic greenhouse gas emission and its absorption will be in balance by 2050.²⁶

Some of these objectives also generate significant demand for investments; therefore it is necessary to create the best possible financing background.²⁷

András Peti, „Az állami vállalatok kormányzása és teljesítményközpontú felelős társaságirányítása”, Draft of PhD-dissertation, Budapest–Köszvény 2022, 120 *et seq.*

²³ Michele Siri, Shanshan Zhu, „Integrating sustainability in EU Corporate Governance Code”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021, 175-224.

²⁴ M. Siri, S. Zhu, 195-224.

²⁵ Green Finance Report. Status Report on the Sustainability of the Hungarian financial system, 7 and 14-16 <https://www.mnb.hu/letoltes/20210303-zold-penzugyi-jelentes-angol.pdf>, 22 September 2022.

²⁶ Act XLIV of 2020 Art. 3.

²⁷ Opportunities for jump-starting the green bond market in Hungary, 3 <https://www.mnb.hu/letoltes/opportunities-for-jump-starting-the-green-bond-market-in-hungary.pdf>, 22 September 2022.

2. THE ENCOURAGING LONG-TERM SHAREHOLDER ENGAGEMENT IN HUNGARY

2.1. The regulation of long-term shareholder engagement

The CSR is now a global operation that functions in accordance with multi-level sustainability criteria, and includes tools to encourage long-term shareholder engagement²⁸ by avoiding inadequate corporate governance and corporate performance resulting from short-term risk-taking.²⁹ The European Commission's Communication "Action Plan: European Company Law and Corporate Governance – A Modern Legal Framework for Greater Shareholder Involvement and Sustainable Companies"³⁰ which serves as a starting point for these goals, is rooted in the interpretations detailed in the Introduction. The personal scope of Directive 2017/828/EU on the promotion of long-term shareholder engagement, based on the Action Plan, covers listed companies, institutional investors and asset managers in EU Member States, as well as shareholder representation advisers.³¹ The main regulatory directions of Directive 2017/828/EU, approaching the approach described above and focusing specifically on the company law aspects,³² are as follows:

- the identification of shareholders in order to facilitate the exercise of shareholder rights and direct communication between the company and the shareholder,³³
- the proof that the votes have been taken into account in connection with the exercise of shareholder rights,³⁴
- the impact of shareholders to the remuneration of company directors,³⁵ and
- the approval of the company's transactions with related customers.³⁶

The engagement policy is not mandatory in Austria³⁷ and in Poland:³⁸ it purely functions on practise comply-or-explain. The Italian Corporate Governance

²⁸ Iris H-Y Chiu, „Governing the purpose of investment management: how the 'stewardship' norm is being (re)developed in the UK and EU”, *ECGI Working Paper Series in Law* August/2021, 1-45.

²⁹ 2017/828/EU Directive Preamble (2).

³⁰ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:EN:PDF>, 18 September 2022.

³¹ 2017/828/EU Directive Art. 1, para. (1), pt. (a).

³² Without prejudice to the transparency of the investment strategy of institutional investors and asset managers; see Preamble 14 to 23 and the role of shareholder representation advisers; see Preamble (25) to (26) and sanctions [see Preamble (50)].

³³ 2017/828/EU Directive Preamble (4)-(7).

³⁴ 2017/828/EU Directive Preamble (8)-(11).

³⁵ 2017/828/EU Directive Preamble (28)-(41).

³⁶ 2017/828/EU Directive Preamble (42)-(44).

³⁷ Philipp Fidler, Martin Winner, „Country Report Austria”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

³⁸ Krzysztof Oplustil, Anne-Marie Weber, „Country Report Poland”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, 1-4.

Code recommends connecting of the remuneration policy and the performance of company in terms of ESG requirements.³⁹ The Stock Exchanges in Warsaw⁴⁰ and in Budapest⁴¹ published an ESG Guidelines for reporting for listed companies.

The idea of a company articulating long-term sustainability operations and shareholder engagement has already been the subject of numerous criticisms in the European literature.⁴² Based on the diverse shareholder composition of listed companies, the critiques draw attention to the passive behaviour of shareholders (they do not seek to make informed and factual decisions) and their willingness⁴³ to make only low-cost and short-term profits.⁴⁴ Some evaluations link low-quality corporate governance reports to low-level shareholder engagement (their lack of interest in corporate governance and risk management) and point to the problem that shareholder engagement does not necessarily require an immediate return investment;⁴⁵ the opposite experience is observed for the Swedish (and Nordic) corporate governance model.⁴⁶ From the point of view of shareholder rights, the lack of exercising shareholder control and the role of corporate self-promotion in linking sustainability goals are identified as problems.⁴⁷ It should also be noted that in German company law, the extension of the powers of general meetings of public limited companies to include ESG-consultative powers has not been typical so far.⁴⁸

2.2. The identification of shareholders by the company in Hungary

The regulation on the identification of shareholders by the company in order to facilitate the exercise of shareholder rights and direct communication between the company and the shareholder has remained unchanged in the Act V of 2013 on

³⁹ Marco Lamandini, Elia Garcia Cerrato, „The Italian implementation of the European Acquis on Sustainable Finance: A Country Report”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, 3.

⁴⁰ K. Oplustil, A-M. Weber, 1-4.

⁴¹ <https://www.bet.hu/Kibocsatok/Ajanlasok-kibocsatoknak/bet-esg-esg-guide>, 17 June 2022.

⁴² Alain Pietrancosta, „Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives”, *ECGI Working Paper Series in Law* 639/2022. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4083398, 18 September 2022.

⁴³ Demetra Arsalidou, „Institutional investors, behavioural economics and the concept of stewardship”, *Law and Financial Markets Review* 11/2012, 412.

⁴⁴ I. H-Y Chiu, 6.

⁴⁵ Eva Micheler, „Facilitating investor engagement and stewardship”, *European Business Organization Law Review* 14/2013, 32 *et seq.*

⁴⁶ Erik Lidman, „Country Report Sweden, The role of the national corporate governance systems in sustainable finance and trading”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

⁴⁷ Rocco Mezzatesta, *Shareholder stewardship: global trends and challenges*. 11 *et seq.* https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3730129, 18 September 2022.

⁴⁸ Philipp Jaspers, *Sustainable Shareholder Activism – bald auch in Deutschland?*, <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2022/01/31/sustainableshareholderactivism2/>, 20 March 2022.

Civil Code⁴⁹ (HCC): the rules for shareholder quality certification⁵⁰ and ownership matching⁵¹ have not changed. The implementing act⁵² establishes the company's right to identify its shareholders, with reference to the European Commission's Implementing Regulation⁵³ on the details, and shortly amended Act CXXXVIII of 2007 on investment enterprises and commodity exchange service providers and Act CXX of 2001 on capital market; these modifications are the following:

- the provision of data by the securities account manager to the public company limited by shares to provide shareholder identification to the public company limited by shares does not constitute a breach of securities secrecy;⁵⁴
- the ownership matching shall be carried out without prejudice to the shareholder identification requirements provided for in a separate legal act for a public company limited by shares.⁵⁵

The BSE CGRs⁵⁶ do not contain a recommendation regarding the identification of shareholders, nor is there any reference to a new type of shareholder identification on the websites of the examined Hungarian listed companies: there is no trace of any information for their members [*Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt.* (MOL), *OTP Bank Nyrt.*, *Richter Gedeon*, *Zwack Unicum*, and *Magyar Telekom*].⁵⁷

2.3. The confirmation of the shareholder's voting in Hungary

The Implementing Regulation of the European Commission applies a four-step solution to the assurance and verification of the exercise of shareholder rights: identification of the shareholder, confirmation of the right to exercise the shareholder's rights at the general meeting, notification of participation in the general

⁴⁹ We used the translation of Ministry of Justice of Hungary for terminus technicus, therefore in case of the Hungarian Civil Code we use the term "Section" instead of "Article" among others. https://njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF, 18 September 2022.

⁵⁰ HCC Section 3:254.

⁵¹ HCC Section 3:248.

⁵² Act LXVII of 2019 on the encouraging of long-term shareholder engagement and the amendment of certain laws for the purpose of legal harmonization.

⁵³ Commission Implementing Regulation (EU) 2018/1212 of 3 September 2018 laying down minimum requirements implementing the provisions of Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council as regards shareholder identification, the transmission of information and the facilitation of the exercise of shareholders rights.

⁵⁴ Act CXXXVIII of 2007 Art. 120.

⁵⁵ Act CXX of 2001 Art. 149 para. (1).

⁵⁶ <https://www.bet.hu/Kibocsatok/Ajanlasok-kibocsatoknak/Felelos-tarsasagiranyitas>, 1. The shareholders' rights and the general meeting, 22 March 2022.

⁵⁷ <https://molgroup.info/hu/befektetoi-kapcsolatok/kozgyules/>; https://www.otpbank.hu/static/portal/sw/file/220311_kgy_hird_027.pdf; <https://www.gedeonrichter.com/hu-hu/befektetok/kozgyulesek/>; <https://zwackunicum.hu/hu/befektetoknek/kozgyulesek/>; https://www.telekom.hu/rolunk/befektetoknek/befektetoi_kozlemenyek/2022/marcius_10, 22 March 2022.

meeting and formalizing the confirmation of the casting, recording and counting of the vote.⁵⁸ The implementing act amended the Civil Code only with regard to the provability of the vote, but not in full and with respect to the same voting moment:

- at the request of a shareholder, the board of directors shall confirm to the shareholder, or a person designated by him that the shareholder's vote has been duly *recorded and counted* at the general meeting, unless the necessary information is available to the shareholder;⁵⁹
- if a vote is taken at a conference general meeting by electronic means, it shall be ensured that the shareholder voting by electronic means receives an electronic confirmation of the *casting* of the vote.⁶⁰

The implementing act⁶¹ penalizes the failure to confirm the vote (treated as a corporate obligation): in such a case, the shareholder may initiate a judicial review of the resolution passed by the general meeting (even if he or she has consented to the resolution). We do not consider this legislation to be an adequate solution because

- the decision is not illegal here; it does not infringe any law or the memorandum of association;
- here the participation in the decision-making/voting and the vote were not confirmed. In this case, it is not a question of the shareholder not being able to exercise his/her voting rights, but of the fact that the public company limited by shares does not prove that the voting process per shareholder (voting/casting the vote, recording, counting and confirming) has taken place in accordance with legal regulations. In view of this, and taking into account who is entitled to sue in the judicial review of decisions (a person who has not consented to the adoption of a decision by a vote),⁶² and without breaking this clause, we consider it much more appropriate to initiate the judicial oversight proceedings of the court of registration: judicial oversight proceedings are appropriate if ... the firm does not comply with the legal provisions concerning its organization and operation and the provisions of its memorandum of association during its operation.⁶³

The BSE CGRs⁶⁴ do not contain any express recommendation or reference to the certificates, nor does the website of the studied Hungarian listed [*Magyar*

⁵⁸ 2018/1212/EU Regulation Art. 4 and Schedule 3, Art. 5 and Schedule 4, Art. 6 and Schedule 5, Art. 7 and Schedules 6, 7.

⁵⁹ HCC Section 3:273 para. (5): participation in the general meeting.

⁶⁰ HCC Section 3:281 para. (3): conduct of a conference general meeting.

⁶¹ Act LXVII of 2019 Art. 7 para. (3).

⁶² HCC Section 3:34.

⁶³ Act V of 2006 on firm disclosure, firm court procedure and winding-up proceeding Art. 74 para. (1).

⁶⁴ Neither at 1.2. The convening of a general meeting, 1.3. The holding of a general meeting, nor at 1.4. The other matters concerning the general meeting. <https://www.bet.hu/Kibocsatok/Ajanlasok-kibocsatoknak/Felelos-tarsasagiranyitas>, 25 March 2022.

Olaj- és Gázipari Nyrt. (MOL), OTP Bank Nyrt., Richter Gedeon, Zwack Unicum, and Magyar Telekom].⁶⁵

2.4. The remuneration policy and report of company directors in Hungary

The Hungarian implementing legislation⁶⁶ applies a consultative solution to the remuneration policy and reporting of directors: shareholders only could express their views and in the event of a resolution of the general meeting rejecting the remuneration policy, but the payments must be made to the company's directors on the ground of rejected remuneration policy. The consultative powers of the general meeting of public companies limited by shares are strange in company law with German roots: first, this implementing act establishes this new type of competence of general meeting in Hungarian company law. In our view, with this regulation, the shareholders and the general meeting were given "likelihood" authority: the Hungarian Civil Code regulates that in the event of a significant change in the remuneration policy, but at least every four years, it shall be placed on the agenda of the general meeting.⁶⁷ The new competence of the supreme body of public company limited by shares or triggers a continuous dialogue and cooperation between the decision-making and the operating bodies in order for the company to operate for legitimate and public interest purposes, or results in the management becoming self-sufficient and the opinion of the general meeting on the remuneration policy not being validated. The BSE CGRs show a passive attitude, arranged to wait; reference to that some practical experiences will be summarized after a few years later.⁶⁸ The websites of the examined Hungarian listed companies show a somewhat mixed picture:

⁶⁵ <https://molgroup.info/hu/befektetoi-kapcsolatok/kozgyules/>; https://www.otpbank.hu/static/portal/sw/file/220311_kgy_hird_027.pdf; <https://www.gedeonrichter.com/hu-hu/befektetok/kozgyulesek/>; <https://zwackunicum.hu/hu/befektetoknek/kozgyulesek/>; https://www.telekom.hu/rolunk/befektetoknek/befektetoi_kozlemenyek/2022/marcius_10, 25 March 2022.

⁶⁶ Act LXVII of 2019 Art. 16 para. (5).

⁶⁷ HCC Section 3:268 para. (2).

⁶⁸ 1.5. Remuneration – Repealed: During the 2020 review of the recommendations, the Corporate Governance Committee repealed the recommendations in Chapter 1.5 and Section 1.6.7 on remuneration and amended Sections 1.6.2, 1.6.9 and 2.2.2 points and No. 1. Annex accordingly, having regard to the fact that, from July 2019, the rules on remuneration are laid down in Article LXVII of 2019 settled these. However, the Committee intends to make explanatory and guidance recommendations to issuers in the future to supplement these legal provisions, but this will require the development of practices related to the new legal provisions. The new recommendations and proposals that will be adopted by the Corporate Governance Committee, which will replace the repealed points, will summarize these practical experiences. <https://www.bet.hu/Kibocsatok/Ajanlasok-kibocsatoknak/Felelos-tarsasagiranyitas>, 27 March 2022.

- MOL published its detailed remuneration policy,⁶⁹
- OTP, Zwack Unicum and Hungarian Telekom included less detailed remuneration guidelines on their websites,⁷⁰
- Richter Gedeon's remuneration policy is not published on the website, it can only be concluded that there is: from the 2022 general meeting proposal.⁷¹

And these public companies limited by shares did not make easier to find their remuneration reports: they can be accessed with a few searches and many clicks on their websites, at the end of the general meeting submissions.⁷²

2.5. The transactions with related partners in Hungary

The implementing act, generally, gives the company's management the power to approve transactions with related parties,⁷³ allowing a derogation from the company's articles of association to refer matters to the general meeting or supervisory board (provided that the company has a dualistic organizational model). In line with the preamble to EU Directive,⁷⁴ we find the interests of companies and shareholders to be better served and more appropriate in terms of legal certainty, for the supreme body (general meeting) or internal controlling body (supervisory board) to have the power to validate or invalidate the transactions with related parties. On the other hand, we consider the provision that the person directly involved in the related party transaction, including the person concerned is the related party, not to be involved in the approval decision,⁷⁵ to be correct.

⁶⁹ https://molgroup.info/storage/documents/altalanos_dokumentumok/fobb_tarsasagiranyitasi_dokumentumok/mol_remuneration_policy_2020_hun.pdf; 10 April 2022.

⁷⁰ <https://docplayer.hu/30422536-Az-otp-bank-nyrt-javadalmazasi-iranyelvei.html>; https://zwackunicum.hu/files/befektetoknek_vallalatiranyitasi-elvek_ertekelesi-es-javadalmazasi-iranyelvek_hu_1559567250/zwk20200625_or03h.pdf; <https://www.telekom.hu/static-tr/sw/file/2020-AGM-Javadalmazasi-Politika.pdf>; 10 April 2022.

⁷¹ <https://bet.hu/newkibdata/128693174/Igazgatosag%20eloterjesztese%20a%202022%20evi%20kozgyulesre.pdf>; 10 April 2022.

⁷² https://molgroup.info/storage/documents/eves_rendes_kozgyules/agm_documents_2022_hu.pdf; https://www.otpbank.hu/static/portal/sw/file/220322_kozgy_eloterjesztések_h.pdf; <https://bet.hu/newkibdata/128693174/Igazgatosag%20eloterjesztese%20a%202022%20evi%20kozgyulesre.pdf>; https://zwackunicum.hu/files/befektetoknek_tozsdei-bejelentések_2021_javadalmazasi-nyilatkozat_hu_1622014405/zwk20210526or_02h.pdf; https://www.telekom.hu/static-tr/sw/file/2022-AGM_eloterjesztések_0321_boritoval.pdf; 10 April 2022.

⁷³ Act LXVII of 2019 Art. 25 para. (1).

⁷⁴ 2017/828/EU Directive Preamble (42).

⁷⁵ Act LXVII of 2019 Art. 25 para. (3).

3. APPEARANCE OF FINANCIAL GOVERNANCE AND PRODUCT GOVERNANCE IN HUNGARY

3.1. ESG and the European Union

At the end of 2016,⁷⁶ the Commission appointed a High Level Expert Group on Sustainable Finance, which published a report outlining a comprehensive vision on how to develop a sustainable financing strategy for the EU. Based on the recommendations of the High Level Expert Group, the Commission presented the "Action Plan: Financing Sustainable Growth."⁷⁷ The European Commission appointed in late 2019 has promised to implement a Green Deal Action Plan and adopted a Strategy for financing the transition into a sustainable economy in two steps on 21 April 2021 and 6 July 2021, with a view to accelerating the efforts which the previous European Commission had proposed as the before-mentioned Sustainable Finance Action Plan in March 2018.⁷⁸ Therefore, the EU's sustainable finance reforms include the Sustainability Disclosure Regulation 2019 and Taxonomy Regulation 2020, as well as follow-on initiatives for the regulation of investment firms, funds and benchmarks.⁷⁹

As the society is increasingly faced with the catastrophic and unpredictable consequences of climate change and resource depletion, urgent action is needed to adapt public policies to this new reality. The financial system has a key role to play here.⁸⁰ The EU's sustainable finance and climate change agenda has brought forward a package of sustainable finance legislation. The Taxonomy Regulations sit alongside the Sustainable Finance Disclosure Regulations (SFDR) and the Low Carbon Benchmarks Regulation as part of this package. The Taxonomy Regulation establishes an EU framework for classification of sustainable economic activities. It aims to provide transparency to investors and businesses and to prevent "green-washing" by defining the criteria under which a financial product or activity can be described as "environmentally sustainable".⁸¹

ESG seems to be at a very early stage in Europe, and there are only limited empirical data; it is only used for short-term loans, such as construction financing.

⁷⁶ For antecedents see: Nicolas de Sadeleer, „Sustainable development in EU law: still a long way to go”, *Jindal Global Law Review* 1/2015, 39–60.

⁷⁷ Communication 2; <https://eionet.kormany.hu/fenntarthato-finanszirozas-velemenyezesre>, 22 June 2022.

⁷⁸ D. A. Zetzsche, L. Anker-Sørensen, 48.

⁷⁹ Iris H-Y Chiu, „The EU Sustainable Finance Agenda: Developing Governance for Double Materiality in Sustainability Metrics”, *European Business Organization Law Review* 23/2022, 88.

⁸⁰ Communication 1.

⁸¹ Taxonomy Regulation Disclosures. A snapshot, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ie/pdf/2021/06/ie-taxonomy-regulation-disclosures.pdf>, 22 June 2022.

Of course, these focus mainly on environmental or climate issues.⁸² In Poland, due to a crawling market of ESG-driven financial products, neither national ESG quality seals, national regulation, national supervisory practice nor national case law on liability claims regarding sustainable trading have emerged so far.⁸³

3.2. On the role of Hungarian National Bank

The intention of Hungarian National Bank (HNB) as a supervisory authority is to make the green, sustainable, investment and savings and expand the range of credit products and information on product offerings for investors be more informative, understandable and reliable, for which SFDR is an extremely important structural means a step.⁸⁴ “Association of Hungarian Investment Fund and Asset Management Companies maintains a register of ESG-rated valuation companies accepted by the market and publishes up-to-date on its website (www.bamosz.hu) the most important data of the investment funds managed by its members, which will include the fund from 1 January 2021. It is also a category according to ESG criteria. Investors interested in such products will easily find these funds on the website.”⁸⁵

Institutional investors (investment funds, pension funds, life insurance companies) are becoming increasingly dominant in raising funds from households and are using part of these funds to buy bonds issued by banks on the markets, thus wedging themselves between savers and banks on the funding side in Hungary, too.⁸⁶ Despite the impact of the epidemic, the institutional investment sector has grown. At the same time, institutions faced increasing volatility risks and asset depreciation,⁸⁷ and assets managed by institutional investors as a share of GDP remain below the EU average.⁸⁸ Looking at the issuers, the top 3 stocks in terms

⁸² “Sustainable Finance and Ownership – a Danish Perspective”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

⁸³ K. Oplustil, A-M. Weber, 1-4.

⁸⁴ Executive circular of HNB 17 March 2021 2 <https://www.mnb.hu/letoltes/129526-3-2021-sfdr-vezetoi-korlevel.pdf>, 22 June 2022. See also: Green Finance in Hungary. Consultation document by the Central Bank of Hungary 4, <https://www.mnb.hu/letoltes/green-finance-in-hungary-consultation-paper.pdf>, 22 September 2022.

⁸⁵ <https://www2.deloitte.com/hu/hu/pages/jog/articles/befektetesi-alapok-esg-minositese.html>, 22 June 2022.

⁸⁶ András Bethlendi, Katalin Mérő, „A pénzügyi közvetítés struktúrájának változásai – a kelet-közép-európai régió speciális fejlődése a nemzetközi és európai folyamatok tükrében”, *Külgazdaság* 3-4/2020, 47.

⁸⁷ <https://www.napi.hu/magyar-vallalatok/viharos-idokban-is-megoriztek-stabilitasukat-az-intezmenyi-befektetok-biztosito-penztar-alapkezelo-brokerceg.754298.html>, 22 June 2022.

⁸⁸ Magyar Nemzeti Bank: Biztosítási, pénztári, tőkepiaci kockázati és fogyasztóvédelmi jelentés 2022. (Report 2022) 7, <https://mnb.hu/letoltes/kockazati-jelentes-2022-hun-0613-2.pdf>, 22 June 2022.

of stock market turnover – OTP (banking sector), MOL (petrol sector), Richter (pharmaceutical sector) – remain unchanged in 2021, but their order has changed: OTP remained in first place, while Richter, which was second in 2020, has slipped to third place in 2021, replaced by MOL. Equity market concentration in 2021 increased further from its previous high level: the share of the 3 largest issuers in total equity market turnover increased from 92.8% in 2020 to 93.5% in 2021 (83.4% in 2019).⁸⁹

3.3. Certain aspects of Product Governance

The label “Product Governance” originates from Commission Delegated Directive (EU) 2017/593 supplements Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council (MiFID II). Among its core elements is the regulatory obligation for financial service providers to approve formally newly issued financial products and to continuously monitor product distribution, including distribution chains. The original aim of the regulation was to prevent “dangerous” financial products with excessively high-risk potential from coming into circulation in the first place. MiFID II by further specifying, among other things, product governance obligations. This Directive clarifies that sustainability factors and sustainability related objectives should be taken into account in both the product oversight and governance process.⁹⁰ “Product governance” has so far been synonymous with risk avoidance to protect the end customer. The system of product approval and monitoring according to MiFID II has so far been designed to eliminate “dangerous” financial products from the market, i.e. to consistently restrict the market. In German law, the “ultimately responsible” distributor in the retail business must work towards such a restriction by issuing warning notices.⁹¹

In view of the EU’s ESG ambitions, several amendments are underway affecting the investment services industry. MIFID II introduced several requirements applicable to financial market participants providing investment services, including in relation to their own governance, product manufacturing and distribution (“product governance”) and transparency. These rules are amended and integrated to ensure that sustainability and ESG become part of the DNA of investment firms.⁹²

⁸⁹ Report 2022, 111.

⁹⁰ See also: M. Lamandini, E. G. Cerrato, 9. E. Lidman, 27.

⁹¹ Jens Ekkenga, “Sustainable Finance in the EU. German Report – Guidelines”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law. See further: Antonio Marcacci, „European Regulatory Private Law Going Global? The Case of Product Governance”, *Eur Bus Org Law Rev* 18/2017, 305–332.

⁹² Marieke Driessen, „Sustainable Finance: „An Overview of ESG in the Financial Markets”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021, 346.

Financial markets have focused on sustainable finance already for many years, without a legal and regulatory framework imposing such focus on them. The EU legislator has taken inspiration from current market practices and seeks to accelerate the move to “green finance” by elevating existing market principles and guidelines to legal requirements applicable to all throughout the European Union.⁹³

Compliance with the relevant EU rules in Hungary can be found in Act CXXXVIII of 2007, in the Decree⁹⁴ of the Ministry of National Economy on the product approval process to be applied by the investment enterprise, and in the Recommendation⁹⁵ of the Hungarian National Bank in relation to product approval requirements governing the capital market.

3.4. The rating of financial products

An investment enterprise that develops financial instruments for sale to clients shall maintain, operate and review a process for approving individual financial instruments and approving significant adjustments to existing financial instruments (“product approval process”) before placing a financial instrument on the market or distribute to customers.⁹⁶ The product approval process establishes the identified end-user target market within each customer category of financial instruments and ensures that all relevant risks in that identified target market are assessed and that the planned marketing strategy is appropriate to the identified target market.⁹⁷

An investment enterprise that develops financial instruments shall make available to any distributor all information regarding the financial instrument and the product approval process, including the identified target market for the financial instruments.⁹⁸ In Ireland, for example, the product approval includes the determination of “an identified target market of end clients within the relevant category of clients for each financial instrument” making sure that “all relevant risks to the identified target market are assessed and that the intended distribution strategy is consistent with the identified target market.”⁹⁹ However, no specific guidelines have

⁹³ M. Driessen, 350. See also: Veerle Colaert, „Integrating Sustainable Finance into the MiFID II and IDD Investor Protection Frameworks”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021, 462-468.

⁹⁴ 16/2017. (VI. 30.) Decree of the Ministry of National Economy.

⁹⁵ 25/2018. (VII. 5.) Recommendation of the Hungarian National Bank.

⁹⁶ Act CXXXVIII of 2007 Art. 17/A para. (1).

⁹⁷ Act CXXXVIII of 2007 Art. 17/A para. (2). See also: E. Lidman, 28-29.

⁹⁸ Act CXXXVIII of 2007 Art. 17/A para. (4).

⁹⁹ Blanaid Clarke, Felix Mezzanotte, “Sustainable Finance: Ireland. April 2022. Handout”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law, 41.

been created by the Central Bank of Ireland on product governance, and the industry has relied on the detailed explanations found in the European Securities and Markets Authority's (ESMA) MiFID II Product Governance Guidelines.¹⁰⁰

In the area of risk rating of products, the HNB identified anomalies at several institutions, where the risk ratings assigned to certain products or product groups by the service provider did not reflect the actual risk of the products or where products with different risk ratings according to objective measures were assigned similar risk ratings. These anomalies have been addressed by the HNB in individual institutional decisions, but the importance of doing so has also been highlighted in the Circular, to ensure that the classification is based on a documented, traceable methodology.¹⁰¹ From this point of view, Hungary has a better standpoint compared to Ireland.

3.5. Determination of target market

For a financial instrument, the investment enterprise shall identify the potential target market in sufficient detail and identify the type or types of clients for which the financial instrument is compatible with its needs, characteristics, and purposes. As part of this process, the investment enterprise shall identify the group or groups of clients whose needs, characteristics and objectives are incompatible with the financial instrument.¹⁰² The investment enterprise shall decide on the suitability of the financial instrument for the identified needs, characteristics and objectives of the target market, in particular the compatibility of the risk and reward profile of the financial instrument with the target market, and ensures that the design of the financial instrument is guided by characteristics that benefit the client and does not use a business model that results in a loss to the client.¹⁰³

By publishing 25/2018. (VII. 5.) HNB Recommendation, the HNB ensures compliance with the European Securities and Markets Authority's Guidelines on MiFID II requirements for product governance. The potential target market cannot be identified solely based on quantitative criteria; the designer must also take due account of qualitative aspects. For mass-market services, process automation based on formulae or algorithm-based methods that process quantitative criteria for products and customers may be relevant. The HNB expects that the enterprise should not rely exclusively on quantitative criteria when identifying the target market but should also balance them with qualitative criteria to a sufficient extent.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Ibid, 48.

¹⁰¹ Report 2022, 125.

¹⁰² 16/2017. (VI. 30.) Decree of the Ministry of National Economy Art. 5 para. (1).

¹⁰³ 16/2017. (VI. 30.) Decree of the Ministry of National Economy Art. 5 para. (4).

¹⁰⁴ 25/2018. (VII. 5.) Recommendation of HNB Point 3.

The identification of a potential target market by the developer, categories to be examined are set out in Point 8 of 25/2018. (VII. 5.) Recommendation of HNB.

To strengthen supervisory convergence, ESMA has requested the involvement of supervisors in this area, and in 2021 the HNB launched a thematic study for the third time, this time involving 16 institutions. The thematic study will be completed in 2022. The HNB did not detect any serious irregularities but identified practices of concern from a consumer protection perspective at several institutions. A recurring problem was that the target market criteria for certain products and product groups were not always properly established. In some cases, some elements of the criteria required by the HNB were not assessed, while in others, although all criteria were included in the assessment, there was insufficient differentiation between products or inadequate target market characterisation for higher risk products.¹⁰⁵

The investment enterprise shall regularly review the financial instruments it offers or places on the market, taking into account any event that may materially affect the potential risk of the identified target market, at least to assess whether the financial instrument continues to meet the identified target market and whether the planned marketing strategy remains appropriate.¹⁰⁶ The HNB expects regular reviews to take place at least annually.¹⁰⁷ In Italy, Legislative decree 254/2016 on the disclosure of non-financial information, which implemented EU Directive 2014/95 in Italy, requires public-interest entities to report periodically sustainability information, including the company's business activity impact on environmental, social, anti/corruption and human rights matters.¹⁰⁸ We are convinced that the scope of the before-mentioned reviews should be widened to cover more aspects, like human rights matters in Italy. One can say these reviews would more complicated, however, the effects of financial market have a big influence on these rights even though these effects have only indirect ways. The financing of a polluting industrial branch could affect for example the health of people.

The aim of the HNB is to facilitate the transition of domestic credit institutions to sustainable operations and to prepare them opportunity in terms of climate change and environmental risks relevant legislative changes: in this respect, the website "www.zoldpenzugyek.hu" was created. The "Knowledge Base" section provides practical help with examples, good practices and usable data, and a collection of methodological resources.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Report 2022, 127.

¹⁰⁶ Act CXXXVIII of 2007 Art. 17/A para. (3).

¹⁰⁷ 25/2018. (VII. 5.) Recommendation of HNB Point 46. Just like in Ireland, see: B. Clarke, F. Mezzanotte, 54-55.

¹⁰⁸ PIEs are defined in Art. 16 of Legislative Decree 39/2010 as national companies issuing securities admitted to trading in national and European markets; banks; insurance and reinsurance companies with registered office in Italy. See: M. Lamandini, E. G. Cerrato, 10.

¹⁰⁹ 5/2021. (IV. 15.) Recommendation of HNB Point I.

3.6. Issue of greenwashing

The HNB conducted a long-term climate stress test to identify systemic risks arising from climate change and environmental degradation.¹¹⁰ According to the HNB, it is important to avoid that any expanding green funding turns green transactions and products that have been set up but do not have an actual environmental benefit: this is the definition of risk of greenwashing.¹¹¹ There are several definitions for greenwashing, one of them is the following: “practice of promoting environmentally friendly programs to deflect attention from an organization’s environmentally unfriendly or less savoury activities”.¹¹² A more appropriate definition is when greenwashing “intuitively refers to market practices, both intentional and unintentional, whereby the publicly disclosed sustainability profile of an issuer and the characteristics and / or objectives of a financial instrument or a financial product either by action or omission do not properly reflect the underlying sustainability risks and impacts associated to that issuer, financial instrument or financial product”.¹¹³

As to appearance of greenwashing in everyday life, in Italy there has been at least one case of private litigation for “greenwashing” decided by the Tribunal of Gorizia, with interim measures of cease and desist granted on 26 November 2021 (such interim measures have been revoked, though, on appeal, in March 2022).¹¹⁴

The HNB will analyse in detail the extent to which it is appropriate to rely on external rating agencies in connection with green products. Based on the experience abroad, the range of possibilities is very wide: it is conceivable that certification companies offering affordable services and satisfactory they provide a (purely market) solution, but there is also an example of a well-functioning model in which non-profit organizations, perhaps a public institute, play this role.¹¹⁵ The HNB stated in a report that the delay in EU sustainability regulation is a major challenge for fund managers. In an uncertain environment, the risk of greenwashing, the sale of fake green products, increases.¹¹⁶

As we are examining other European countries, there is no specific Swedish regulation on greenwashing today, that is, other than the general rules on that

¹¹⁰ Viktória Deák, „MNB Zöld Program”, *Polgári Szemle* 4–6/2021, 109.

¹¹¹ <https://www.mnb.hu/letoltes/zold-penzugyek-konzultacios-dokumentum-2.pdf>, 22 June 2022.

¹¹² S. Vieira de Freitas Netto *et al.*, „Concepts and forms of greenwashing: a systematic review”, *Environmental Sciences Europe* 19/2020, 1-12. <https://doi.org/10.1186/s12302-020-0300-3>.

¹¹³ Sustainable Finance Roadmap 2022-2024, 8, see also 11 *et seq.*, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-379-1051_sustainable_finance_roadmap.pdf, 22 September 2022.

¹¹⁴ M. Lamandini, E. G. Cerrato, 13. See also B. Clarke, F. Mezzanotte, 59.

¹¹⁵ <https://www.mnb.hu/letoltes/zold-penzugyek-konzultacios-dokumentum-2.pdf>, 22 June 2022. See more in the Green Financial Product Search Concept of HNB (professional consultation document) <https://www.mnb.hu/letoltes/mnb-zold-penzugyi-termekkereso-szakmai-konzultacios-dokumentum-ifua-final.pdf>, 22 June 2022.

¹¹⁶ Report 2022, 124.

information on products and services may not be misleading, which of course applies to greenwashing as well, as well as the EU Regulation 2019/2088 on sustainability-related disclosures in the financial services sector (the disclosure regulation).¹¹⁷

In connection with environmental and ethical claims used in marketing of goods or activities, guidelines by the Danish consumer ombudsman were issued. Among them, one of the aims is to protect consumers against greenwashing. This is described as general statements, like climate friendly, green etc.; however, the product should be among the best (not just one of many green products). This feature must be able to be documented, normally based on a lifecycle analysis. Using statements about sustainability can be risky, therefore they should be documented based on lifecycle analysis showing it does not impede the possibilities of future generations, also must be considered health, social and ethical implications as well. It is very difficult to call a product sustainable, but easier to claim that the aim is to become sustainable. All consumers may complain to the consumer ombudsman, who may issue injunctions and may sue for damages on behalf of a group of consumers.¹¹⁸

4. CONCLUSIONS

In our opinion, the measures to encourage long-term shareholder engagement is embodied in the declarations in Hungary and these are not easily accessible. From this point of view, there is still work to be done for the regulation of Hungarian public companies limited by shares, for example to create harmony with the joint proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence.¹¹⁹

It is very important to underline that ESG-related labels should only be given to companies that are genuinely associated with sustainable finance. The Hungarian legislation on sustainable finance has not been coherently incorporated into the legal system, as the provisions of the separate implementing law are not in line with, for example, the Civil Code. On the other hand, the legislator has not made use of the directive's mandate, which was by given the European Union room for manoeuvre. A third problem is the lack of coherence in the scope and subject matter of the legislation: for example, Act LXVII of 2019 is applicable to public limited companies, institutional investors, asset managers among others (Art. 1), however, Act CXX of 2001 is applicable to Hungarian issuer, excluding

¹¹⁷ E. Lidman, 31.

¹¹⁸ "Sustainable Finance and Ownership – a Danish Perspective", *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

¹¹⁹ COM(2022) 71 final 2022. 02. 23.

the Hungarian State; a publicly traded company incorporated in Hungary or listed on a regulated market in Hungary; stock exchange, central securities depository, central counterparty established in Hungary (Art. 1-1/B). These persons do not cover each other in all cases. Apart from the statements of the Hungarian National Bank, there is no traceable practice, and the practice of HNB is fragmented and central bank-focused.

REFERENCES

Bibliographic sources

- Ádám Angyal: *Vállalatok társadalmi felelőssége, felelős társaságirányítás. Corporate social responsibility*, Budapest 2009.
- Demetra Arsalidou, „Institutional investors, behavioural economics and the concept of stewardship”, *Law and Financial Markets Review* 11/2012, 412.
- Ádám Auer, *Corporate governance. A felelős társaságirányítás jelenkori dimenziói*, Budapest 2017.
- Lucian Bebchuk, Kobi Kastiel, Roberto Tallarita, „Does enlightened shareholder value add value?”, *The Business Lawyer* 77/2022.
- András Bethlendi, Katalin Mérő, „A pénzügyi közvetítés struktúrájának változásai – a kelet-közép-európai régió speciális fejlődése a nemzetközi és európai folyamatok tükrében”, *Külgazdaság* 3-4/2020.
- Balázs Bodzási, „A hosszú távú részvényesi (befektetői) szerepvállalás ösztönzésére irányuló uniós törekvések”, *Fontes Iuris* 2/2018.
- Iris H-Y Chiu, „Governing the purpose of investment management: how the 'stewardship' norm is being (re)developed in the UK and EU”, *ECGI Working Paper Series in Law* August/2021.
- Iris H-Y Chiu, „The EU Sustainable Finance Agenda: Developing Governance for Double Materiality in Sustainability Metrics”, *European Business Organization Law Review* 23/2022.
- Iris H-Y Chiu, Lin Lin, David Rouch: „Law and Regulation for Sustainable Finance”, *European Business Organization Law Review* 23/2022.
- Veerle Colaert, „Integrating Sustainable Finance into the MiFID II and IDD Investor Protection Frameworks”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021.
- Viktória Deák, „MNB Zöld Program”, *Polgári Szemle* 4–6/ 2021.
- Roya Derakshan, Rodney Turner, Mauro Mancini, „Project governance and stakeholders: a literature review”, *International Journal of Project Management* 37/ 2019.
- Marieke Driessen, „Sustainable Finance: „An Overview of ESG in the Financial Markets”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets*, (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021.

- János Dúl: *Gondolatok a corporate governance és az öröklési jog szinergiájáról*, Budapest 2019.
- Andrea Elekes, „Fenntartható növekedés – fenntartható pénzügyi szolgáltatások az Európai Unióban”, *Pénzügyi Szemle* 3/2018.
- Guido Ferrarini, „Redefining corporate purpose: sustainability as a game changer”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021.
- Holger Fleischer, „Corporate purpose: a management concept and its implications for company law”, *European Company and Financial Law Review* 2/2021.
- R. Edward Freeman, *Strategic management: a stakeholder approach*, Cambridge 1984.
- Milton Friedman, *Capitalism and freedom*, Chicago 1962.
- András Kisfaludi, „Társasági jogviták választottbíróság előtt”, *Acta Conventus de Iure Civili Tomus X.* (szerk. Tekla Papp), Szeged 2009.
- Edit Knoll-Csete, András Tóth, „Vállalatok társadalmi felelősségvállalása. A fenntartható gazdaság etikus marketing stratégiája”, *Glossa Iuridica* Különszám/2021.
- Iain MacNeil, Irene-marie Esser, „From a Financial to an Entity Model of ESG”, *European Business Organization Law Review* 23/2022.
- Antonio Marcacci, „European Regulatory Private Law Going Global? The Case of Product Governance”, *Eur Bus Org Law Rev* 18/2017.
- Eva Micheler, „Facilitating investor engagement and stewardship”, *European Business Organization Law Review* 14/2013.
- Melinda Muth, Lex Donaldson, „Stewardship theory and board structure: a contingency approach”, *Scholarly Research and Theory Papers* 1/1998.
- Alessio Paces, „Sustainable corporate governance: the role of the law”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021.
- András Peti, „Az állami vállalatok kormányzása és teljesítményközpontú felelős társaságirányítása”, Draft of PhD-dissertation, Budapest–Kolozsvár 2022.
- Ágnes Puskás, „A felelős üzleti magatartás elveinek megjelenése az Európai Unióban”, *Közjogi Szemle* 1/2021.
- Nicolas de Sadeleer, „Sustainable development in EU law: still a long way to go”, *Jindal Global Law Review* 1/2015.
- Michele Siri, Shanshan Zhu, „Integrating sustainability in EU Corporate Governance Code”, *Sustainable Finance in Europe, Corporate Governance, Financial Stability and Financial Markets* (eds. Danny Busch, Guido Ferrarini, Seraina Grünewald), Cham 2021.
- Lorraine Talbot, „The coming of shareholders stewardship”, *Legal Studies Research Paper* 22/2010, 5.
- Celine Tan, „Private Investments, Public Goods: Regulating Markets for Sustainable Development”, *European Business Organization Law Review* 23/2022, 241–271.
- Livia Ventura, „Philanthropy and the For-profit Corporation: The Benefit Corporation as the New Form of Firm Altruism” *European Business Organization Law Review* 23/2022.
- S. Vieira de Freitas Netto *et al.*, „Concepts and forms of greenwashing: a systematic review”, *Environmental Sciences Europe* 19/2020. <https://doi.org/10.1186/s12302-020-0300-3>.

- Dirk A. Zetsche, Linn Anker-Sørensen, „Regulating Sustainable Finance in the Dark”, *European Business Organization Law Review* 23/2022.
- Ildikó Zsupanekné Palányi, „A fenntartható növekedés makrogazdasági és vállalati szinten”, *EU Working Paper* 4/2005.

Legal sources

- Commission Implementing Regulation (EU) 2018/1212 of 3 September 2018 laying down minimum requirements implementing the provisions of Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council as regards shareholder identification, the transmission of information and the facilitation of the exercise of shareholders rights.
- Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Action Plan: Financing Sustainable Growth. Brussels, 8.3.2018. COM(2018) 97 final.
- Act CXX of 2001 on capital market
- Act V of 2006 on firm disclosure, firm court procedure and winding-up proceeding
- Act CXXXVIII of 2007 on investment enterprises and commodity exchange service providers
- Act V of 2013 on Civil Code
- Act LXVII of 2019 on the encouraging of long-term shareholder engagement and the amendment of certain laws for the purpose of legal harmonization
- Act XLIV of 2020 on climate protection
- 16/2017. (VI. 30.) Decree of the Ministry of National Economy on the product approval process to be applied by the investment firm.
- 25/2018. (VII. 5.) Recommendation of the Hungarian National Bank relating to product approval requirements for the capital markets
- 5/2021. (IV. 15.) Recommendation of HNB on climate change and environmental risks, and environmental sustainability considerations in the activities of credit institutions

Internet sources

- <https://www.bet.hu/Kibocsatok/Ajanlasok-kibocsatoknak/bet-esg-esg-guide>, 17 June 2022.
- <https://www.bet.hu/Kibocsatok/Ajanlasok-kibocsatoknak/Felelos-tarsasagiranyitas>, 9 March 2022.
- <https://bet.hu/newkibdata/128693174/Igazgatosag%20eloterjesztese%20a%202022%20evi%20kozgyulesre.pdf>, 10 April 2022.
- Climate Change and Corporate Governance*, Corporate Governance, OECD Publishing, Paris, (17 June 2022). <https://www2.deloitte.com/hu/hu/pages/jog/articles/befektetesi-alapok-esg-minositese.html>, 22 June 2022.

- <https://docplayer.hu/30422536-Az-otp-bank-nyrt-javadalmazasi-iranyelvei.html>, 10 April 2022.
- <https://doi.org/10.1787/272d85c3-en>, 18 September 2022.
- <https://eionet.kormany.hu/fenntarthato-finanszirozas-velemenyezesre>, 22 June 2022.
- <https://elemzeskozpont.hu/esg-befektetesekek-mit-jelent-milyen-hozama-lesz-mennyire-jo-az-esg>, 22 June 2022.
- European Model Company Act, Chapter 1 General Provisions and Principles. <https://cesifin.it/wp-content/uploads/2018/09/EMCA.pdf>, 15 June 2022.
- <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:EN:PDF>, 18 September 2022.
- Executive circular of HNB 17 March 2021, <https://www.mnb.hu/letoltes/129526-3-2021-sfdr-vezetoi-korlevel.pdf>, 22 June 2022.
- Mark Fenwick et al, „ESG as a Business Model for SMEs”, *ECGI Working Paper Series in Law* May 2022. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4098644, 18 September 2022.
- <https://www.gedeonrichter.com/hu-hu/befektetok/kozgyulesek>, 22 March 2022.
- Green Finance in Hungary. Consultation document by the Central Bank of Hungary, <https://www.mnb.hu/letoltes/green-finance-in-hungary-consultation-paper.pdf>, 22 September 2022.
- Green Finance Report. Status Report on the Sustainability of the Hungarian financial system, <https://www.mnb.hu/letoltes/20210303-zold-penzugyi-jelentes-angol.pdf>, 22 September 2022.
- Green Financial Product Search Concept of HNB (professional consultation document), <https://www.mnb.hu/letoltes/mnb-zold-penzugyi-termekkereso-szakmai-konzultacios-dokumentum-ifua-final.pdf>, 22 June 2022.
- Opportunities for jump-starting the green bond market in Hungary, <https://www.mnb.hu/letoltes/opportunities-for-jump-starting-the-green-bond-market-in-hungary.pdf>, 22 September 2022.
- Philipp Jaspers, *Sustainable Shareholder Activism – bald auch in Deutschland?*, <https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2022/01/31/sustainableshareholderactivism2/>, 20 March 2022.
- Magyar Nemzeti Bank: Biztosítási, pénztári, tőkepiaci kockázati és fogyasztóvédelmi jelentés 2022, <https://mnb.hu/letoltes/kockazati-jelentes-2022-hun-0613-2.pdf>, 22 June 2022.
- Colin Mayer: The Governance of Corporate Purpose. *ECGI Working Paper Series in Law. Working Paper* 609/2021. https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/mayerfinal_1.pdf, 22 June 2022.
- Rocco Mezzatesta, *Shareholder stewardship: global trends and challenges*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3730129, 18 September 2022.
- <https://www.mnb.hu/letoltes/zold-penzugyek-konzultacios-dokumentum-2.pdf>, 22 June 2022.
- <https://molgroup.info/hu/befektetoi-kapcsolatok/kozgyules>, 18 September 2022.
- https://molgroup.info/storage/documents/altalanos_dokumentumok/fobb_tarsasagiranyitasi_dokumentumok/mol_remuneration_policy_2020_hun.pdf, 10 April 2022.
- https://molgroup.info/storage/documents/eves_rendes_kozgyules/agm_documents_2022_hu.pdf, 10 April 2022.

<https://www.napi.hu/magyar-vallalatok/viharos-idokban-is-megoriztek-stabilitasukat-az-intezmenyi-befektetok-biztosito-penztar-alapkezekelo-brokerceg.754298.html>, 22 June 2022.

Györgyi Nyikos, “Fenntartható finanszírozás és fejlesztés. Stratégia és szabályozás: átállás a fenntartható finanszírozási modellekre”, Budapest 2022, <https://mersz.hu/kiadvany/949/info/>, 22 September 2022.

https://njt.hu/translation/J2013T0005P_20210701_FIN.PDF, 18 September 2022.

https://www.otpbank.hu/static/portal/sw/file/220311_kgy_hird_027.pdf, 22 March 2022.

https://www.otpbank.hu/static/portal/sw/file/220322_kozgy_eloterjeszesek_h.pdf, 10 April 2022.

Alain Pietrancosta, „Codification in Company Law of General CSR Requirements: Pioneering Recent French Reforms and EU Perspectives”, *ECGI Working Paper Series in Law* 639/2022. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4083398, 18 September 2022.

Sustainable Finance Roadmap 2022-2024, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma30-379-1051_sustainable_finance_roadmap.pdf, 22 September 2022.

Taxonomy Regulation Disclosures. A snapshot, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ie/pdf/2021/06/ie-taxonomy-regulation-disclosures.pdf>, 22 June 2022.

https://www.telekom.hu/rolunk/befektetoknek/befektetoi_kozlemenyek/2022/marcius_10, 22 March 2022.

<https://www.telekom.hu/static-tr/sw/file/2020AGM-Javadalmazasi-Politika.pdf>, 10 April 2022.

https://www.telekom.hu/static-tr/sw/file/2022AGM_eloterjeszesek_0321_boritoval.pdf, 10 April 2022.

<https://zwackunicum.hu/hu/befektetoknek/kozgyulesek/>, 22 March 2022.

https://zwackunicum.hu/files/befektetoknek_vallalatiranyitasi-elvek_ertekelesi-es-javadalmazasi-iranyelvek_hu_1559567250/zwk20200625_or03h.pdf, 10 April 2022.

https://zwackunicum.hu/files/befektetoknek_tozsdei-bejelentesek_2021_javadalmazasi-nyilatkozat_hu_1622014405/zwk20210526or_02h.pdf, 10 April 2022.

Conference materials

Blanaid Clarke, Felix Mezzanotte, “Sustainable Finance: Ireland. April 2022. Handout”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

Jens Ekkenga, “Sustainable Finance in the EU. German Report – Guidelines”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

Philipp Fidler, Martin Winner, „Country Report Austria”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

Marco Lamandini, Elia Garcia Cerrato, „The Italian implementation of the European Acquis on Sustainable Finance: A Country Report”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

- Erik Lidman, „Country Report Sweden, The role of the national corporate governance systems in sustainable finance and trading”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.
- Krzysztof Oplustil, Anne-Marie Weber, „Country Report Poland”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.
- “Sustainable Finance and Ownership – a Danish Perspective”, *Sustainable Finance in European Jurisdictions*, April 2022, Budapest, Ferenc Mádl Institute of Comparative Law.

Текла И. Паї

Универзитет за државну службу, Будимпешта

Факултет за државно управљање и међународне студије

rapp.tekla@uni-nke.hu

ORCID ID: 0000-0001-8848-4078

Јанош Ј. Дул

Универзитет за државну службу, Будимпешта

Факултет за државно управљање и међународне студије

dul.janos@uni-nke.hu

ORCID ID: 0000-0001-5445-687X

Одрживо финансирање: стварно мађарско законодавство у оквиру ЕУ

Сажетак: У овом раду, после систематског приказа теоријске позадине регулативе Европске уније, испитујемо мађарску регулативу и правну праксу (помоћу интернеј страници веб мађарских компанија које су на берзи и Препоруке за корпоративно управљање Будимпештанске берзе) у вези са идентификацијом акционара од стране друштва, проверљивости остваривања права акционара, полицијом напремања и извешавања јавној акционарској друштва и одобравањем правних послова закључених са повезаним лицем. Такође се фокусирамо на финансијско управљање и поједине аспекте управљања производима, са посебном пажњом на процес одобравања производа и избегавање greenwashing-а. Одлучили смо да истражимо ова питања јер се не могу наћи дословни преводи правних аката Европске уније из ових области у односу на мађарско законодавство. Други разлог је што постоје доследна практична искуства у вези са њима, те се осврћемо на различите аномалије. Највише је да истражимо потребу за преносом и имплементацијом правног инструмента са тако широким импликацијама као што је одрживо финансирање у промишљеном и кохерентан сеи правила која прожимају правни систем.

Кључне речи: еколошко друштвено управљање, идентификација акционара, поштовање права, управљање производима, финансијско управљање.

Датум пријема рада: 04.07.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 30.01.2023.

Датум прихватања рада: 31.01.2023.

Зоран Р. Васиљевић
Универзитет у Бањој Луци
Правни факултет у Бањој Луци
zoran.vasiljevic@pf.unibl.org
ORCID ID: 0000-0002-9691-424X

РЕФОРМСКИ ПРОЦЕСИ У ВЕЗИ СА ДРУШТВИМА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ И ЊЕНИХ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА

Сажетак: За разлику од националних законодавстава, на нивоу Европске уније недостигаје дејалнија регулатива друштва са ограниченом одговорношћу. Међутим, у последњих двадесетак година је завладао тренд олакшавања услова оснивања и услова пословања ове врсте привредних друштва, као најопадније форме за спровођење такве идеје. Аутор у раду даје приказ и врши анализу развоја и имплементације идеје ублажавања услова оснивања друштва са ограниченом одговорношћу, а посебно кроз стварање његовој посебној облика – јоједносављеној друштва са ограниченом одговорношћу. Констатира се да су бољи резултати остварени на националним нивоима, али и да је на нивоу Европске уније било мама, поштово по ишћању стварања услова за јојшуну електронску регистрацију. Показало се да су сви напори на овом плану довели и до повећања броја новооснованих друштва са ограниченом одговорношћу, а поштово њиховој јојшћу јоједносављених друштва.

Кључне речи: друштво са ограниченом одговорношћу, *societas unius personae*, јоједносављено друштво са ограниченом одговорношћу, електронска регистрација.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Друштва са ограниченом одговорношћу (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – *GmbH*) која су настала крајем XIX вијека као њемачка правна

конструкција постала су, захваљујући својим карактеристикама, један од најчешћих организационих облика привредних друштава. Законодавства која су усвајала ову форму организовања су се користила једном од двије технике. Или су, по узору на њемачки модел, у посебном акту детаљно регулисала само друштва са ограниченом одговорношћу, односно, регулисала их у оквиру компанијских закона заједно са другим правним формама привредних друштава или су, пак, допуњавала посебне дијелове грађанских или трговинских законика материјом која се односи на ову, као и друге, форме привредних друштава.¹ Дакле, ова врста привредних друштава није представљала резултат његовог развоја и коначног имплементирања у легислативи, већ је настала актом законодавца у циљу поједностављења акционарског друштва које је, до тренутка настанка овог новог облика организовања, било једини облик организовања привредних друштава са ограниченом одговорношћу власника удјела за обавезе друштва. Односно, поједностављено речено, друштво са ограниченом одговорношћу је настало као алтернатива акционарском друштву.² Овај облик организовања је у новије вријеме готово већински заступљен у компанијскоправној пракси европских држава и креће се у распону 40-60% свих привредних друштава.³ Заслуге за то се, нарочито, састоје у оствареној комбинацији елемената и друштава лица и друштава капитала.

На нивоу Европске уније, међутим, друштво са ограниченом одговорношћу није толико детаљно уређено. Наиме, донијете су директиве којима се оно уређује само у мјери у којој се уређују питања која се односе на сва друштва капитала када је ријеч о општим питањима правне сигурности и рачуноводства.⁴ У новије вријеме се, пак, настоји олакшати оснивање при-

¹ Zvonimir Slakoper (Слакопер), *Društvo sa ograničenom odgovornošću u sudskoj praksi i pravnoj teoriji*, 2. izd., Organizator, Zagreb 2009, 1-2.

² Па сходно томе спадају, и поред свих специфичности, у групу друштава капитала заједно са акционарским друштвима. У том смислу се на њих примјењују и одређени заједнички принципи, као нпр., право на учешће у расподјели добити сразмјерно учешћу члана у основном капиталу друштва. Види: Владимир Марјански, „Расподјела добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу и разлике у односу на друге исплате корпоративно-правног карактера“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Сагу*, 1/2020, 228-229.

³ Z. Slakoper, 2.

⁴ Jakša Barbić (Барбић), *Pravo društava: Knjiga druga. Društva kapitala. Svezak II. Društvo s ograničenom odgovornošću, Društvo za uzajamno osiguranje, Kreditna unija, Europsko društvo – societas europea (SE)*, 6. izd., Organizator, Zagreb 2013, 32. Аутор упућује на питања регулисана раније важећим директивама компанијског права – првом, четвртом, седмом, једанаестом и дванаестом директивом. Ниједна од наведених директива више није на снази. Прва директива компанијског права 68/115/ЕЕС је због бројних измјена првобитно замијењена Директивом 2009/101/ЕС, а потом је и другонаведена Директива стављена ван снаге Директивом 2017/1132/ЕУ. Такође, и једанаеста Директива 89/666/ЕЕС је била измијењена Директивом 2012/17/ЕУ, а затим и стављена ван снаге чланом 166. Директиве 2017/1132/ЕУ. Четврта (78/660/ЕЕС) и седма (83/349/ЕЕС) директива су мијењане у више наврата, да би коначно биле

вредних друштава, што је нарочито актуелизовало материју друштва са ограниченом одговорношћу, као једноставнијег облика друштава капитала у смислу да није оптерећено толиким бројем формалности у погледу структуре и организације друштва као акционарско друштво, а нарочито због чињенице да је већина норми којима се уређује ова форма привредних друштава диспозитивног карактера. Побољшање пословног окружења за сва привредна друштва, а посебно мала и средња, је један од главних приоритета десетогодишње стратегије раста Европске уније – Европа 2020, која је прокламована 2010. године.⁵ Рјешења се траже у њиховом даљем поједностављењу кроз захтјеве за спуштањем најнижег износа основног капитала потребног за оснивање друштва, те омогућавању комплетног процеса електронске регистрације.

У процесу регистрације друштава са ограниченом одговорношћу (у даљем тексту: д.о.о.), посебно се истиче форма једночланог д.о.о.-а, која је предмет још једноставније процедуре оснивања и мање строгих захтјева, прије свега у погледу форме оснивачког акта. Овај облик организовања се карактерише потребом за минималном регулацијом и одсуством бројних правила намијењених рјешавању интерних конфликта и других питања, што је карактеристично за вишечлана друштва. Према подацима из приједлога Директиве о једночланом друштву са ограниченом одговорношћу из 2014. године (у даљем тексту: приједлог SUP Директиве), ова врста д.о.о.-ова чини око једне половине њиховог укупног броја у Европској унији. Стога ће и у овом раду нагласак бити на приказу новијих настојања на реформи регулативе Европске уније управо у сегменту једночланих друштава, односно, најзначајнијим дилемама које је прате и ометају њено спровођење. Поред тога, биће анализирана и питања која се односе на убрзавање процеса регистрације привредних друштава, омогућавањем њихове електронске регистрације, која се, иако не нужно, првенствено примјењује на једночлана друштва. Коначно, указаће се и на тренд који се све више шири у правима држава чланица Европске уније, а односи се на регулисање оснивања поједностављених облика друштава са ограниченом одговорношћу.

стављене ван снаге Директивом 2013/34/EU. Коначно, и Дванаеста директива из 1989. године (89/667/EEC), која се односи на једночлана друштва, је замијењена Директивом 2009/102/EC.

⁵ COM (2010) 2020, 3. марта 2010. Након тога је предузето низ мјера у циљу побољшања приступа финансирању и даљњем смањењу трошкова пословања у Европској унији, што је посебно видљиво у актима попут Комуникације „Индустријска политика за раздобље глобализације“ (COM 2010, 614), Ревизији Акта о малом предузетништву (COM 2011, 78, 23. фебруара 2011.), те Актима о јединственом тржишту I и II (COM 2011, 206, 13. априла 2011. и COM 2012, 573, 3. октобра 2012.). Ово је наведено и у образложењу Приједлога Директиве о једночланом друштву са ограниченом одговорношћу – *Societas Unius Personae*. Вид. Proposal Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies, COM/2014/0212, 9. априла 2014., 5.

2. ПРОЈЕКТИ НА НИВОУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Омогућавање оснивања једночланих компанија се захтијева у праву Европске уније, као обавеза свих националних законодавстава. Ради се о норми чл. 2. Директиве 2009/102/ЕЗ из подручја права трговачких друштава о друштвима с ограниченом одговорношћу с једним чланом (у даљем тексту: Директива 2009/102/ЕЗ) из 2009. године.⁶ Уосталом, још је XII Директивом компанијског права о једночланим друштвима са ограниченом одговорношћу (89/667/ЕЕЦ), из 1989. године, била прописана могућност оснивања овог облика д.о.о.-а у циљу излагања у сусрет потребама мањих предузетника. У новије вријеме се, међутим, јавља тренд даље симплификације норми које се односе на оснивање и пословање д.о.о.-ова уопште, и то на два начина, поједностављењем законског уређења постојећих д.о.о.-ова, као и увођењем новог подтипа поједностављеног д.о.о.-а. Овај тренд је, такође, узет у обзир и на наднационалном нивоу, тј. у приједлозима директива Европске уније који су се појавили о посљедњих петнаест година.

2.1. Покушаји унификације регулативе привредних друштава

На нивоу Европске уније се практично од њеног настанка покушавало са унификацијом компанијског права у материји организационе структуре привредних друштава. Први зачеци идеје о успостави наднационалних привредних друштава се јављају већ 1959. године у оквирима Вијећа Европе и били су усмјерени на увођење Европског акционарског друштва (*Societas Europea*). Након тога се 1962. године јавља идеја о увођењу Европског приватног друштва, али она није наишла на ширу подршку. Тек се 1995. године обнавља иницијатива за увођење једног оваквог друштва, и то кроз сарадњу истраживачког одјељења паришке Коморе за трговину и индустрију (*Centre de Recherche sur le Droit des Affaires – CREDA*) и Универзитета у Хајделбергу.⁷ На темељу њихове студије, 1998. године је израђен приједлог организационог облика Европског приватног друштва, који, међутим, није наишао на подршку тијела Европске уније.

Тек је 2007. године дошло до формалне иницијативе, кад је Европски парламент позвао Европску комисију да изради нацрт Статута о Европском приватном друштву. На основу тога је 2008. године сачињен приједлог Уредбе

⁶ Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single-member private limited liability companies, *Official Journal of the European Union*, L 186/80, 11. јула 2019.

⁷ Више вид. Dionis Jurić (Јурић), Sonja Marinac (Маринац), „Societas Unius Personae – Prijedlog Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 36(1)/2015, 438.

Вијећа о Статуту Европског приватног друштва (*Societas Privata Europea* – SPE),⁸ чији је циљ био проналажење једнообразног модела и регулативе за ширу групу друштава која би могла неометано да послују у Европској унији. Ово је било од нарочитог значаја, као прекретница, јер су затворене компаније до тада биле много мање инволвиране у процес хармонизације од отворених компанија.⁹ Наиме, Европска компанија (*Societas Europea* – SE) је била примарно дизајнирана за веће компаније и њена структура, као и правила о партиципацији запослених, били су непогодни за мање компаније које су имале циљ да се укључе у заједничке пројекте. Организација пословања у форми SE је за њих била превише скупа и то је требало да се превазиђе путем SPE.

Циљ приједлога Статута SPE је био понудити малим и средњим предузећима инструмент којим би се олакшале њихове прекограничне дјелатности. Приједлог је неколико пута мијењан, да би коначно, 2013. године, био повучен због немогућности усаглашавања.¹⁰ Најзначајнији разлози супротстављања његовом усвајању су се односили на питања раздвајања статутарног (регистрованог) и стварног сједишта управе, заштите повјерилаца,¹¹ стварања новог 29. компанијскоправног режима, хармонизације права мањинских чланова и кодетерминације,¹² тј. партиципације запослених у управи.¹³

2.2. Неуспјех идеје стварања *Societas Unius Personae*

Управо као резултат посљедица повлачења приједлога Статута SPE, сачињен је нови приједлог једночланог друштва са ограниченом одговорношћу (*Societas Unius Personae* – SUP), са другачијим приступом који се састојао у стварању оквира, који би давао доста слободе националним легислативама у дефинисању карактеристика овог друштва. Намјера је и даље била да се

⁸ COM 2008, 396.

⁹ Robert Drury (Друри), “The European Private Company”, *European Business Organization Law Review*, 9/2008, 125-126.

¹⁰ Annex to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Regulatory Fitness and Performance (REFIT): Results and Next Steps, COM (2013) 685.

¹¹ Наиме, поједине државе чланице су се плашиле да би концепт компаније са основним капиталом од свега 1 евра могао угрозити заштиту повјерилаца.

¹² Овај институт има законско упориште и широку политичку подршку у Њемачкој, као његовом заговорнику, али је стран већини правних система. Ово је, иначе, највећи разлог зашто је Њемачка одбацила приједлог Директиве, штитећи своја правила о кодетерминацији.

¹³ Више вид. Stephan Harbarth (Харбарт), From SPE to SMC: The German Political Debate on the Reform of the “Small Company”, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 232.; Christoph Teichmann (Тајхман), “Corporate Groups within the Legal Framework of the European Union: The Group-Related Aspects of the SUP Proposal and the EU Freedom of Establishment”, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 205.

оснивачима мањих компанија помогне да дјелују и у иностранству, што је требало ојачати предузетничку активност и повећати запосленост у Европској унији.¹⁴ Штавише, и веће компаније би могле користити ове могућности.¹⁵ Такође, приједлог SUP Директиве је садржавао одредбе које су олакшавале оснивање једночланих друштава и на чисто националном нивоу. Према томе, за разлику од SPE, није се радило о приједлогу наднационалног друштва, већ о правној форми која је требала егзистирати на националним нивоима паралелно са другим формама једночланих друштава, које су већ постојале у тим националним законодавствима. SUP је требао да буде једна подврста д.о.о.-а у сваком од правних система држава чланица, слично као и поједностављено д.о.о. у оним системима који га познају.¹⁶ Ово је било значајно и са становишта одбране изабраног правног основа за сачињавање приједлога SUP Директиве, тј. чл. 50 Споразума о функционисању Европске уније (TFEU), на који се позивала Комисија која је сачинила приједлог, јер тим чланом не могу бити оправдана наднационална друштва, већ само чланом 352 овог Споразума.¹⁷

Националним законодавствима је, такође, била остављена опција да новом компанијскоправном режиму прилагоде већ постојеће норме којима су била регулисана једночлана друштва. У том смислу, не би било јединствене форме SUP-а, већ онолико варијанти колико има националних легислатива.¹⁸ Уствари, како су добро примијетили Хомелхоф (Hommelhoff) и Тајхман (Teichmann),¹⁹ SUP је представљао оживљавање SPE-а под поједностављеном и националном формом.

Овај облик организовања је, према чл. 16. приједлога SUP Директиве, требао имати оснивачки капитал од свега 1€ и није требао имати обавезу стварања обавезних законских резерви. Циљ таквог рјешења је био да се суспендује пракса иницирана од стране појединих држава (Њемачка, Белгија, Хрватска), која је наметнула ову обавезу као један од облика заштите интереса повјерилаца.²⁰ Умјесто тога, чланом 18. приједлога SUP Директиве је уведен тест солвентности, који је предвиђао забрану исплата једином члану у слу-

¹⁴ Mette Neville (Невил), Karsten Engsig Sorensen (Сопенсен), „Promoting Entrepreneurship – The New Company Law Agenda“, *European Business Organization Law Review*, 15/2014, 549.

¹⁵ C. Teichmann, 223-224.

¹⁶ Pierre-Henri Conac (Конак), „The Societas Unius Personae (SUP): A „Passport“ for Job Creation and Growth“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 158.

¹⁷ Више вид. Corrado Malberty (Малберти), „The relationship between the Societas Unius Personae proposal and the *acquis*: Creeping Toward an Abrogation of EU Company Law?“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 245-246. Ово је врло вјероватно био и први приједлог неке директиве којим се од националних легислатива захтијевало да створе нову форму правног субјекта.

¹⁸ C. Malberti, 243.

¹⁹ Peter Hommelhoff, Christoph Teichmann, „Die Wiederbelebung der SPE“, *GmbHR* 2014, 177-186. Нав. према P.-H. Conac, 144.

²⁰ D. Jurić, S. Marinac, 453.

чају да годишњи финансијски извјештај показује да би нето имовина била мања или би таквом исплатом постала мања у односу на износ основног капитала увећаног за резерве које се не могу исплаћивати у складу са оснивачким актом SUP-а. Такође, била је предвиђена обавеза менаџмента компаније да њену солвентност потврди и одговарајућим сертификатом. Овакав приступ заштити повјерилаца је био изграђен по узору на енглеско и данско право.²¹ На тај начин би била и појачана одговорност управе друштва. Наиме, у енглеском праву они чак могу бити и кривично одговорни ако без основаног разлога потврде солвентност компаније.²²

Један од циљева приједлога SUP Директиве је био смањење трошкова регистрације и путем увођења могућности потпуне електронске регистрације, као и усклађивања њеног поступка међу државама чланицама. Овај Приједлог је требао да замијени још увијек важећу Директиву 2009/102/ЕЗ, инкорпорисањем њених одредаба и додатним проширењем у циљу постизања веће хармонизације међу националним законодавствима.

SUP је био замишљен као облик д.о.о.-а чије оснивање је требало бити олакшано понуђеним моделима оснивачких аката (које једини оснивач може сам модификовати),²³ ограничавањем процеса регистрације на само неколико формалних захтјева и омогућавањем саме регистрације електронским путем,²⁴ уз остављање могућности да се регистрација и даље спроводи у папирној форми. Наиме, приједлогом SUP Директиве се у чл. 14 ст. 3 захтијевало од држава чланица да омогуће да се комплетан процес регистрације може спровести без потребе да оснивач мора бити физички присутан пред било којим органом у држави регистрације. Процес регистрације је, у складу са Акционим планом за мала предузећа у Европи из 2010. године, требао трајати најдуже три радна дана од пријема комплетне документације. Језичке баријере код прекограничног оснивања су требале бити превазиђене идентичном процедуром оснивања у свим државама чланицама, чиме би се

²¹ Више вид. P-H. Conac, 169.

²² Више вид. Audrey Kravets (Кравец), „Discussion Report: The Proposal for a Directive on the Single-Member Private Limited Liability Company“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 133-134.

²³ Поређења ради, могло би се истаћи да се на усаглашавању модела оснивачких аката, осим у ЕУ, ради и у другим правним системима. Тако је, нпр., Америчка адвокатска асоцијација (*American Bar Association*), односно њена секција за Пословно право (Комитет за д.о.о.-ове, ортаклуке и неинкорпорисане ентитете) припремила модел оснивачког акта једночланог д.о.о.-а (и то у случају кад је оснивач физичко лице) у складу са Законом Делавера о друштвима са ограниченом одговорношћу (вид. LLCs, Partnerships and Unincorporated Entities Committee, ABA Business Law Section, Single Member LLC Individual Member Form, *The Business Lawyer*, 69/2014, 775-797).

²⁴ Klaus Hopt (Хопт), „Corporate Governance in Europe“, *New York University Journal of Law & Business*, 12(1)/2015, 159.

додатно смањили и трошкови оснивања, јер оснивач не би морао да тражи помоћ страних адвоката у држави оснивања, већ би просто могао да се обрати и адвокату у својој држави који би га могао поучити о поступку оснивања.²⁵

Постојали су, међутим, снажни разлози против прихватања приједлога SUP Директиве, који су довели до његовог повлачења. Међу тим разлозима, нарочито се истицао страх појединих држава чланица да би нови облик организовања могао угрозити постојеће облике који су већ били регулисани у националним правима, као и страх нотара, у државама у којима се захтијевало њихово учешће у сачињавању оснивачких аката, да би могли изгубити своју улогу увођењем могућности електронске регистрације. То се нарочито односило на Шпанију и Њемачку као веће и утицајније државе. Отклањању тог страха није помогло ни указивање на чл. 14 ст. 5 приједлога SUP Директиве који је државама чланицама остављао могућност да задрже правила која се односе на верификацију идентитета оснивача, као и било ког другог лица које се приликом регистрације појављује у име оснивача, те прихватљивост докумената и других информација које се достављају надлежном регистру. Тиме је била задржана могућност учешћа нотара у поступку регистрације.²⁶

У Њемачкој је, поред претходно наведеног, постојао и страх синдиката да би принцип кодетерминације могао бити угрожен, укључујући њихове позиције у органима управљања привредних друштава.²⁷ Приједлог SUP Директиве заиста није садржавао одредбе о кодетерминацији, али с обзиром на то да се овдје радило о приједлогу превасходно националне форме привредног друштва, а не наднационалне, ништа не би спречавало државе чланице (односно, Њемачку у конкретном случају) да аутоматски примијене правила о кодетерминацији која су већ имала у сопственом законодавству. Стога се може узакључити да је и овај страх био неоправдан.

Конечно, једна од примједби на приједлог SUP Директиве је била и та да би она, с обзиром на високе трошкове успостављања система електронске регистрације, могла имати улогу „тројанског коња“ у смислу увођења електронске регистрације за све компаније, како би инвестиција могла да буде профитабилна. Наиме, увођење обавезне електронске регистрације само за SUP би било прилично неекономично за државе чланице.²⁸ Све то је резултирало повлачењем приједлога Директиве 2018. године.²⁹

²⁵ Више вид. Р-Н. Conac, 145-146.

²⁶ Упор. Jesper Lau Hansen (Хансен), „The SUP Proposal: Registration and Capital (Articles 13-17)“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 179 и Alessio Bartolacelli, „A New Framework on Digitalization in European Company Law“, *Intereulaweast*, V(2)/2018, 43.

²⁷ Више вид. Hopt, 186-187.

²⁸ Alessio Bartolacelli (Бартолацели), „Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition“, *European Company and Financial Law Review*, 14(1)/2017, 221.

²⁹ Повлачење приједлога Комисије 2018/C 233/05, *Службени лист Европске уније*, С 233, 4. јули 2018.

Према томе, на нивоу Европске уније је, и поред озбиљних напора за унапређењем, и даље на снази Директива 2009/102/ЕЗ, која је замијенила Дванаесту директиву компанијског права (89/667/ЕЕЗ) из 1989. године о друштвима са ограниченом одговорношћу само са једним чланом. Директивом 2009/102/ЕЗ се прописује могућност, како оснивања, тако и свођења вишечланог друштва на једночлано. Само, на основу чл. 7 ове Директиве, у случају ако законодавство одређене државе чланице предвиђа могућност оснивања предузетничке дјелатности са ограниченом одговорношћу на износ уложен у обављање те дјелатности, у тој држави се не мора допустити оснивање једночланих друштава. Одредбе Директиве 2009/102/ЕЗ су имплементирани и у национална законодавства Србије и Републике Српске, а најзначајније се односе на обезбеђење транспарентности пословањења, управо из разлога што друштво има само једног власника и нема могућности да се власници међусобно контролишу, што отвара простор за могуће злоупотребе и ризично је с аспекта појачане опасности оштећења повјерљивости таквог друштва.³⁰ Стога се, према чл. 4 и 5 Директиве 2009/102/ЕЗ (у складу са тачкама 7 и 8 њене преамбуле), одлуке које једини члан доноси у улози скупштине друштва, као и сви уговори између тог члана и друштва, осим оних закључених у нормалним условима, а који се односе на текуће дјелатности, требају или уписивати у записник или сачињавати у писаном облику. С друге стране, код овог облика друштава са ограниченом одговорношћу нема потребе за примјеном правила о заштити мањинских чланова, као ни о већини потребној за доношење одлука.

2.3. Омогућавање електронске регистрације друштава са ограниченом одговорношћу

Последњи корак у развоју процеса електронске регистрације на нивоу Европске уније представља Директива 2019/1151 о употреби дигиталних алата и процедура у компанијском праву (у даљем тексту: Директива 2019/1151), из 2019. године, која представља допуну Директиве 2017/1132.³¹ Ова Директива се наслања на Уредбу (ЕУ) бр. 910/2014 Европског парламента и Вијећа Европе од 23. јула 2014. о електронској идентификацији и услугама повјерења за електронске трансакције на унутрашњем тржишту, у погледу

³⁰ Вид. чл. 99 ст. 1 и чл. 131 ст. 2-4 Закона о привредним друштвима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17 и 82/19. Такође, чл. 139, чл. 198 ст. 4 и чл. 211 ст. 5 т. 1 Закона о привредним друштвима Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. Закон, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 и 109/21.

³¹ Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law, *Official Journal of the European Union*, L 186/80, 11. јули 2019.

инструмената за установљење идентитета оснивача, али такође и проширује круг електронских средстава идентификације изван оних одређених наведеном Уредбом.³² У ствари, Директива 2019/1151 наставља идеју креирану приједлогом SUP Директиве да се омогући потпуна електронска регистрација без физичког присуства оснивача, али овај пут не само за једночлана друштва са ограниченом одговорношћу, већ за сва привредна друштва.³³ Међутим, државе чланице могу, сходно чл. 13g ст. 1 тач. 2 Директиве 2019/1151, одлучити да ограниче могућност оснивања путем интернета само на друштва са ограниченом одговорношћу.

Директивом 2019/1151 се отклања и дилема, која је уједно представљала главни разлог отпора приједлогу SUP Директиве од стране нотара. Наиме, у чл. 13c ст. 2 Директиве 2019/1151 прописано је да се њоме не доводе у питање поступци и захтјеви утврђени националним правом, укључујући оне који се односе на правне поступке за састављање акта о оснивању, под условом да је могуће оснивање привредног друштва путем интернета. Дакле, нотари могу бити укључени и у овакав поступак регистрације привредних друштава. То је изричито наглашено и у чл. 13g ст. 4 тач. c Директиве 2019/1151.

Потпуна електронска регистрација, коначно, подразумијева да и плаћања буду учињена електронским путем (судске таксе, услуге нотара, и сл.), као и да се доказ о извршеној уплати може пружити *on line*.³⁴ Процес електронске регистрације се, додуше, може закомпликовати могућношћу уношења неновчаних улога. Држава чланица би у том случају могла одбити електронску регистрацију у складу са чл. 13g ст. 4 тач. d Директиве 2019/1151. С друге стране, ово не мора бити сметња, већ се може остати при концепту електронске регистрације, уз коришћење опције за продужење максималног времена допуштеног за довршетак *on line* регистрације.³⁵ Тиме се оставља довољно времена за експертску процјену вриједности улога.

У циљу олакшања оснивања и прекограничне сарадње, у чл. 13f Директиве 2019/1151 је прописано да, на порталима за упис привредних друштава или одговарајућим интернетским страницама у државама чланицама, корисницима требају бити доступне сажете и адекватно прилагођене информације као помоћ за оснивање друштва или регистрацију његове подружнице. Те информације морају бити бесплатне и барем на језику који у највећој

³² Упор. Татјана Јевремовић Петровић, *Модели оснивачких акција*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2019, 128 и Segismundo Alvarez Royo-Villanova, „Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: The Practitioner’s Perspective“, *European Company and Financial Law Review*, 16(1-2)/ 2019, 164.

³³ Више вид. А. Bartolacelli (2018), 39-40, 64.

³⁴ А. Bartolacelli (2018), 46

³⁵ Директива 2019/1151, чл. 13g ст. 7.

мјери разумију прекогранични корисници (нпр. на енглеском језику).³⁶ Оснивачима друштава са ограниченом одговорношћу требају бити доступни и обрасци за оснивање, што представља додатну олакшицу. И они требају бити доступни бар на једном од службених језика Европске уније који углавном разумије највећи могући број прекограничних корисника.

Коначно, учињен је корак и на унапређењу међурегистарске сарадње. Наиме, у чл. 16 Директиве 2019/1151 је прописана обавеза држава чланица да осигурају да привредна друштва имају европски јединствен идентификатор прописа у Проведбеној Уредби Комисије ЕУ 2015/884 од 8. јуна 2015. године о утврђивању техничких спецификација и поступака потребних за систем повезивања регистара утврђен Директивом 2009/101/ЕЗ Европског парламента и Вијећа Европе. Наведени идентификатор служи као средство идентификације у комуникацији међу регистрима путем система повезивања регистара. Овим путем морају бити бесплатно доступни барем подаци о фирми, правном облику, сједишту, регистрационом броју и европском јединственом идентификатору (EUID) привредног друштва, као и о интернетским страницама друштва, његовом статусу, дјелатностима, заступницима и подружницама (чл. 19 ст. 2-3 Директиве 2019/1151). Ипак, могло би се закључити да, иако је циљ Директиве 2019/1151 обезбјеђење потпуне електронске регистрације, она није обавезујућег карактера и оснивачи слободно могу оптирати и за стари концепт папирне регистрације.

3. РЕФОРМЕ У НАЦИОНАЛНИМ ЗАКОНОДАВСТВИМА

На националним нивоима, пресуде Суда правде Европске уније у случају *Centros*,³⁷ а потоми другим познатим случајевима, попут *Überseering*,³⁸ *Inspire Art*³⁹ и *SEVIC Systems AG*,⁴⁰ су нагнале законодавце да настоје што

³⁶ Директивом 2019/1151 је прописан минимални садржај тих информација.

³⁷ *Centros Ltd v. Erhvervs – og Selksabsstyrelsen*, CJEU, Case C-212/97, Judgement of the Court, 19.3.1999., ECLI:EU:C:1999:126. *Centros* *упошљив Erhvervs*, Суд правде ЕУ, случај бр. C-212/97, Пресуда Суда од 19. марта 1999., ECLI:EU:C:1999:126.

³⁸ *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, CJEU, Case C-208/00, Judgement of the Court, 5.11.2002., ECLI:EU:C:2002:632. *Überseering* *упошљив Nordic Construction Company Baumanagement*, Суд правде ЕУ, случај бр. C-208/00, Пресуда Суда од 5. новембра 2002., ECLI:EU:C:2002:632.

³⁹ *Kameer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, CJEU, Case C-167/01, Judgement of the Court, 30.9.2003., ECLI:EU:C:2003:512. *Kameer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* *упошљив Inspire Art*, Суд правде ЕУ, случај бр. C-167/01, Пресуда Суда од 30. септембра 2003., ECLI:EU:C:2003:512.

⁴⁰ *Request for a preliminary ruling from Landgericht Koblenz*, CJEU, Case C-411/03, Judgement of the Court, 13.12.2005., ECLI:EU:C:2005:762. *Захтјев за прелиминарну одлуку Округној*

више поједноставити и олакшати оснивање малих и средњих компанија, како би привукли осниваче да у својој држави оснују такву компанију, умјесто да бирају повољније услове у иностранству.⁴¹ То је довело до читавог таласа реформи у државама Европске уније од средине 2000-их година.⁴²

3.1. Олакшање услова оснивања друштава са ограниченом одговорношћу

Први правац реформи је био усмјерен на увођење приступачнијих правила за осниваче постојећих форми компанија. Британско друштво са ограниченом одговорношћу је имало улогу зачетника таласа и представља прототип тзв. „компаније из поштанског сандучета“ (енгл. *letterbox company*).⁴³ Наиме, британско право, тачније *company limited by shares* или само *limited*⁴⁴ карактерише непостојање захтјева у погледу минималног капитала и једноставан поступак оснивања па је зато то право било привлачно држављанима других држава чланица ЕУ које су ту оснивале своја друштва. То је као ненамјеравану последицу имало појаву „компанија из поштанског сандучета“, односно компанија које су формално биле регистроване у Великој Британији, а суштински су све или већину пословних активности обављале у држави оснивача. Тај тренд су затим прихватиле и Француска,⁴⁵ Холандија,⁴⁶ Португал,⁴⁷ дјелимично Аустрија,⁴⁸ а са последњим реформама и Шпанија, у којој је 2003. године конституисан нови модел компаније *Sociedad limitada nueva empresa – SLNE*, али износ основног капитала у почетку није био драстично смањен у односу на дотадашњи режим д.о.о.-ова.⁴⁹ Реформе су чињене и у скандинавским земљама, као нпр. Норвешкој и Финској.⁵⁰

суда у Кобленцу, Суд правде ЕУ, случај бр. C-411/03, Пресуда Суда од 13. децембра 2005., ECLI:EU:C:2005:762.

⁴¹ Наведене пресуде су омогућиле предузетницима да оснивају привредна друштва тамо гдје им је најповољније, без обзира на планирано мјесто обављања послова.

⁴² Више вид. M. Neville, K. E. Sorensen, 551.

⁴³ A. Bartolacelli (2017), 189-190.

⁴⁴ Вид. пар. 3 Компанијског закона Велике Британије из 2006. године. Доступно на: <https://legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, 23. новембар 2022.

⁴⁵ *Société à responsabilité limitée (SARL)* – почев од 2003. године, извршено неколико измјена.

⁴⁶ *Belloten vennootschap – BV*, код којег су измјене чињене почев од 2007. године.

⁴⁷ *Sociedade por quotas – SQ*, измјене вршене од 2005. године.

⁴⁸ Код чијих д.о.о.-ова је основни капитал подијељен на два дијела, те је подложен различитим правним режимима у погледу обавезе његовог уношења у друштво.

⁴⁹ О промјенама у свим наведеним државама, више вид. A. Bartolacelli (2017), 191-202.

⁵⁰ Вид. M. Neville, K. E. Sorensen, 551-552.

3.2. Увођење поједностављених друштава са ограниченом одговорношћу

Други правац реформи се састоји у задржавању постојеће регулативе друштава са ограниченом одговорношћу, уз увођење нових поједностављених подтипова овог друштва. Дакле, не ради се о посебним облицима привредних друштава. Уствари, национална законодавства или уводе ове облике друштава са ограниченом одговорношћу или просто наглашавају могућност оснивања и једночланих друштава са ограниченом одговорношћу, уз регулисање њихових специфичности. Међутим, битно је нагласити да постоји разлика између једночланих д.о.о. и поједностављених подтипова д.о.о. Наиме, поједностављено д.о.о. не мора нужно бити једночлано друштво, иако се законима прописује ограничење у погледу броја чланова (нпр. у хрватском праву овај подтип д.о.о.-а може имати највише пет чланова).⁵¹ С друге стране, поједностављено д.о.о. није ни нови тип привредног друштва, већ подтип д.о.о.-а на који се примјењују све одредбе законских прописа које се односе и на д.о.о., изузев онога што је посебно прописано за овај подтип.⁵² Стога бисмо га могли дефинисати као д.о.о. са мањим основним капиталом од оног који је прописан за класично д.о.о., те бржим и једноставнијим условима за оснивање друштва.⁵³

Типичан примјер овог типа реформи је њемачко право, у коме је 2008. године усвојен Закон о модернизацији права друштава са ограниченом одговорношћу и борби против злоупотребе.⁵⁴ Овим Законом је креирана алтернативна варијанта друштва са ограниченом одговорношћу под називом *Unternehmersgesellschaft haftungsbeschränkt* (скраћено: UG), која може имати до три члана и у коју сваки члан мора уложити најмање 1€, што значи да у случају једночланог друштва, оно може имати основни капитал од само 1€.⁵⁵ Тако је Њемачка, која је некад била један од водећих заговорника обавезног основног капитала, одустала од тог концепта.⁵⁶ Ипак, задржан је концепт обавезних законских резерви које UG мора стварати у случају остваривања добити све док не достигне 25.000 €, када се мора трансформисати у општи тип друштва са ограниченом одговорношћу.

⁵¹ Чл. 390а. Закона о трговачким друштвима, *Народне новине*, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, 34/22.

⁵² Вид. Barbić, 596.

⁵³ *Ibid*, 593, 596.

⁵⁴ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) 2008. *Bundesgesetzblatt*. Teil 1, Nr. 48, 2008, 2026-2047, Доступно на: www.dejure.org/BGBl/2008/BGBl_I_S_2026, 23. новембар 2022.

⁵⁵ Мора се нагласити да је у пракси ситуација нешто другачија, с обзиром на чињеницу да је за потребе покрића трошкова оснивања (који износе неколико стотина евра), ипак, потребан одговарајући износ основног капитала чак и код једночланог UG.

⁵⁶ J. L. Hansen, 483.

Поред тога, поједностављено друштво са ограниченом одговорношћу у Њемачкој има директора као инокосног органа управљања и моделе оснивачких аката, као додатак Закону о друштвима са ограниченом одговорношћу (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG*), који су примјењиви и на UG, што доприноси смањењу трошкова оснивања, и то претежно оних који се односе на услуге нотара.⁵⁷ Овај подтип д.о.о.-а је, уствари, представљао одговор на „увоз“ друштава са ограниченом одговорношћу из Енглеске, а чије је стварно сједиште било у Њемачкој. Наиме, понуђен је концепт друштва чије је оснивање једноставније и јефтиније, како би могло конкурисати енглеским друштвима са ограниченом одговорношћу и тако задржати осниваче у властитој држави, умјесто да одлазе у иностранство ради јефтиније регистрације. Узрок свему томе је био став Суда правде Европске уније (скраћено: СПЕУ), који је заузет у низу горе споменутих пресуда, према коме се не може задирати у правни субјективитет привредног друштва које је ваљано основано по праву било које државе чланице. Дакле, не може се подвргавати одређеним евентуално строжим условима (као нпр. у погледу висине основног капитала), који су прописани законодавством државе у којој послује и не може му се, по том основу, забранити пословање. Ипак, с обзиром на чињеницу да је UG само подтип д.о.о.-а, на сва питања која нису регулисана посебно, примјењују се опште одредбе које се односе на сва друштва са ограниченом одговорношћу.

Сплет свих напријед наведених околности (пресуде СПЕУ, енглески *limited*, пракса „компанија из поштанског сандучета“, искуство њемачког права) је произвео тренд регулисања поједностављених друштава са ограниченом одговорношћу, са фокусом на минималним захтјевима у погледу износа основног капитала и скраћивање времена и трошкова инкорпорације. Чак се и у државама у којима су у процес регистрације укључени нотари, што повећава саме трошкове, покушава редуковати их што више. Тако, у Италији поједностављено д.о.о. је ослобођено нотарских трошкова, као и дужности прибављања печата.⁵⁸

У Белгији је 2010. године уведено поједностављено д.о.о. под називом *société privée à responsabilité limitée-starter (SPRL-S)*, у Данској је од 2014. године на снази Закон којим је уведено слично друштво под називом *iværksætterselskaber (IVS)*,⁵⁹ а у Француској је успостављено *société à responsabilité limitée (SARL)* као једно од најстаријих поједностављених друштава, а креиран је и посебан модел једночланог друштва под називом *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL)*, мада и SARL може бити инкорпорисано

⁵⁷ А. Bartolacelli (2017), 203.

⁵⁸ Више вид. М. Neville, К. Е. Sorensen, 566.

⁵⁹ У преводу, „предузетничка компанија“.

у форми једночланог друштва.⁶⁰ Француско право је у склопу реформе из 2014. године напустило и традиционалну забрану физичким лицима да буду једини власници више једночланих друштава. Ова забрана, установљена још 1985. године, била је подстакнута финансијскоправним разлозима, јер је физичко лице, као једини власник, било подвргнуто порезу на доходак физичких лица, а не порезу који се примјењује на привредна друштва. Интересантно је да је ова забрана била узор и за нека друга законодавства која почињају на романској правној школи, попут румунског, да уведу забрану и за сама једночлана друштва да буду власници других једночланих друштава са ограниченом одговорношћу, што није имало чак ни упориште у разлозима из којих је ова забрана оригинално уведена у Француској.⁶¹

Такође, у Италији је 2012. године уведена форма поједностављеног д.о.о.-а, под називом *società semplificata a responsabilità limitata*. И у Португалу је 2011. године креирано д.о.о. без захтјева за минималним основним капиталом, под називом *sociedade por quotas*.⁶² Сличне реформе су учињене и у Грчкој 2012. године (поједностављено д.о.о. – ИКЕ) и Шпанији 2013. године, гдје је установљено друштво под називом *Sociedad Limitada de Formacion Sucesiva (SLFS)*.⁶³ У Луксембургу је уведен посебан облик једночланог д.о.о.-а, под скраћеним називом s.a.r.l.s., док је у Хрватској 2012. године уведен облик једноставног д.о.о.-а по угледу на њемачки UG.⁶⁴ Најнижи износ основног капитала овог облика друштва је 10 куна, док се код класичног д.о.о.-а захтијева износ од најмање 20.000 куна.

3.3. Дејства смањења минималног износа основног капитала друштава са ограниченом одговорношћу

Посљедица спровођења свих претходно наведених реформи у законодавствима држава чланица Европске уније се састојала у томе да је, већ у вријеме објављивања приједлога SUP Директиве, остало свега 11 држава чланица у којима се и даље захтијевало уношење више од 1€ на име осни-

⁶⁰ Више вид. A. Bartolacelli (2017), 191-193, 206-212.

⁶¹ Вид. A.-M. Lupulescu (Лупулеску), „Some Particularities Concerning the Limited Liability Company“, *Perspectives of Business Law Journal*, 4(1)/2015, 71-72.

⁶² P.-H. Conac, 150.

⁶³ Притом је неопходно нагласити да је у Шпанији, као што смо већ истакли, прво уведено друштво под називом SLNE, које није било најбољи одговор на британски *limited*, бар што се тиче висине основног капитала, јер је постављен у износу од 3.000 €. Истина, измјенама из 2013. године је уведена могућност да се уплати и само 1 евро приликом оснивања, али компанија мора да оставља најмање 20% годишњег нето профита у обавезне статутарне резерве све док се не достигне износ од 3.000 €. Вид. Bartolacelli (2017), 198-200. SLFS, такође, представља класично д.о.о., али се његовим увођењем омогућава оснивање друштва на посебан начин и без минималног капитала.

⁶⁴ Више вид. D. Jurić, S. Marinac, 458-462.

вачког капитала д.о.о.-а. У свим осталим државама, то је сведено на симболичан износ, барем у случају физичких лица у статусу оснивача.

Истраживачке студије су показале да је смањење захтјеваог износа основног капитала довело до повећања интензитета оснивања поједностављених друштава са ограниченом одговорношћу. Тако је, нпр., у Њемачкој основано више од 23.000 поједностављених д.о.о.-ова (UG) у периоду 2008-2009, док је број новоформираних д.о.о.-ова (GmbH) остао на истом нивоу као и претходних година.⁶⁵ Упркос страху да тако драстична редукција оснивачког капитала може угрозити повјерице, могло би се закључити да се тако нешто ипак није догодило. Наиме, национална законодавства, попут њемачког, белгијског или данског, су увела институт обавезних резерви које се морају попуњавати из профита компанија, све док се не достигне прописани износ основног капитала. Такође, друга законодавства, као што је холандско, су нашла рјешење у примјени тестова солвентности.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Идеја *Societas Unius Personae* је била да се хармонизује само оно што је апсолутно неопходно ради олакшања прекограничне регистрације, уз остављање доста слободе националним законодавствима, која су уз ову нову форму могла задржати већ креиране поједностављене облике друштава са ограниченом одговорношћу или их трансформисати у SUP, уз задржавање националних специфичности, с обзиром на чињеницу да SUP није био замишљен као наднационална компанија. Ипак, ово није обуздало истицање бројних примједби и протеста, посебно јаког нотарског лобија држава у којима су они били укључени у процес регистрације, као што су Њемачка и Шпанија, тако да је, и поред супротне аргументације да би нотари и даље могли бити ангажовани чак и ако би се прешло на режим потпуне електронске регистрације, ова прилично интересантна замисао пропала и приједлог SUP Директиве је био повучен.

Неуспјех покушаја креирања поједностављеног друштва са ограниченом одговорношћу на нивоу Европске уније, није, међутим, поколебао заговорнике идеје поједностављења услова оснивања и пословања ове форме привредних друштава, како у појединим државама чланицама, тако ни на нивоу Европске уније. Као резултат даљњих напора, 2019. године је усвојена Директива о употреби дигиталних алата и процедура у компанијском праву, с циљем да се пређе на потпуни процес електронске регистрације друштава са ограниченом одговорношћу. Такође, на националним нивоима

⁶⁵ M. Neville, K. E. Sorensen, 555.

је прихваћена идеја смањења основног капитала, тако да је већина држава уредила концепт компаније од 1€, било као поједностављеног или друштва са ограниченом одговорношћу у општем режиму. Схваћено је наиме, да виши износ основног капитала баш и не представља, у толикој мјери, заштиту повјерилаца, те да се она адекватно може пружити и захтјевом стварања обавезних резерви или увођењем теста солвентности код било каквог располагања имовином друштва, као нпр. исплате дивиденди или стицања сопствених удјела.

Тренд привлачења што већег броја инвеститора ка овој правној форми привредних друштава је настављен и другим облицима олакшица, попут креирања модела оснивачких аката, захтјевом једноставније организационе структуре компаније, једноставније процедуре сазивања, као и отклањањем других формалности у вези са одржавањем скупштине друштва, а које постоје код акционарских друштава. Код једночланих друштава постоје и додатне погодности, као што је непостојање ограничења у погледу могућности располагања удјелима према трећим лицима, јер нема других чланова који би могли конкурисати или бити оштећени оваквим располагањима.

Показало се, стога, да поједностављење, убрзање и појефтињење поступка оснивања, те стварање додатних погодности у организацији и пословању друштава са ограниченом одговорношћу, недвосмислено доводи до појачања предузетничке активности и повећања броја нових друштава са ограниченом одговорношћу. То је практично довело до такмичења држава на нивоу Европске уније, у последњих петнаестак година, у вршењу реформи националних законодавстава, све у циљу стварања што повољнијег амбијента за оснивање и пословање овог облика привредних друштава и задржавање инвеститора у границама домаће привреде.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Књиге и чланци:

- Barbić, Jakša, *Pravo društava. Knjiga druga. Društva kapitala. Svezak II. Društvo s ograničenom odgovornošću, Društvo za uzajamno osiguranje, Kreditna unija, Europsko društvo – societas europea (SE)*, 6. izd. Zagreb 2013.
- Bartolacelli, Alessio, „Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition”, *European Company and Financial Law Review*, 14(1)/2017, 187-233.
- Bartolacelli, Alessio, „A New Framework on Digitalization in European Company Law“, *Intereulaweast*, V(2)/2018, 1-68.
- Drury, Robert, “The European Private Company”, *European Business Organization Law Review*, 9/2008, 125-136.
- Јевремовић Петровић, Татјана, *Модели оснивачких аката*, Београд 2019.

- Jurić, Dionis, Marinac, Sonja, „Societas Unius Personae – Prijedlog Direktive o društvima s ograničenom odgovornošću s jednim članom“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 36(1)/2015, 435-466.
- Kravets, Audrey, „Discussion Report: The Proposal for a Directive on the Single-Member Private Limited Liability Company“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 125-138.
- LLCs, Partnerships and Unincorporated Entities Committee, ABA Business Law Section, Single-Member LLC Individual Member Form, *The Business Lawyer*, 69/2014, 775-797.
- Lupulesku, A-M., „Some Particularities Concerning the Limited Liability Company“, *Perspectives of Business Law Journal*, 4(1)/2015, 68-73.
- Malberty, Corrado, „The relationship between the Societas Unius Personae proposal and the acquis: Creeping Toward an Abrogation of EU Company Law?“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 238-279.
- Марјански, Владимир, „Расподјела добити члановима друштва с ограниченом одговорношћу и разлике у односу на друге исплате корпоративно-правног карактера“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2020, 215-243.
- Neville, Mette, Sorensen, Karsten Engsig, „Promoting Entrepreneurship – The New Company Law Agenda“, *European Business Organization Law Review*, 15/2014, 545-584.
- Royo-Villanova, Segismundo Alvarez, „Proposal Regarding the Use of Digital Tools and Processes in Company Law: The Practitioner's Perspective“, *European Company and Financial Law Review*, 16(1-2)/2019, 149-189.
- Slakoper, Zvonimir, *Društvo sa ograničenom odgovornošću u sudskoj praksi i pravnoj teoriji*, 2. izd., Zagreb 2009.
- Teichmann, Christoph, „Corporate Groups within the Legal Framework of the European Union: The Group-Related Aspects of the SUP Proposal and the EU Freedom of Establishment“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 202-229.
- Hansen, Jesper Lau, „The SUP Proposal: Registration and Capital (Articles 13-17)“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 177-190.
- Harbarth, Stephan, „From SPE to SMC: The German Political Debate on the Reform of the “Small Company”“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 230-237.
- Hopt, Klaus, „Corporate Governance in Europe“, *New York University Journal of Law & Business*, 12(1)/2015, 139-213.
- Conac, Pierre-Henri, „The Societas Unius Personae (SUP): A „Passport“ for Job Creation and Growth“, *European Company and Financial Law Review*, 12(2)/2015, 139-176.

Правни извори и судске одлуке:

Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) 2008, *Bundesgesetzblatt*. Teil 1, Nr. 48, 2008, pp. 2026-2047, Доступно на: www.dejure.org/BGBI/2008/BGBI._I_.S._2026 (23. новембар 2022.).

- Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 relating to certain aspects of company law (codification), *Official Journal of the European Union*, L 169, 30.06.2017., pp. 46-128.
- Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law, *Official Journal of the European Union*, L 186/80, 11.7.2019., pp. 80-104.
- Directive 2009/102/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 in the area of company law on single-member private limited liability companies (codified version), *Official Journal of the European Union*, L 258/20, 1.10.2009., pp. 20-25.
- Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 127/08, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17 и 82/19.
- Закон о привредним друштвима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/11, 99/11, 83/14 – др. Закон, 5/15, 44/18, 95/18, 91/19 и 109/21.
- Закон о трговаčким друштвима, *Narodne novine*, бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15, 40/19, 34/22.
- Povlačenje prijedloga Komisije (2018/C 233/05), *Službeni list Evropske unije*, C 233, 4. јули 2018., стр. 6-7.
- Proposal Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies, COM/2014/0212, Brussels, 9.4.2014., pp. 1-26.
- Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, *Official Journal of the European Union*, L 257, 28.8.2014., pp. 73-115.
- CJEU, Case C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, Judgement of the Court, 19.3.1999., ECLI:EU:C:1999:126, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu> (24. новембар 2022.).
- CJEU, Case C-208/00 *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, Judgement of the Court, 5.11.2002., ECLI:EU:C:2002:632, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu> (24. новембар 2022.).
- CJEU, Case C-167/01 *Kameer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd*, Judgement of the Court, 30.9.2003., ECLI:EU:C:2003:512, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu> (24. новембар 2022.).
- CJEU, Case C-411/03 *Request for a preliminary ruling from Landgericht Koblenz*, Judgement of the Court, 13.12.2005., ECLI:EU:C:2005:762, доступно на: <https://eur-lex.europa.eu> (24. новембар 2022.).
- Companies Act 2006, <https://legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents> (23. новембар 2022.)

Zoran R. Vasiljević
University of Banja Luka
Faculty of Law Banja Luka
zoran.vasiljevic@pf.unibl.org
ORCID ID: 0000-0002-9691-424X

Reform Processes Regarding Limited Liability Companies in Legislation of European Union and its Member States

Abstract: *Unlike national legislations, at the level of the European Union, more detailed regulation of limited liability companies is lacking. However, in the last twenty years, there has been a trend of facilitating the establishment and business conditions of this type of companies, as the most suitable form for conducting such a process. The author presents and analyzes development and implementation of the idea of mitigating the conditions for the establishment of limited liability companies, especially through the creation of its special form – a simplified limited liability company. It is stated that better results were achieved at the national level, but also that there were progress at the level of the European Union, especially in terms of creating possibility for full electronic registration. It turned out that all efforts in this area have led to an increase in the number of newly established limited liability companies and especially their subtype of simplified companies.*

Keywords: *limited liability company, societas unius personae, simplified limited liability company, electronic registration.*

Датум пријема рада: 15.12.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 17.01.2023.

Датум прихватања рада: 25.01.2023.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Aleksandra A. Toroman
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
aleksandra.toroman@outlook.com
ORCID ID: 0000-0003-3848-0620

RESTRICTIONS ON HUMAN RIGHTS UNDER THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS – NEW TENDENCIES

Abstract: *The majority of human rights can be restricted in certain situations, despite their significance for every democratic society. That means that those rights are not absolute. Such situations represent, for example, war and states of emergency, according to the European Convention on Human Rights. Then, in order to protect the interest of the state and national security, human rights, that means the interests of individuals, come second. In that case, it is necessary to achieve a balance between the necessary restrictions and the preservation of the state's interests. One of the best examples of the restrictions of human rights during a state of emergency is the period of Covid-19. Many rights, such as the right to respect for private and family life, were restricted during Covid-19 in a number of countries in Europe, but each country established its own measures according to its own situation. The cases regarding these restrictions and violations will be submitted to the European Court of Human Rights in the years to come.*

Keywords: *restrictions, limitations, article 15 ECHR, relative human rights, Covid-19.*

1. INTRODUCTION

The protection of human rights at the national and international levels has been widely accepted in all democratic societies. This does not mean that they are all absolute, but most of them can be subject to certain restrictions and limitations. One of the best instruments at the international level to protect human rights is

the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter: the Convention) with its Court of Human Rights. This paper first deals with the limitations on human rights and their implementation provided for in Article 15 of the Convention. These are the general limitations that can be applied to almost all the rights and freedoms of the Convention. Then, the restriction on Articles 8 to 11, which protect relative rights under the Convention, is highlighted. It also indicates the conditions under which these rights may be restricted. The second part of the paper deals with Covid – 19 and the case law of the European Court of Human Rights (hereinafter: the Court). Particular attention will be paid to recent cases concerning the limitations related to the Covid 19 situation in order to anticipate how the Court's practice might look in the future. They are playing a creative role in securing many rights that already exist, but now from a new perspective that adapts to the new conditions of life. It will certainly push the existing boundaries of human rights protection, as the Covid-19 is a new phenomenon for all of us.

2. DEROGATIONS AND LIMITATIONS OF HUMAN RIGHTS

Most important international documents, containing provisions for the protection of human rights, include the possibility of derogation from some human rights. Those international documents are the Universal Declaration of Human Rights,¹ the International Covenant on Civil and Political Rights,² the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,³ the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,⁴ etc.

Derogations from human rights can only be made in certain extremely difficult situations and applied until the end of these situations.⁵ These situations can be wars, natural disasters, or crises, which can endanger the security of the state and the safety of its population.⁶ In these special situations where countries declare a state of emergency or war, they derogate from or temporarily suspend the application

¹ The Universal Declaration of Human Rights, United Nation General Assembly, Paris, 10 December 1948.

² International Covenant on Civil and Political Rights, United Nation General Assembly Resolution 2200A, New York, 16 December 1966.

³ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nation General Assembly Resolution 2200A, New York, 16 December 1966.

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – European Convention on Human Rights, Council of Europe, Rome, 4 November 1950.

⁵ Ljubinko Mitrović, Nikolina Grbić Pavlović, Gojko Pavlović, „Derogiranje ljudskih prava u vanrednom stanju – slučaj Bosne i Hercegovine”, *Pravni vjesnik*, 3-4/2016, 202.

⁶ Jaime Oraa, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford University Press 1992, 221.

of certain laws.⁷ A derogation in this context means the statutory authority of States to permit the suspension of particular individual rights in exceptional circumstances of a wartime emergency.⁸

The Convention protects a wide range of rights, some of which, however, may not be restricted under any circumstances (so-called absolute rights) and which are listed exhaustively in the Convention.⁹ Moreover, this list is not exhaustive, as the Protocols to the Convention add several absolute rights.¹⁰ On the other hand, there are certain rights that can be restricted, but under well-defined conditions and situations, known as relative rights.¹¹ Some of them are protected by additional protocols, such as the right to peaceful enjoyment of possessions, or right to property,¹² the limitations of which, however, are subject to the provisions of the Convention. Certain rights from the Convention defined the conditions under which they can be restricted. These rights include the right to respect for private and family life,¹³ freedom of thought, conscience and religion,¹⁴ freedom of expression,¹⁵ and freedom of assembly and association.¹⁶ The restrictions of these rights will be addressed later. However, this list is also not exhaustive, as the Additional Protocols to the Convention add several rights.¹⁷ Other rights that do not fall into these

⁷ Toni Pfanner, "Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action", *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, 2005, 165.

⁸ Oren Gross, Fionnuala Ni Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press 2006, 257.

⁹ European Convention on Human Rights, article 15 paragraph 2; List refers to right to life, prohibition of torture, prohibition of slavery and servitude, "no punishment without law".

¹⁰ Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty, Strasbourg, 28 April 1983, articles 1 and 2, abolition of the death penalty and death penalty in time of war; Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg, 22 November 1984, article 4 right not to be tried or punished twice; Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, Vilnius, 3 May 2002, article 2 prohibition of derogations of abolition of the death penalty.

¹¹ Uliana Koruts, Roman Maksymovych, Olha Shtykun, "Legal Grounds for Restrictions of Human Rights in the European Court of Human Rights Case-Law", *Access to Justice in Eastern Europe*, 4/2021, 137.

¹² See Bojan Tubić, "Ograničenje prava na neometano uživanje imovine u praksi Evropskog suda za ljudska prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2017.

¹³ European Convention on Human Rights, article 8.

¹⁴ *Ibid.*, article 9.

¹⁵ *Ibid.*, article 10.

¹⁶ *Ibid.*, article 11.

¹⁷ Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20 March 1952, article 1 protection of property; Protocol No 4. to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto, Strasbourg, 16 September 1963, article 2 freedom of movement; Protocol No. 7., articles 1 and 2, procedural safeguards relating to expulsion of aliens and right of appeal in criminal matters.

categories may be limited, but they are governed by Article 15 of the Convention, which will be discussed first.

2.1. Derogations under article 15 of the Convention

Before the interpretation of Article 15 of the Convention is given, the meaning of emergency in this context should first be explained. It has an elastic nature and it is difficult to give a precise definition.¹⁸ It is considered that there are an infinite number of circumstances that threaten the security of a country, and therefore it is impossible to define them and put them into a specific legal framework.¹⁹ However, wars, famines, earthquakes, floods, etc. can be cited as examples to which the word emergency most often applies.²⁰ The International Law Association holds that it is not even desirable to define the meaning of this term, but that each individual case must be determined on the basis of the particular circumstances.²¹

Article 15 of the Convention is known as the derogation clause²² and it allows states to derogate from their obligations to guarantee certain rights and freedoms, but only in exceptionally limited circumstances.²³ This Article is derived from Article 4 of the United Nations draft Covenant on Human Rights, which is now Article 4 of the International Covenant on Civil and Political Rights.²⁴

Article 15 contains three paragraphs, the first of which defines the conditions under which a state may legally derogate from its obligations. Paragraph 2 protects non-derogable rights in the Convention. Lastly, paragraph 3 establishes the process that any state making an exception must comply with.

2.1.1. Conditions for a valid derogation

Article 15 paragraph 1 specifies three conditions for a derogation to be valid, namely “*it must be in a time of war or other public emergency threatening the life of the nation; the measures taken in response to that war or public emergency must*

¹⁸ Mohamed M. El Zeidy, “The ECHR and States of Emergency: Article 15-A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations”, *Michigan State University Detroit – College of Law’s Journal of International Law*, 11/2002, 265.

¹⁹ Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, Signet 2003, 153.

²⁰ Mohamed M. El Zeidy, 265.

²¹ Oren Gross, “Once more unto the Breach: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies”, *The Yale Journal of International Law*, 23/1998, 439.

²² Christoph Schreuer, “Derogation of Human Rights in Situation of Public Emergency: The experience of the European Convention on Human Rights”, *Yale Journal of World Public Order*, 9/1982, 114.

²³ European Convention on Human Rights, article 15; David Harris, et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2009, 617.

²⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, article 4.

not go beyond the extent strictly required by the exigencies of the situation; and the measures must not be inconsistent with the State's other obligations under international law."²⁵ Interpreting these conditions, it can be concluded, first of all, that there is no problem with the meaning of war, but with determining the meaning of "*other public emergency threatening the life of the nation*", since there is no clear and precise definition.²⁶ However, in the practice of the Court, we find numerous definitions. In *Lawless v. Ireland*, the Court held that a *public emergency threatening the life of the nation* means an exceptional crisis or emergency situation affecting the entire population and constituting a threat to the organized life of the community of which the State is a part.²⁷ The Court gave a similar definition in the "Greek case", stating that the public emergency must have actually occurred or be imminent and its impact must affect the entire nation. In addition, there must be a threat to the organized life of the population, and that threat must be exceptional in that the measures or restrictions allowed under the Convention to maintain public safety, health, and order are manifestly insufficient.²⁸ Later, it was also established that if a part of the territory is in a state of emergency²⁹ or affects only the population living there, it can be accepted as a valid state of emergency.³⁰ Even if it physically affects the population or is against the functioning of the state, the threat may exist.³¹

Another question is whether states have reached beyond what is "*strictly required by the exigencies of the crisis*" since they do not have "*an unlimited power in this respect*."³² In order to answer this question, the Court uses three elements – necessity and duration of the derogation³³ and the proportionality of

²⁵ European Court of Human Rights, Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights – Derogation in time of emergency, 31 August 2022, 6.

²⁶ Ronald St. J. MacDonald, "Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights", *Columbia Journal of Transnational Law*, 36/1998, 233.

²⁷ *Lawless v. Ireland*, European Court of Human Rights, App. No. 332/57, Judgment of 1 July 1961, 28.

²⁸ *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, European Court of Human Rights, App. No. 3321/67, Judgment of 5 November 1969, 72.

²⁹ Henkin Louis, *The International Bill of Rights: the Covenant of Civil and Political Rights*, Columbia University Press 1981, 80.

³⁰ Daphna Shraga, "Human Rights in Emergency Situations under the European Convention on Human Rights", *Israel Yearbook on Human Rights*, 16/1986, 220.

³¹ Nicole Questiaux, "Question of the Human Rights of Person Subjected to any Form of Detention or Imprisonment: Study of the Implications for Human Rights of Recent developments concerning situations known as states of siege or emergency", United Nations Special Report, 27 July 1982, 16.

³² *Ireland v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, 207.

³³ Pieter van Dijk, Godefridus J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1993, 739.

the measures.³⁴ In addition, the Court considers various factors, such as whether the measures are a justifiable response to a threat;³⁵ whether the necessity of the derogation has been constantly reviewed;³⁶ whether the purpose for which the measures were granted has been fulfilled;³⁷ whether the measures were proportionate and contain discrimination that is unjustified;³⁸ whether the State took “lawful” actions³⁹ and in “a procedure prescribed by law”,⁴⁰ etc.⁴¹

The last part of paragraph 1 refers to the inconsistency of the measures with other obligations under international law. It is intended to emphasize that universally recognized human rights must still be safeguarded during an emergency.⁴² It is related to Article 53, which stipulates that a state cannot invoke the Convention to justify a restriction or derogation of human rights which has been accepted “under any other agreement to which it is a party.”⁴³ However, the Court did not provide any explanation as to the meaning of “under any other agreement to which it is a party.” However, some international treaties and customary law can be mentioned as examples, such as the United Nations Charter (hereinafter: UN Charter), the Geneva Conventions, International Legal Organization documents, etc.⁴⁴ As another example, we can also cite a case, namely *Cyprus v. Turkey*, in which the action in Cyprus was considered a war of aggression⁴⁵ and constituted a violation of the obligations contained in the UN Charter. In this case, the obligations under the UN Charter can be seen as other international law obligations.⁴⁶

³⁴ Ronald St.J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, *The European System for the protection of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1993, 125.

³⁵ *Alparslan Altan v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 12778/17, Judgment of 09 September 2019, 118.

³⁶ *Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 14554/89, Judgment of 25 May 1993, 53.

³⁷ *Lawless v. Ireland*, 38.

³⁸ *A. and Others v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 3455/05, Judgment of 19 February 2009, 185.

³⁹ *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 13237/17, Judgment of 20 March 2018, 140.

⁴⁰ *Sahin Alpay v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 16538/17, Judgment of 20 June 2018, 119.

⁴¹ See European Court of Human Rights, Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights – Derogation in time of emergency, 9-10.

⁴² Ronald St. J. MacDonald, 245.

⁴³ European Convention on Human Rights, article 53; Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, Martinus Nijhoff Publishers 1998, 624-625.

⁴⁴ Ronald St. J. MacDonald, 246.

⁴⁵ *Cyprus v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 6780/74, Report of the Commission of 10 July 1976, 512.

⁴⁶ *Ibid.*, 510.

2.1.2. *Protection of non-derogable rights*

Under the Convention, there are “*inalienable*” rights, referred to as non-derogable rights and as absolute rights, which cannot be derogated from even in times of emergency or war.⁴⁷ The importance of these rights is reflected in the fact that they enjoy the strongest protection, i.e. they apply in any time of war or public emergency, regardless of the derogations made by states.⁴⁸ They are precisely stated in paragraph 2 of article 15, namely the right to life (article 2 of the Convention), the prohibition of torture (article 3), the prohibition of slavery or servitude (article 4 paragraph 1), and no punishment without law (article 7).⁴⁹ In addition to the derogations set forth in paragraph 2, the limitations set forth in Articles 2 and 7 shall apply.⁵⁰ However, Article 2 itself states that, for example, a person who attempts to escape, is deprived of his or her life, and is lawfully detained does not violate this article.⁵¹ Additional protection is provided by Article 15 paragraph, which states that this article is not breached if the loss of life is the result of a lawful act of war. On other hand, The Court has not accepted the argument that the killing of suspects by state forces during a war or the threat of terrorism can be justified.⁵² Moreover, Article 7 does not refer to situations in which persons are convicted and punished for crimes that were considered crimes “*under general principles of law recognised by civilised nations*” at the time of the commission of the crime.⁵³

Moreover, as stated above, certain absolute rights are covered by the additional protocols. These are the abolition of the death penalty in time of peace and limiting the death penalty in time of war,⁵⁴ *ne bis in idem* principle⁵⁵ and the death penalty in all circumstances.⁵⁶

⁴⁷ Leslie C. Green, “Derogation of Human Rights in Emergency Situations”, *Canadian Yearbook of International Law*, 16/1978, 104.

⁴⁸ Oren Gross, 445-446.

⁴⁹ European Convention on Human Rights, article 15 paragraph 2.

⁵⁰ Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights – Derogation in time of emergency, 13.

⁵¹ European Convention on Human Right, article 2.

⁵² Andrea Bianchi, Yasmin Naqvi, *International Humanitarian law and Terrorism*, Hart Publishing 2011, 49.

⁵³ European Court of Human Rights, Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights – No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty, 31 August 2022, 22-23.

⁵⁴ Protocol No. 6, article 3; Robin C.A. White, Clare Ovey, *European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2010, 114.

⁵⁵ Protocol No. 7, article 4.

⁵⁶ Protocol No. 13, article 2.

2.1.3. *Obligation of notification*

Article 15 paragraph serves to inform the Secretary General of the Council of Europe of the derogation measures taken by a State and the grounds on which they are based.⁵⁷ The Secretary General is then obliged to forward the information to the other Contracting States of the Council of Europe as soon as possible.⁵⁸ In the case of Greece, this country did not provide the Secretary General with information on the reason for the derogation measures in a timely manner, but four months later.⁵⁹ On the other hand, the Court found that twelve days after the measures became effective was considered sufficient for the notification to be accepted.⁶⁰ However, the wording of this provision does not specify the time limit within which the notice must be given, nor does it specify the scope of the information to be provided to the Secretary General.⁶¹ There is only the information that the announcement of the state must be “*official and public*” in order to be valid.⁶² As a rule, the Secretary General is notified by a letter containing copies of the legal documents on the basis of which the emergency measures are to be undertaken, with an explanation of their purpose.⁶³

2.2. **Restrictions on Articles 8 to 11 of the ECHR**

As mentioned above, there are some rights whose limitation is set forth in the article itself. These are Articles 8 to 11 of the Convention and the rights provided for in the Additional Protocols⁶⁴, although only the limitations of Articles 8 to 11 will be presented in the context of this work.

In assessing whether there has been a restriction of these human rights, the Court considers “*whether the interference was prescribed by law and whether it was pursued one of the legitimate aims*” listed in paragraph 2 of these articles,⁶⁵ and finally, “*whether the interference was necessary in a democratic society*”,⁶⁶

⁵⁷ Torkel Opsahl, “Emergency Derogation from Human Rights”, *Mennesker og Rettigheter*, 5/1987, 4; David Harris, 640.

⁵⁸ *Greece v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 176/56, Report of the European Commission of Human Rights (Article 31 of the Convention) of 26 September 1958, 158.

⁵⁹ *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, 46.

⁶⁰ *Lawless v. Ireland*, 47.

⁶¹ *Greece v. The United Kingdom*, 158.

⁶² *Cyprus v. Turkey*. European Court of Human Rights, App. No. 8007/77, Report of the Commission of 4 October 1983, 67.

⁶³ *Lawless v. Ireland*, 47.

⁶⁴ Protocols No. 4, 6, 7 and 13.

⁶⁵ European Convention on Human Rights, articles 8, 9, 10 and 11.

⁶⁶ European Court of Human Rights, Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights – Freedom of expression, 31 August 2022, 61.

which is one of the most significant clauses throughout the Convention.⁶⁷ For example, when the Court is presented with the question of a violation of Article 8, it first examines whether the claim is within the scope of that Article.⁶⁸ The question then becomes whether the State has failed to provide protection for this right since the state has a positive obligation to ensure “*its citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity*.”⁶⁹

2.2.1. Prescribed by law

“Prescribed by law”, the Court stated, means not only that the measure must be provided by law, but also that the citizen must be able to foresee the consequences of a particular act under reasonable circumstances.⁷⁰ However, since it is not possible to determine all the consequences that may result from a particular action, they are therefore unattainable.⁷¹ They are determined in each specific case before the Court. National courts have the task of interpreting domestic laws, which must ensure legal protection against arbitrary interference by the authorities with the rights protected by the Convention.⁷² The role of the Court is limited to determining whether the effects of that interpretation are consistent with the Convention, unless the interpretation is considered arbitrary or clearly unreasonable.⁷³ When a norm is applied for the first time in a case, the plaintiff cannot invoke the unpredictability of the law,⁷⁴ since it has been published in the national official gazette and is available to everyone,⁷⁵ although the Convention does not set out any specific requirements as to the degree of publicity to be given to a legal provision.⁷⁶

⁶⁷ Steven Greer, “The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights”, *Council of Europe Publishing*, Human Rights Files No. 15, 1997, 14.

⁶⁸ Scope of Article 8 see European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, home and correspondence, 31 August 2022.

⁶⁹ *Nitecki v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 65653/01, Decision as to the Admissibility of 21 March 2002, 4-5.

⁷⁰ *Djavit An v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 20652/92, Judgment of 09 July 2003, 65.

⁷¹ *Perincek v. Switzerland*, European Court of Human Rights, App. No. 27510/08, Judgment of 15 October 2015, 131.

⁷² *Cangy v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 24973/15, Judgment of 29 April 2019, 42.

⁷³ *Metropolitan Church Bessarabia and others v. Moldova*, European Court of Human Rights, App. No. 45701/99, Judgment of 27 March 2002, 109.

⁷⁴ *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, European Court of Human Rights, App. No. 931/13, Judgment of 27 June 2017, 131.

⁷⁵ European Court of Human Rights, Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights – Freedom of expression, 31 August 2022, 68.

⁷⁶ *NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova*, European Court of Human Rights, App. No. 28470/12, Judgment of 5 April 2022, 163.

In view of the above, in the case *Kudrevičius and others v. Lithuania*, the Court pointed out that the applicants could foresee that their conduct, namely the long-term roadblocks, would disrupt traffic and the normal course of life, and that this conduct constituted a “*serious breach of public order*” under the Lithuanian Criminal Code.⁷⁷ However, if we are dealing with a new criminal offense, there will be some uncertainty about its meaning until the courts apply the new offense.⁷⁸

2.2.2. Legitimate aim

An analysis of Articles 8-11 shows that their legitimate aim is defined in the same way, with some of them containing additional objects of protection. For example, public order, morals and health, national security, the rights and freedoms of others are legitimate objectives on the basis of which the right provided for in the Convention may be restricted.⁷⁹ Article 11 also states that freedom of assembly and association may be restricted in order to prevent riots and crimes, but that this article does not prevent the restriction of this right, which is prescribed by law, and that it refers to the powers that members of the police and armed forces have by law.⁸⁰

Moreover, the defendant – the Government – must prove that the interference in the specific case pursued a legitimate aim,⁸¹ i.e. that the domestic authorities provided for the legitimate aim.⁸² This is supported by the fact that the Court considers that its practice should be succinct when reviewing the existence of a legitimate aim within the meaning of Articles 8-11.⁸³

In *Dareskizb Ltd. v. Armenia*, the Court ruled on the justification of the restriction on Article 10 when it indicated that prohibiting newspapers from publishing articles critical of the government during a state of emergency was not a justified restriction on Article 10 because it was not necessary in a democratic society and was contrary to the very purpose of Article 10, although it had a legitimate aim.⁸⁴

⁷⁷ *Kudrevičius and others v. Lithuania*, European Court of Human Rights, App. No. 37553/08, Judgment of 15 October 2015, 114.

⁷⁸ *Dmitriyevskiy v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 42168/06, Judgment of 3 October 2017, 82.

⁷⁹ European Convention on Human Rights, articles 8, 9, 10 and 11, paragraph 2.

⁸⁰ European Convention on Human Rights, article 11, paragraph 2.

⁸¹ *P.T. v. The Republic of Moldova*, European Court of Human Rights, App. No. 1122/12, Judgment of 26 August 2020, 29.

⁸² *Kilin v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 10271/12, Judgment of 11 August 2021, 61.

⁸³ *S.A.S. v. France*, European Court of Human Rights, App. No. 43835/11, Judgment of 1 July 2014, 114.

⁸⁴ *Dareskizb LTD v. Armenia*, European Court of Human Rights, App. No. 61737/08, Judgment of 08 October 2021, 78.

2.2.3. *Necessity in a democratic society*

In determining whether a particular limitation of these articles is “*necessary in a democratic society*“, the Court takes into account the interests of the Member State and the right of the applicant.⁸⁵ The Court considers that necessity may imply the existence of a “*pressing social need*“ for an intervention. States assess this need themselves, which means that state measures must be based on an “*acceptable assessment of the relevant facts*“,⁸⁶ but it is reviewed by the Court.⁸⁷ This means that there must be no other way to achieve a certain goal than to interfere with one of these rights. Therefore, the defendant states are obliged to prove that there were no other measures.⁸⁸

Thus, with respect to Article 8, the Court confirms that the interference must meet the aforementioned need and be proportionate to the legitimate aim pursued.⁸⁹ In analyzing the existence of “*necessity*“, the Court refers to the States’ margin of appreciation, although it is the State’s duty to prove, in each individual case, that there is an urgent social need justifying an interference.⁹⁰ Since there is no consensus at the European level on what constitutes a free assessment by States or how far States may go in this direction,⁹¹ they will differ depending on the nature of the issues at stake and the gravity of the interests at stake.⁹²

Moreover, in light of Article 10, in determining whether the national authorities took their decisions in accordance with that Article, the Court should consider whether the respondent State acted “*reasonably, carefully, and in good faith*“, and the Court should consider overall whether the State’s interference was “*proportionate to a legitimate aim*“ at which it was aimed and whether the reasons given by the States were “*relevant and sufficient*“.⁹³ The Court thus examines

⁸⁵ *Vavrička v. The Czech Republic*, European Court of Human Rights, App. No. 47621/13, Judgment of 8 April 2021, 273.

⁸⁶ *Jersild v. Denmark*, European Court of Human Rights, App. No. 15890/89, Judgment of 23 September 1994, 31.

⁸⁷ *Dudgeon v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 7525/76, Judgment of 22 October 1981, 52.

⁸⁸ *Biblical Centre of the Chuvash Republic v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 33203/08, Judgment of 13 October 2014, 58.

⁸⁹ *Z. v. Finland*, European Court of Human Rights, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997, 94.

⁹⁰ *Piechowicz v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 20071/07, Judgment of 17 July 2012, 212.

⁹¹ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, European Court of Human Rights, App. No. 25358/12, Judgment of 24 January 2017, 184.

⁹² *Strand Llobben and others v. Norway*, European Court of Human Rights, App. No. 37283/13, Judgment of 10 September 2019, 211.

⁹³ European Court of Human Rights, Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights – Freedom of thought, conscience and religion, 31 August 2022, 46.

whether the respondent State applied the standards prescribed by Article 10 and whether it relied on its assessment of the relevant facts.⁹⁴

3. COVID – 19 AND DEROGATIONS ON HUMAN RIGHTS IN THE CASE LAW OF THE COURT

Numerous states in Europe have informed the Secretary General of the Council of Europe that they will be derogating from their obligations under the Convention in March and April 2020.⁹⁵ Serbia declared a state of emergency on March 15, 2020, due to Covid-19 and sent a “Note Verbale” to the Secretary General stating that Serbia has taken certain measures to stop the spread of Covid-19 disease. To this end, Serbia derogated from certain rights under Article 15 of the Convention.⁹⁶ Latvia also informed the Secretary General, but stated in its Note that it would derogate from its obligations under Articles 8 and 11. Its measures were to restrict third party access to hospitals, social services and detention facilities, to cancel all public events, meetings and gatherings, and to restrict the movement of persons.⁹⁷

For the purposes of this paper, only some aspects of these rights will be explained and only some conditions that occurred during the state of emergency – Covid-19 – will be addressed.

3.1. Right to respect for private and family life

3.1.1. Health care and treatment and mental health

Health care and treatment and mental health fall under the protection of Article 8, and therefore States have an obligation to protect the life and health of persons subject to their jurisdiction, in parallel with the obligation to protect the life of persons, contained in Article 2.⁹⁸ The obligations under Article 8 are limited to the establishment of hospitals and health professionals, protecting the integrity of patients.⁹⁹ Covid-19 has different impacts on people’s health, e.g., loss of the

⁹⁴ *Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 8606/13, Judgment of 17 October 2016, 98.

⁹⁵ Sean Molloy, Covid-19 and Derogation Before the European Court of Human Rights, <https://verfassungsblog.de/covid-19-and-derogations-before-the-european-court-of-human-rights>, accessed date 16.11.2022.

⁹⁶ The Ministry of the Republic of Serbia, Note verbale, 6 April 2020, <https://rm.coe.int/09000016809e1d98>, accessed date 16.11.2022.

⁹⁷ The Ministry of the Republic of Latvia, Note verbale, 15 March 2020, <https://rm.coe.int/09000016809ce9f2>, accessed date 16.11.2022.

⁹⁸ *Vavrička v. The Czech Republic*, 282.

⁹⁹ *Vasileva v. Bulgaria*, European Court of Human Rights, App. No. 23796/10, Judgment of 17 March 2016, 63.

sense of taste or smell has consequences for physical integrity, thus affecting Article 8.¹⁰⁰ In addition, the manner in which Covid-19 was tested, such as swab collection, could constitute an interference with the right to respect for private life.¹⁰¹ However, in its previous judgments, the Court considers that the taking of the swab lasts only a very short time and does not usually have any effect on the body or physical or mental suffering, and that it is justified if it is undertaken for legitimate purposes in accordance with the law.¹⁰² One of the most important aspect of health care and treatment during Covid-19 was the question of justification of the vaccine's obligation, as it could violate the right to privacy in situations where a person cannot choose whether to be vaccinated. Many states in Europe, during Covid-19, implemented the measure that only vaccinated persons can enter public institutions, transport, etc. In the future, the Court could have cases regarding this problem in the context of Covid-19 and the question of whether there was a violation of Article 8 or not.¹⁰³

Covid-19 also has implications for people's mental health. For example, isolation and inadequate physical contact or emotional support, found in most European countries, can seriously disrupt a "*person's emotional and psychological balance*."¹⁰⁴ In this situation, the question may arise whether family life was threatened by isolation.

3.1.2. Time for family

The essential part of family life is the right to live together so that family relationships can be normal.¹⁰⁵ The family life concept includes "*the relationship between parent and child, siblings, aunts/uncles and nieces/nephews and children and grandparents*."¹⁰⁶ In addition, it should be noted that family life also includes relationships between parents and children who do not live together.¹⁰⁷ In Kuimov

¹⁰⁰ Biljana Braithwaite, Catharina Harby, Goran Miletić, *Covid-19 and the Impact on Human Rights – An overview of relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights*, AIRE Centre 2020, 55.

¹⁰¹ *Schmidt v. Germany*, European Court of Human Rights, App. No. 32352/02, Decision as to the Admissibility of 5 January 2006, 4.

¹⁰² *Caruana v. Malta*, European Court of Human Rights, App. No. 41079/19, Decision as to the Admissibility of 15 May 2018, 7.

¹⁰³ The Court has ruled in similar situations, but there was no violation of Article 8. See *Vavrička v. The Czech Republic*; *Novotná v. the Czech Republic*, European Court of Human Rights, App. No. 3867/14, Judgment of 8 April 2021.

¹⁰⁴ *Sommerfeld v. Germany*, European Court of Human Rights, App. No. 31871/96, Judgment of 8 July 2003, 64-65.

¹⁰⁵ *Marckx v. Belgium*, European Court of Human Rights, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979, 31.

¹⁰⁶ Biljana Braithwaite, Catharina Harby, Goran Miletić, 61.

¹⁰⁷ *Boughanemi v. France*, European Court of Human Rights, App. No. 22070/93, Judgment of 24 April 1996, 35.

v. Russia,¹⁰⁸ the applicant was unable to see his adopted daughter in foster care because the home was in quarantine due to an influenza epidemic. The Court found that there was no violation of Article 8 because the quarantine lasted only two months and he was able to see her through a window and continued to see her normally after the quarantine period. When his daughter was in the hospital in intensive care for a year, he was not permitted to have any contact with her. The Court considered that the duration of the restrictions was not proportionate and that there was a violation of Article 8.¹⁰⁹

Another aspect of this right is the relationship between children and parents who are held in prison. Does it mean that they should lose contact in time of Covid-19 since many states in Europe have also banned visits to prison? Therefore, a state has a duty to introduce only necessary and proportionate restrictions on visits and not to violate Article 8. The Court finds that a blanket ban on prison visits violates Article 8 and that restrictions on visits rights are justified on a case-by-case basis.¹¹⁰ When visits are prohibited, states should make sure that alternative methods of communication are put in place, for video calls, for example. However, digital communication should not be used as an appropriate or long-term replacement for communication.¹¹¹

3.1.3. Pending cases

There are two interesting cases before the Court. One of them is *Guhn v. Poland* and *Michalski v. Poland*.¹¹² The applicants are prisoners who have complained about the imposition of restrictive measures regarding Covid-19 in prisons, and they claim that the prolonged ban on family visits in prison violates their right to respect for their private and family life. The question here is whether Poland has violated Article 8 of the Convention.

Another case is *Susnescu v. Romania*,¹¹³ in which the applicant stated that the prison did not provide enough protective masks against Covid-19 for about four months of detention. The question of violation of Article 8 arises here, and the Court awaits Romania's response.

¹⁰⁸ *Kuimov v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 32147/04, Judgment of 8 January 2009.

¹⁰⁹ Biljana Braithwaite, Catharina Harby, Goran Miletić, 66.

¹¹⁰ *Khoroshenko v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 41418/04, Judgment of 30 June 2015, 51.

¹¹¹ The effects of digital contact on children's well-being: evidence from public and private contexts, <https://www.nuffieldfjo.org.uk/resource/digital-contact-childrens-wellbeing>, accessed date 17.11.2022.

¹¹² *Guhn v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 45519/20; *Michalski v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 34180/20.

¹¹³ *Susnescu v. Romania*, European Court of Human Rights, App. No. 19034/21.

3.2. Freedom of thought, conscience and religion

In the case involving a violation of Article 9 of the Convention, namely *Constantin-Lucian Spinu v. Romania*,¹¹⁴ a prisoner, invoking his freedom of religion and the fact that he is a member of the Seventh Day Adventist Church, asked the national authorities to allow him to attend religious services outside prison during a pandemic, but they refused. The court considered that there was no violation of Article 9 and that the applicant's religious freedom had not been violated. Moreover, the Court concluded that the decision of the prison authorities to refuse such a request by the plaintiff was justified, as the decision was made in accordance with the plaintiff's personal circumstances and the circumstances of the health crisis.

3.2.1. Pending cases

In Greece, numerous decrees were issued in 2020 concerning emergency measures related to Covid-19, all of which were intended to protect public health. Some of them referred to a complete ban on public religious services for a total period of two months. The court has notified the Greek government of the petition and is awaiting its response to the application in the case *Association of orthodox ecclesiastical obedience v. Greece*.¹¹⁵

3.3. Freedom of expression, of assembly and association

The Court found a violation of Article 11 in the case *Communaute genevoise a'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*,¹¹⁶ which is now before the Grand Chamber. This is the first case before the Court regarding Covid-19 in which the Court has found a violation of a right covered by the Convention.¹¹⁷ Namely, in 2020, public and private assemblies were banned in Switzerland on the basis of numerous regulations, which were later changed to the freedom of assemblies with up to 30 participants, etc. In this case, the Court found that the defendant state had exceeded its limits and that the intervention was not necessary in a democratic society and was not proportionate to the objective pursued. The plaintiff is an association that defends the interests of workers in the area of trade union and

¹¹⁴ *Constantin-Lucian Spinu v. Romania*, European Court of Human Rights, App. No. 29443/20, Judgment of 11 October 2022.

¹¹⁵ *Association of orthodox ecclesiastical obedience v. Greece*, European Court of Human Rights, App. No. 52104/20.

¹¹⁶ *Communaute genevoise a'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*, European Court of Human Rights, App. No. 21881/20, Referral to the Grand Chamber 5 September 2022.

¹¹⁷ First violations in a Covid-19 case: *Communaute genevoise a'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*, <https://strasbourgobservers.com/2022/05/09/first-violations-in-a-covid-19-case-communaute-genevoise-daction-syndicale-cgas-v-switzerland/>, accessed date 07.01.2022.

democratic freedoms, and in this particular case they considered that they were deprived of the right to organize and participate in public.

There are also several cases against Russia, Spain, and Poland in which plaintiffs stated that their freedom of assembly was violated because demonstrations were prohibited during Covid-19.¹¹⁸

4. CONCLUSION

All aspects of our lives have changed during last two years since the epidemic of Covid-19 has broken out. The pandemic of this virus, with its prolonged duration, has resulted in both short- and long-term restrictions on human rights. In almost all jurisdictions of the world, Covid-19 has become part of both private and public life. Taking into account these facts, we can say that there were certain short-term restrictions, such as restrictions on movement, quarantine, limited ability to travel to other countries, etc. On the other hand, the virus also affected the private sphere of our lives, namely the limited possibility to visit our family members, the restricted access to the educational system, the limited freedom of expression, etc.

Article 15 of the Convention proscribes that States could derogate from their obligation to provide human rights protection in time of war or other public emergency threatening the life of the nation, which actually happened during the pandemic. All States introduced some restrictions which represent a response to new, rapidly changed, circumstances. But in accordance with this article, every State has a duty to justify its measures and it is up to the Court to decide whether derogations were justifiable. One challenge for the Court will certainly be the fact that it has never faced this type of emergency before.

Restrictions on the rights provided for in the Convention, i.e. Articles 8-11, were limited in most European countries. A large number of cases before the Court already show us the widespread nature of restrictions on these rights, of which freedom of assembly and the right to privacy were the most common. In these cases, the Court must play the role of interpreter to determine whether the measures introduced by a particular state are in accordance with the conditions established by the Convention. If the state exceeds its powers and unjustifiably restricts a particular right, it is liable. In most of the cases involving Covid-19, the Court refused on procedural grounds that the domestic remedies before the national authorities had not been used. However, in the case *Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*, the Court found for the first time that there had been a

¹¹⁸ *Nemytov v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 1257/21; *Central Unitaria de Traballadores v. Spain*, European Court of Human Rights, App. No. 49363/20; *Jarocki v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 44644/21.

violation of the rights to freedom of expression, assembly, and association, but even that decision was not final and was referred to the Grand Chamber. If the decision of the Grand Chamber is adopted, we will have a precedent before this court. It is possible that another problem will arise after that, namely a large number of cases before the Court, with a similar factual situation and similar problems, because in most countries in Europe freedom of assembly has been restricted under similar arguments.

REFERENCES

Books and articles

- Alan Desmond, "The Private Life of Family Matters: Curtailing Human Rights Protection for Migrants under Article 8 of the ECHR?", *The European Journal of International Law*, 29/2018.
- Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, Signet 2003.
- Andrea Bianchi, Yasmin Naqvi, *International Humanitarian law and Terrorism*, Hart Publishing 2011.
- Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception*, Martinus Nijhoff Publishers 1998.
- Biljana Braithwaite, Catharina Harby, Goran Miletić, *Covid-19 and the Impact on Human Rights – An overview of relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights*, AIRE Centre 2020.
- Bojan Tubić, "Ograničenje prava na neometano uživanje imovine u praksi Evropskog suda za ljudska prava", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4/2017.
- Christoph Schreuer, "Derogation of Human Rights in Situation of Public Emergency: The experience of the European Convention on Human Rights", *Yale Journal of World Public Order*, 9/1982.
- Daphna Shrager, "Human Rights in Emergency Situations under the European Convention on Human Rights", *Israel Yearbook on Human Rights*, 16/1986.
- David Harris, et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2009.
- European Court of Human Rights, Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights – Freedom of expression, 31 August 2022.
- European Court of Human Rights, Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights – Derogation in time of emergency, 31 August 2022.
- European Court of Human Rights, Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights – No punishment without law: the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty, 31 August 2022.
- European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, home and correspondence, 31 August 2022.
- European Court of Human Rights, Guide on Article 9 of the European Convention on Human Rights – Freedom of thought, conscience and religion, 31 August 2022.

- Henkin Louis, *The International Bill of Rights: the Covenant of Civil and Political Rights*, Columbia University Press 1981.
- Jaime Orea, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford University Press 1992.
- Leslie C. Green, “Derogation of Human Rights in Emergency Situations”, *Canadian Yearbook of International Law*, 16/1978.
- Ljubinko Mitrović, Nikolina Grbić Pavlović, Gojko Pavlović, „Derogiranje ljudskih prava u vanrednom stanju – slučaj Bosne i Hercegovine”, *Pravni vjesnik*, 3-4/2016.
- Mohamed M. El Zeidy, “The ECHR and States of Emergency: Article 15-A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations”, *Michigan State University Detroit – College of Law’s Journal of International Law*, 11/2002.
- Nicole Questiaux, “Question of the Human Rights of Person Subjected to any Form of Detention or Imprisonment: Study of the Implications for Human Rights of Recent developments concerning situations known as states of siege or emergency”, United Nations Special Report, 27 July 1982.
- Oren Gross, “Once more unto the Breach: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies”, *The Yale Journal of International Law*, 23/1998.
- Oren Gross, Fionnuala Ni Aolain, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press 2006.
- Pieter van Dijk, Godefridus J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1993.
- Robin C.A. White, Clare Ovey, *European Convention on Human Rights*, Oxford University Press 2010.
- Ronald St. J. MacDonald, “Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 36/1998.
- Ronald St.J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold, *The European System for the protection of human rights*, Martinus Nijhoff Publishers 1993.
- Scope of Article 8 see European Court of Human Rights, Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights – Right to respect for private and family life, home and correspondence, 31 August 2022.
- Steven Greer, “The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights”, *Council of Europe Publishing*, Human Rights Files No. 15, 1997.
- Toni Pfanner, “Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, 2005.
- Torkel Opsahl, “Emergency Derogation from Human Rights”, *Mennesker og Rettigheter*, 5/1987.
- Uliana Koruts, Roman Maksymovych, Olha Shtykun, “Legal Grounds for Restrictions of Human Rights in the European Court of Human Rights Case-Law”, *Access to Justice in Eastern Europe*, 4/2021.

Legal sources

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – European Convention on Human Rights, Council of Europe, Rome, 4 November 1950.

- International Covenant on Civil and Political Rights, United Nation General Assembly Resolution 2200A, New York, 16 December 1966.
- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nation General Assembly Resolution 2200A, New York, 16 December 1966.
- Protocol No 4. to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto, Strasbourg, 16 September 1963.
- Protocol No. 13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the abolition of the death penalty in all circumstances, Vilnius, 3 May 2002.
- Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Paris, 20 March 1952.
- Protocol No. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the Abolition of the Death Penalty, Strasbourg, 28 April 1983.
- Protocol No. 7 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Strasbourg, 22 November 1984.
- The Universal Declaration of Human Rights, United Nation General Assembly, Paris, 10 December 1948.

The jurisprudence of the European Court of Human Rights

- A. and Others v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 3455/05, Judgment of 19 February 2009.
- Alparslan Altan v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 12778/17, Judgment of 09 September 2019.
- Association de solidarité avec les témoins de Jéhovah and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 8606/13, Judgment of 17 October 2016.
- Association of orthodox ecclesiastical obedience v. Greece*, European Court of Human Rights, App. No. 52104/20.
- Biblical Centre of the Chuvash Republic v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 33203/08, Judgment of 13 October 2014.
- Boughanemi v. France*, European Court of Human Rights, App. No. 22070/93, Judgment of 24 April 1996.
- Brannigan and McBride v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 14554/89, Judgment of 25 May 1993.
- Cangy v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 24973/15, Judgment of 29 April 2019.
- Caruana v. Malta*, European Court of Human Rights, App. No. 41079/19, Decision as to the Admissibility of 15 May 2018.
- Central Unitaria de Traballadores v. Spain*, European Court of Human Rights, App. No. 49363/20.
- Communaute genevoise d'action syndicale (CGAS) v. Switzerland*, European Court of Human Rights, App. No. 21881/20, Referral to the Grand Chamber 5 September 2022.
- Constantin-Lucian Spinu v. Romania*, European Court of Human Rights, App. No. 29443/20, Judgment of 11 October 2022.

- Cyprus v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 6780/74, Report of the Commission of 10 July 1976.
- Cyprus v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 8007/77, Report of the Commission of 4 October 1983.
- Dareskizb LTD v. Armenia*, European Court of Human Rights, App. No. 61737/08, Judgment of 08 October 2021.
- Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*, European Court of Human Rights, App. No. 3321/67, Judgment of 5 November 1969.
- Djavit An v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 20652/92, Judgment of 09 July 2003.
- Dmitriyevskiy v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 42168/06, Judgment of 3 October 2017.
- Dudgeon v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 7525/76, Judgment of 22 October 1981.
- Greece v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 176/56, Report of the European Commission of Human Rights (Article 31 of the Convention) of 26 September 1958.
- Guhn v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 45519/20.
- Ireland v. The United Kingdom*, European Court of Human Rights, App. No. 5310/71, Judgment of 18 January 1978.
- Jarocki v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 44644/21.
- Jersild v. Denmark*, European Court of Human Rights, App. No. 15890/89, Judgment of 23 September 1994.
- Khoroshenko v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 41418/04, Judgment of 30 June 2015.
- Kilin v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 10271/12, Judgment of 11 August 2021.
- Kudrevičius and others v. Lithuania*, European Court of Human Rights, App. No. 37553/08, Judgment of 15 October 2015.
- Kuimov v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 32147/04, Judgment of 8 January 2009.
- Lawless v. Ireland*, European Court of Human Rights, App. No. 332/57, Judgment of 1 July 1961.
- Marckx v. Belgium*, European Court of Human Rights, App. No. 6833/74, Judgment of 13 June 1979.
- Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 13237/17, Judgment of 20 March 2018.
- Metropolitan Church Bessarabia and others v. Moldova*, European Court of Human Rights, App. No. 45701/99, Judgment of 27 March 2002.
- Michalski v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 34180/20.
- Nemytov v. Russia*, European Court of Human Rights, App. No. 1257/21.
- NIT S.R.L. v. the Republic of Moldova*, European Court of Human Rights, App. No. 28470/12, Judgment of 5 April 2022.
- Nitecki v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 65653/01, Decision as to the Admissibility of 21 March 2002.

- Novotná v. the Czech Republic*, European Court of Human Rights, App. No. 3867/14, Judgment of 8 April 2021.
- P.T. v. The Republic of Moldova*, European Court of Human Rights, App. No. 1122/12, Judgment of 26 August 2020.
- Paradiso and Campanelli v. Italy*, European Court of Human Rights, App. No. 25358/12, Judgment of 24 January 2017.
- Perincek v. Switzerland*, European Court of Human Rights, App. No. 27510/08, Judgment of 15 October 2015.
- Piechowicz v. Poland*, European Court of Human Rights, App. No. 20071/07, Judgment of 17 July 2012.
- S.A.S. v. France*, European Court of Human Rights, App. No. 43835/11, Judgment of 1 July 2014.
- Sahin Alpay v. Turkey*, European Court of Human Rights, App. No. 16538/17, Judgment of 20 June 2018.
- Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland*, European Court of Human Rights, App. No. 931/13, Judgment of 27 June 2017.
- Schmidt v. Germany*, European Court of Human Rights, App. No. 32352/02, Decision as to the Admissibility of 5 January 2006.
- Sommerfeld v. Germany*, European Court of Human Rights, App. No. 31871/96, Judgment of 8 July 2003.
- Strand Lobben and others v. Norway*, European Court of Human Rights, App. No. 37283/13, Judgment of 10 September 2019.
- Susnescu v. Romania*, European Court of Human Rights, App. No. 19034/21.
- Vasileva v. Bulgaria*, European Court of Human Rights, App. No. 23796/10, Judgment of 17 March 2016.
- Vavrička v. The Czech Republic*, European Court of Human Rights, App. No. 47621/13, Judgment of 8 April 2021.
- Z. v. Finland*, European Court of Human Rights, App. No. 22009/93, Judgment of 25 February 1997.

Internet sources

- First violations in a Covid-19 case: Communaute genevoise a'action syndicale (CGAS) v. Switzerland, <https://strasbourgobservers.com/2022/05/09/first-violations-in-a-covid-19-case-communaute-genevoise-daction-syndicale-cgas-v-switzerland/>, accessed date 07.01.2022.
- Sean Molloy, Covid-19 and Derogation Before the European Court of Human Rights, <https://verfassungsblog.de/covid-19-and-derogations-before-the-european-court-of-human-rights>, accessed date 16.11.2022.
- The effects of digital contact on children's well-being: evidence from public and private contexts, <https://www.nuffieldfjo.org.uk/resource/digital-contact-childrens-well-being>, accessed date 17.11.2022.
- The Ministry of the Republic of Latvia, Note verbale, 15 March 2020, <https://rm.coe.int/09000016809ce9f2>, accessed date 16.11.2022.
- The Ministry of the Republic of Serbia, Note verbale, 6 April 2020, <https://rm.coe.int/09000016809e1d98>, accessed date 16.11.2022.

Александра А. Тороман
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
aleksandra.toroman@outlook.com
ORCID ID: 0000-0003-3848-0620

Ограничења људских права према Европској конвенцији о људским правима и основним слободама – нове тенденције

Сажетак: Већина људских права може бити ограничена у одређеним ситуацијама, упркос њиховом значају за свако демократско друштво. То значи да та права нису апсолутна. Такве ситуације представљају, на пример, рат и ванредно стање, према Европској конвенцији о људским правима. За тим, у циљу заштите интереса државе и националне безбедности, људска права, односно интереси појединаца, долазе на друго место. У том случају потребно је постићи баланс између неопходних ограничења и очувања интереса државе. Један од најбољих примера ограничења људских права током ванредног стања је период Ковид-19. Многа права, као што је право на поштовање приватног и породичног живота, била су ограничена током Ковид-19 у различитим земљама у Европи, али је свака земља успоставила своје мере у складу са својом ситуацијом. Случајеви у вези са овим ограничењима и кршењем биће представљени пред Европским судом за људска права у годинама које долазе.

Кључне речи: рескрипције, ограничења, члан 15 ЕКЉП, релативна људска права, Ковид-19.

Датум пријема рада: 18.11.2022.

Датум достављања коначне верзије рада: 23.11.2022.

Датум прихватања рада: 24.01.2023.

Списак рецензената у Зборнику радова, год. LVI (2022)

Проф. др Андреја Катанчевић	Проф. др Маша Кулаузов
Проф. др Анђелија Тасић	Проф. др Мирјана Радовић
Проф. др Атила Дудаш	Проф. др Мирко Кулић
Проф. др Бојан Милисављевић	Проф. др Мирослав Лазић
Проф. др Бојан Пајтић	Проф. др Ненад Тешић
Проф. др Бојан Урдаревић	Проф. др Новак Крстић
Проф. др Бранислав Ристивојевић	Проф. др Огњен Вујовић
Проф. др Валентина Цветковић Ђорђевић	Проф. др Петар Ђундић
Проф. др Валерија Шаула	Проф. др Предраг Цветковић
Проф. др Вања Бајовић	Проф. др Раденка Цветић
Проф. др Вељко Влашковић	Проф. др Раденко Јотановић
Проф. др Вељко Турањанин	Проф. др Радојица Лазић
Проф. др Владимир Марјански	Проф. др Радомир Зекавица
Проф. др Вук Радовић	Проф. др Ранко Кеча
Проф. др Горан Марковић	Проф. др Самир Аличић
Проф. др Горан Милошевић	Проф. др Сандра Фишер Шобот
Проф. др Дарко Димовски	Проф. др Сања Ђајић
Проф. др Дарко Радић	Проф. др Сања Савчић
Проф. др Дарко Симовић	Проф. др Светлана Станаревић
Проф. др Драган Милков	Проф. др Сенад Ганић
Проф. др Драгана Чворовић	Проф. др Сенад Јашаревић
Проф. др Драгиша Дракић	Проф. др Синиша Варга
Проф. др Драго Дивљак	Проф. др Слободан Орловић
Проф. др Драгутин Аврамовић	Проф. др Срђан Голубовић
Проф. др Емир Ћоровић	Проф. др Сретен Југовић
Проф. др Здравко Грујић	Проф. др Татјана Бугарски
Проф. др Зоран Јовановић	Проф. др Татјана Јованић
Проф. др Зоран Лончар	Проф. др Урош Новаковић
Проф. др Ивана Крстић Мистрицеловић	Проф. др Филип Бојић
Проф. др Ивана Туцак	Доц. др Александар Антић
Проф. др Јелена Видић	Доц. др Драгана Ћорић
Проф. др Љубомир Стајић	Доц. др Иван Ћокић
Проф. др Маја Станивуковић	Доц. др Марко Димитријевић
Проф. др Марко Ђурђевић	Доц. др Милан Милутин
Проф. др Марко Кнежевић	Доц. др Ненад Радивојевић

Доц. др Никола Илић
Доц. др Петар Штурановић
Доц. др Тамара Ђурђић Милошевић
Доц. др Цвјетана Цвјетковић Иветић
др Боба Бранков
др Бојан Божовић
др Дарко Божичић

др Душко Димитријевић
др Иван Милић
др Милана Писарић
др Наташа Рајић
др Ратко Радошевић
др Урош Станковић

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ
ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргани (1967–1968),
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боровоје Пупић (1974–1976),
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунђан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013), проф. др Слободан Орловић (2013–2022).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauner (Аустрија), prof. dr Zoltán J. Tóth (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
prof. dr András Téglési (Мађарска), проф. др Татјана Бугарски,
проф. др Гордана Дракић, проф. др Атила Дудаш, проф. др Бојан Тубић.

Менаџер часописа

Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

др Урош Станковић, др Наташа Рајић, др Сандра Самарцић,
др Ратко Радошевић, др Илија Јованов, др Владан Мирковић,
Слобода Мидоровић, Оливера Јокић.

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит”

Штампа:

„Футура”, Нови Сад
Тираж: 100 примерака

2022


CIP - Каталогизација у публикацији
Библиотека Матице српске, Нови Сад

34(082)

ЗБОРНИК радова = Collected Papers / Правни факултет
у Новом Саду ; главни уредник Владимир Марјански
- 1966, 1- . - Нови Сад : Правни факултет, 1966-. -
24 cm

ISSN 0550-2179

COBISS.SR-ID 16397826



ISSN 0550-2179
eISSN 2406-1255