

UDK 347.7

YU ISSN 0354-3501

**П Р А В О И П Р И В Р Е Д А**  
ЧАСОПИС ЗА ПРИВРЕДНОПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

БРОЈ 9-12/2007.  
Година XLIV  
Београд

**Главни и одговорни уредник**

Мирко Васиљевић

**Уредник**

Мирослав Пауновић

**Редакција**

Dr. Thomas Meuer, Немачка организација за техничку сарадњу „ГТЗ“, вођа пројекта „Канцеларија за правну реформу и отворени регионални фонд за Југоисточну Европу“, Зоран Арсић, Мирко Васиљевић, Радован Вукадиновић, Милица Јањушевић (секретар), Боса Ненадић, Мирослав Пауновић, Ратомир Слијепчевић, Александар Ђирић, Вук Радовић, Драгиша Слијепчевић

**Издавачки савет**

Dr. Christa Jessel-Holst, Senior Research Associate, Max-Planck-Institute for Foreign Private and Private International Law, Јованка Бодирога, Михајло Велимировић (председник), Раде Јевтић, Ивана Зельковић, Мирослав Милетић, Небојша Јовановић, Данило Пашајлић, Витомир Поповић, Дејан Поповић, Михаило Рулић, Драган Радоњић, Марко Рајчевић

**Издавач**

УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

Београд, Трг Николе Пашића 1/II

тел./факс 3234-985

e-mail: [udruzrip@eunet.yu](mailto:udruzrip@eunet.yu)

**Технички уредник**

Зоран Димић

**Графичка припрема**

Јелена Димић

Светозара Марковића 2, Београд

Претплата за 2008. годину износи: правна лица - 9.100 динара,  
физичка лица - 4.550 динара, иностранство - 100 УС \$

Претплата се врши на текући рачун број: 355-1028874-46, Војвођанска банка,  
уз назнаку:

Претплата за часопис „Право и привреда“

Излази ПЕРИОДИЧНО

---

Штампа „ФУТУРА“, Петроварадин



**УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ**

**И**

**ЊЕГОВ ЧАСОПИС ПРАВО И ПРИВРЕДА**

Организују СЕДАМНАЕСТИ СУСРЕТ ПРАВНИКА  
У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ

**Време:** 14–16. (среда–петак) мај 2008. године

**Место:** Врњачка Бања  
– конгресни центар хотела „ЗВЕЗДА“

са уобичајеним тематским областима

Уредник Сусрета: проф. др Мирко Васиљевић

За све остале информације можете се обратити телефоном секретару часописа (г-ђа Милица Јањушевић) број 011/323-4985 • e-mail: [udruzpip@eunet.yu](mailto:udruzpip@eunet.yu)



**Поштовани читаоци,**

Бројем 9-12/2007 године нашег и вашег часописа *Право и привреда* завршавамо четрдесетчетврту годину редовног излагања и улазимо у четрдесетпету.

Све ове године трудили смо се да будемо актуелни и да објављујемо оне радове за које је наш издавачки савет био мишљења да ће превасходно вама бити од користи уз редовне рубрике правне праксе и међународног пословног права.

Иза нас су, такође, и шеснаест година *Сусрећа правника у привреди* који су се редовно одржавали у Врњачкој Бањи у месецу мају. Теме наших сусрета су увек биле прилагођене моменту правничке актуелности и посвећене низу питања значајних за рад правника у привреди. Трудили смо се да дилеме које сте имали у вашим предузећима успешно разрешите уз помоћ наших референата – предавача и бирали их из редова професуре, правосуђа, управе и правника из привреде. Увек смо били отворени за сва ваша питања, за сваки облик сарадње, а то сте нам потврдили својим бројним учешћем у раду на нашим Сусретима – Конгресима.

Водили смо рачуна о стању у нашој привреди, превасходни задатак нам је био да вам стручно и квалитетно помогнемо, а материјални моменат је био у другом плану, што се види из износа котизација када се упореде са другим саветовањима.

Пред прагом 2008. године и уласком у четрдесет пету година излагања слободни смо да вас замолимо да прегледате вашу евиденцију и проверите да ли сте измирили претплату на часопис.

У сваком броју часописа *Право и привреда* наћи ћете наруџбеницу за претплату коју молимо да попуните и пошаљете на нашу адресу или пошаљете електронском поштом. По пријему рачун ће вам бити одмах послат.

Желимо вам срећну и успешну Нову 2008. годину са надом да ћете и даље бити наши верни читаоци и учесници *Сусрећа правника у привреди Србије*.

Користимо прилику да вас обавестимо да ће се XVII Сусрет – Конгрес правника у привреди одржати од 13–16. маја 2008. године (среда–петак) у Врњачкој Бањи.

За све остале информације можете се обратити телефоном секретару часописа (г-ђа Милица Јањушевић) број 011/323-4985.

Редакција часописа *Право и привреда*

САДРЖАЈ

**Чланци**

<i>Rainer Kulms</i>	Партиципација запослених у надзорном одбору . . .	3
<i>Мирко Васиљевић</i>	Француски трговачки законик (1807) као модел – узор српског трговачког законика (1860) . . . . .	27
<i>Зоран Арсић</i>	Максимирање броја остваривих гласова појединог акционара . . . . .	35
<i>Мирослав Миљковић</i>	Инспекција рада и заштита права запослених . . . . .	40
<i>Соња Бунчић</i>	Појам привилеговане информације у европском и српском праву . . . . .	51
<i>Борисав Чолић</i>	Пословање банака и Народне банке Србије, функције и односи . . . . .	61
<i>Зоран Срејшић</i>	Директна примена <i>lex mercatoria</i> као меродавног права за предмет спора пред међународном трговинском арбитражом . . . . .	75

<b>Међународно пословно право</b>	Решавање међународних спорова . . . . .	97
	Међународна регулатива . . . . .	102
	На дневном реду у свету . . . . .	105
	Из домаћег права пословања са иностранством . . . . .	107
	За документацију . . . . .	110

**Правна пракса**

<i>Милица Ђосовић-Кијић</i>	Извод из праксе Суда части при Привредној комори Београда . . . . .	118
<i>Снежана Вујиновић</i>	Мишљења Министарства рада, запошљавања и социјалне политике . . . . .	126

**Шеснаестих сусрет правника  
у привреди Србије**

Поруке са сусрета . . . . .	137
-----------------------------	-----

C O N T E N T

**Articles**

<i>Rainer Kulms</i>	Employee Representation on Supervisory Boards – A German Perspective . . . . .	3
<i>Mirko Vasiljević</i>	Le code de commerce français (1807) en tant que modèle – exemple du Code de commerce Serbe (1860) . . . . .	27
<i>Zoran Arsić</i>	Maximizing Number of Votes Shareholder may Exercise . . . . .	35
<i>Miroslav Miljković</i>	Inspection of the Work and Protection of the rights of the Employed . . . . .	40
<i>Sonja Bunčić</i>	The Notion of Insider Information in the European and Serbian Law . . . . .	51
<i>Borisav Čolić</i>	Business Operations of Banks and the National Bank of Serbia, Functions and Relations . . . . .	61
<i>Zoran Sretić</i>	Direct Application of the Law Merchant, as Applicable Law for the Merits of Dispute Before the International Commercial Arbitration . . . . .	75

**International Business Law**

Settling of International Disputes. . . . .	97
International Regulation. . . . .	102
Word Actualities. . . . .	105
Out of Domestic Law as to Foreign Trade Business . .	107
For Archive . . . . .	110

**Legal Practice**

<i>Milica Ćosović-Kitić</i>	The Outline from the Court of Honesty in the Commercial Chamber of Belgrade . . . . .	118
<i>Snežana Vujinović</i>	Opinions of the Ministry for Labor, Employment and Social Policy . . . . .	126

**Sixteenth Congress of Business  
Lawyers of Serbia**

Messages . . . . .	137
--------------------	-----

## **ЧЛАНЦИ**





**Rainer Kulms**

*Priv. - Doz., Dr., LL. M. (Univ. Michigan)*

*Max Planck Institute, Hamburg*

UDC 331.105(430)

## **Employee Representation on Supervisory Boards – A German Perspective<sup>1)</sup>**

### **Summary**

*Codetermination in Germany is a bifurcated issue: There is a fundamental distinction between codetermination at the shop-floor level and the one through elected employee and trade union representatives on Supervisory Boards. While employee representation on certain Supervisory Boards is mandatory, employee codetermination through works' councils is not automatic. There is no legal requirement to establish a works' council unless the employees so desire. But the majority of enterprises have works' councils exercising their statutory right to have a say in management decisions affecting the workplace.*

*Codetermination and corporate governance serve a common purpose: to control economic power associated with large corporate enterprises. Codetermination is intended to transfer power to those who control the means of production in order to counter the interests of capital. Corporate governance, on the other hand, places major control in the hands of capital owners. Managers are the agents of the capital owners and employees are treated as stakeholders with little control over management issues. This paper focuses on the framework for employee representation under the Codetermination Act of 1976. But in view of current adjustment processes the impact of works councils on corporate go-*

---

1. This paper is based on notes prepared for a lecture delivered at the Law Faculty of the University of Belgrade on May 19, 2007. The style and nature of lecture notes have been maintained, but footnotes have been supplied.

*vernance should not be underestimated. Employee representation on Supervisory Boards operates against the background of very active works councils. There have been incidents where the works councils attempted to coordinate their activities with those of the employee and trade union representatives on the Supervisory Board.*

*In the following the role of Supervisory Boards under German company law will be explained. Then, a brief overview over the role of works councils will be given before the analysis moves on to statutory forms of employee representation on Supervisory Boards. At the end, the author gives an overview of codetermination in the age of globalisation, with a particular influence of European law.*

**Key words:** *employee representation, supervisory board, codetermination, work council, corporate governance, globalisation, European Law.*

## I. Introduction

Codetermination in Germany is a bifurcated issue: There is a fundamental distinction between codetermination at the shop-floor level and the one through elected employee and trade union representatives on Supervisory Boards. Employee representation on certain Supervisory Boards is mandatory. Employee codetermination through works' councils on the shop-floor is not automatic.<sup>2)</sup> There is no legal requirement to establish a works' council unless the employees so desire. But the majority of enterprises have works' councils exercising their statutory right to have a say in management decisions affecting the workplace.

Codetermination and corporate governance serve a common purpose: to control economic power associated with large corporate enterprises.<sup>3)</sup> Codetermination is intended to transfer power to those who control the means of production in order to counter the interests of capital. Corporate governance, on the other hand, places major control in the hands of capital owners. Managers are the agents of the capital owners and employees are treated as stakeholders with little control over management issues. Current German codetermination practice suggests that the trade-off between efficient corporate governance and employee representation will become more difficult to handle as adjustment problems emerge.<sup>4)</sup> This paper focuses on the framework for employee representation under the Codetermination Act of 1976. But in view of current adjustment processes the impact of works councils on corporate governance should not be underestimated.<sup>5)</sup> Employee representation on Supervisory Boards operates against the background of very active works councils. There have

2. Cf. the review article by *Frege*, A Critical Assessment of the Theoretical and Empirical Research on German Works Councils, *Brit. J. Indust. Rel.* 40:2 (2002), p. 221 et seq.
3. *Pistor*, Codetermination: A Sociopolitical Model with Governance Externalities, in: *Blair/Roe* (eds.), *Employees and Corporate Governance* (Brookings, 1999), p. 163 et seq.
4. Cf. *Sorge*, *Mitbestimmung; Arbeitsorganisation und Technikanwendung*, in: *Streeck/Kluge* (eds.), *Mitbestimmung in Deutschland – Tradition und Effizienz* (1999), 17 (at p. 128 et seq.).
5. See the studies by *Addison/Teixeira*, *The Effect of Works Councils on Employment Change*, *Ind. Rel.* 45 (2006), 1 (p. 9 et seq., p. 20 et seq.), and *Addison/Schank/Schnabel/Wagner*, *Do Works Councils Inhibit Investment?*, *Indus. & Lab. Rel. Rev.* 60 (2007), p. 187 et seq.

been incidents where the works councils attempted to coordinate their activities with those of the employee and trade union representatives on the Supervisory Board.<sup>6)</sup>

In the following the role of Supervisory Boards under German company law will be explained. Then, a brief overview over the role of works councils will be given before the analysis moves on to statutory forms of employee representation on Supervisory Boards.

## II. Supervisory Boards Under German Company Law<sup>7)</sup>

### 1. Stock Corporations

Germany has opted for a two-tier system of corporate governance for stock corporations.<sup>8)</sup> The Board of Directors (*Vorstand*) is jointly responsible for managing the corporation and establishing risk monitoring procedures to avert developments which may be potentially fatal to the existence of the corporation. The Supervisory Board (*Aufsichtsrat*) appoints each member of the Board of Directors and examines its management activities.<sup>9)</sup> Under the terms of the statute, the Supervisory Board is entitled to inspect the books and property of the corporation.<sup>10)</sup> In 1998 and 2002, capital market laws amended the Stock Corporation Act, seeking to further enhance the control powers of the Supervisory Board. The Supervisory Board is to oversee the planning decisions of the Directors. In this, it is expected to seize the initiative, seek external advice by commissioning expert reports, and choose the accounting firm for auditing the annual financial statement of the corporation.<sup>11)</sup> This requires a certain degree of professionalism and flexibility on Supervisory Boards. Nonetheless, even nowadays the emphasis is rather more on consultation in a cooperative atmosphere than on open conflict.<sup>12)</sup> The German Corporate Governance Code portrays the relationship between the Board of Directors and the Supervisory Board as a cooperative game which binds both of them on the well-being of the corporation.<sup>13)</sup>

---

6. See the evidence from the German carmaker Volkswagen: “VW-Betriebsrat kritisiert Russland-Pläne”, NDR Online-Wirtschaft, January 12, 2006 (<http://www1.ndr.de/wirtschaft/unternehmen/wiun702.html>); “VW: Betriebsrat gegen “Freibrief” für Vertragsverlängerung von Pischetsrieder”, NDR Online-Wirtschaft, April 4, 2006 (<http://www1.ndr.de/wirtschaft/unternehmen/wi862.html>).

7. For a detailed analysis see: *Schmidt, K.*, *Gesellschaftsrecht* (4<sup>th</sup> ed., 2002), p. 819 et seq. (stock corporations), p. 1107 et seq. (private companies (GmbH's)).

8. *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, *The German Model of Corporate and Labor Governance*, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 22 (2000), 33 (at p. 36 et seq.); see also the study by *Franks/Mayer*, *Ownership and Control of German Corporations*, *Rev. Fin. Stud.* 14 (2001), 943 (at p. 952 et seq.).

9. §§ 84, 111 of the Stock Corporation Act (Aktiengesetz).

10. § 111 II of the Stock Corporation Act.

11. For a comprehensive survey cf. *Semler*, in: *Kropff/Semler* (eds.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Vol. 3 (§§ 76 – 117 AktG; MitbestG, § 76 BetrVG 1952), § 111, 87 et seq.

12. *Adams*, *Die dunklen Seiten der Mitbestimmung*, *Wirtschaftsdienst* 2006, 699 (at p. 700).

13. Government Commission German Corporate Governance Code, *German Corporate Governance Code* (as amended on June 14, 2004), § 3 et seq. (download at [www.corporate-governance-code.de/eng/download/E\\_Kodex%202007\\_markiert.pdf](http://www.corporate-governance-code.de/eng/download/E_Kodex%202007_markiert.pdf))

Rather obliquely, the Code declares that it is a joint duty of both, the Board of Directors and the Supervisory Board to assure a satisfactory flow of information to the Supervisory Board.<sup>14)</sup> Arguably, this includes control from an *ex ante*- and from an *ex post*-perspective. In the real world of corporate Germany this causes severe problems as *ex post*-control is often inefficient and *ex ante*-control is plagued by informational asymmetries. Solving problems of asymmetric information is not necessarily a prime concern of the Board of Directors. There is a potential conflict of interest, because the Board of Directors will have to supply information to the Supervisory Board which evaluates the directors' performance. Currently, the chairmen of the Board of Directors and of the Supervisory Board liaise in an informal manner if crucial policy issues have to be decided.<sup>15)</sup> But this practice does not amount to a meaningful corporate governance mechanism if, as it frequently happens, the chairman of the Supervisory Board is the retired chairman of the corporation.

## 2. Advisory Councils<sup>16)</sup>

Supervisory Boards are mandatory for stock corporations. There is a minimum quorum of three board members for corporations not subject to the codetermination laws. It should be noted that corporate practice has added advisory councils to companies not covered by the stock corporation law. These advisory councils – usually established for limited liability companies (*Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbH's*) and limited partnerships (*Kommanditgesellschaften – KG's*) – are thought to perform control functions similar to those of the Supervisory Boards. However, these advisory councils are a creature of the owners and may be dissolved at any time, if necessary by changing the articles of association.

### III. Patterns of Employee Representation in German Enterprises I

#### 1. Codetermination on the Shop-Floor Level – Works Councils

##### a. Historic Background<sup>17)</sup>

The notion of workers' codetermination is deeply rooted in German history, going back to the 19<sup>th</sup> century. The assessment of the status of workers was not limited to leftist groups. Social conservatives voiced concerns about the situation of the “property-less groups” and the pre-World War I establishment supported a limited degree of employee involvement at the corporate level.<sup>18)</sup> Over the years, the churches<sup>19)</sup> have also played an important role in

14. Id., § 3.4.

15. *Servatius*, Ordnungsgemäße Vorstandskontrolle und vorbereitende Personalauswahl durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, *Die Aktiengesellschaft* 40 (1995), 223 (at p. 224).

16. *Schmidt, K.*, supra, N. 7, p. 418 et seq., p. 1110 (*GmbH's*), p. 1650 (limited partnerships (*GmbH & Co. KG's*)).

17. For historic surveys see: *Pistor*, supra N. 3; *Nutzinger*, Codetermination in West Germany: Institutions and Experiences, in: *Nutzinger/Backhaus* (eds.), *Codetermination – A Discussion of Different Approaches* (1989), 163 (at p. 164 et seq.); *Pohl* (ed.), *Mitbestimmung: Ursprünge und Entwicklung*, *Zeitschrift für Unternehmensgeschichte*, Beiheft No. 19 (1981).

developing the concept of “*Soziale Marktwirtschaft*” or, as some would say, of “*Rhinish Capitalism*”.

Employee representation at the shop-floor level was introduced on a voluntary basis in 1891.<sup>20)</sup> Fourteen years later, Bavaria and Prussia required the coal and mining industries to introduce workers’ committees. During World War I, the labour unions and the Social Democrats succeeded in making these councils mandatory for all enterprises actively involved in military production. The first German republican constitution acknowledged the importance of employee participation in the affairs of their companies, and a national law provided for the establishment of works councils.<sup>21)</sup> As early as 1922, works councils had the statutory right to delegate members to the Supervisory Boards of listed and non-listed companies. Although these delegates had very limited (consulting) powers they were nonetheless regular members of the Supervisory Boards, subject to the duties of care under the applicable corporate statute. German fascism abolished these forms of employee participation.

In the immediate post-World War II period the Allied Powers supported employee participation as an instrument of decartelising the heavily concentrated German industries, thereby laying the modern foundations for the major distinction between codetermination at the shop-floor level and in Supervisory Boards.<sup>22)</sup> In the past, the system of works councils has worked remarkably well after the unions accepted these councils as an instrument to improve the general employment situation on the shop-floor level. Under a situation of changing economic conditions it is less likely that this type of codetermination will be running as smoothly as it used to be.

#### *b. Corporate Governance and Works Councils – Examples*

- The current German statute appeals to an atmosphere of cooperation and mutual understanding between the works council and the employer. Overtime schemes may only be implemented if the local works council assents. The (non-) cooperative game between the employer and the works council is put to a severe test, as soon as the corporate management, in pursuit of shareholder value, attempts to close down a money-losing plant. The

---

18. *Raiser*, *Mitbestimmungsgesetz – Kommentar* (4th ed., 2002), Einl. No. 1 et seq.

19. See the Encyclicals by Pope Pius XI, *Quadragesimo Anno* (1931), and by Pope John XXIII, *Mater et Magistra* (1961) in: *Bundesverband der Katholischen Arbeitnehmer-Bewegung Deutschlands – KAB* (ed.), *Texte zur katholischen Soziallehre – Die sozialen Rundschreiben der Päpste und andere kirchliche Dokumente* (8th ed., 1992), 61 (at p. 80 et seq.); 171 (at p. 195 et seq.); *Naughton*, *The Corporation as a Community of Work: Understanding the Firm from Within the Catholic Tradition*, *Ave Maria L. Rev.* 4 (2006), 33 (at p. 38 et seq.), and the texts in: *Brakelmann/Jähnichen* (eds.), *Die protestantischen Wurzeln der sozialen Marktwirtschaft* (1994).

20. *Richardi*, *Einleitung* para. 6 et seq., in: *Richardi* (ed.), *Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung – Kommentar* (10<sup>th</sup> ed., 2006).

21. *Id.*, in: *Richardi* (ed.), *supra*, N. 20, Einl. para. 10 et seq.

22. *Fitting/Wlotzke/Wißmann*, *Mitbestimmungsgesetz – Kommentar* (2<sup>nd</sup> ed., 1978), Vorb. Para. 31 et seq.; *Bartölke/Kappler/Slade*, *Institutional Reform; The Future of Codetermination*, in: *Nutzinger/Backhaus* (eds.), *supra*, N. 17, 199 (at p. 200 et seq.); *Mitbestimmungskommission*, *Mitbestimmung im Unternehmen – Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung* (January 1970), p. 26 et seq.

works council is entitled to negotiate a so-called “social plan” with the management to provide for stipulated severance pay.<sup>23)</sup> But there are no statutory provisions to defuse situations of deadlock and to get the parties back to the negotiating table.

- Whistle-blowing procedures are generally considered to be an efficient device for maintaining professional standards among the corporate executives and ensuring compliance with securities laws.<sup>24)</sup> Under German law, the management of a listed company will have to seek the consent of the works council in order to implement a whistle-blowing scheme.<sup>25)</sup>

- Volkswagen, one of the major car producers, has acquired a somewhat doubtful reputation of handing out financial perks to members of the works council in an attempt to improve the general climate.<sup>26)</sup> But it was left to the chairman of the Volkswagen works council to make it understood that the labour representatives on the Supervisory Board would only vote a new chairman of the board into office if he would vow to support domestic jobs.<sup>27)</sup>

## 2. Post World-War II Rules for the Coal and Steel Industries (*Montanmitbestimmung*)<sup>28)</sup>

Under the 1951 law on codetermination in the coal and steel industries, the Supervisory Board of the relevant companies consists of a statutory number of shareholder representatives equal to those elected by the employees.<sup>29)</sup> In addition to these members, the Supervisory Board also includes the so-called ‘neutral man’ who is intended to solve situations of deadlock. The so-called neutral member is to be nominated by labour *and* the shareholders. Elaborate procedures apply if consensus is difficult to achieve. In preparing the election of the employee representatives, the works council has to draw up a list of labour candidates that includes employees from the local plants, external trade union members and an additional trade union representative that may be nominated by the union in liaising with the works council. Moreover, a so-called works director (*Arbeitsdirektor*) has to be a regular member of the board who cannot be appointed without the consent of the employee and trade union representatives of the Supervisory Board. This statutory regime owes its existence to a unique historic setting. In the aftermath of World War II the Allied Powers rightly believed that the cartelised coal and steel industries had played an important role in the Nazi war economy. De-concentration efforts included a greater role for trade unions which were regarded as a major ally in the attempt to contain members of the management with a somewhat

23. For a detailed analysis see *Annuß*, in: Richardi (ed.), supra, N. 20, § 112 para. 49 et seq.

24. For law and economics assessment: *Macey*, Getting the Word out About Fraud: A Theoretical Analysis of Whistleblowing and Insider Trading, Mich. L. Rev. 105 (2007), 1899 et seq. (2007).

25. Arbeitsgericht (Labor Court) Wuppertal (5 BV 20/05), decision of June 15, 2005, 2005 Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1334 et seq.; cf. *Simon*, Case Note, Der Betrieb 2005, 1800.

26. See. The Economist, July 16, 2005, “Dark Days for Volkswagen”.

27. See supra, N. 6.

28. For an introduction see: *Kolvenbach*, Workers Participation in Europe (1977), 49 et seq.; *id.*, Cooperation between Management and Labor – A Survey of Co-determination Mechanisms in European Corporations (1982), p. 40 et seq.

29. Mitbestimmungskommission, supra, N. 23, p. 16 et seq.

doubtful past. The Federal Government supported codetermination in the coal and steel industries because it wanted to prepare the ground for the European Community for Steel and Coal, thereby avoiding internationalisation of major German industries.<sup>30)</sup>

Codetermination in accordance with the 1951 law soon became a victim of corporate restructuring. As Allied decartelisation policy loosened its grip corporate groups and holdings in the coal and steel industry were allowed which would have fallen out of the scope of the law.<sup>31)</sup> The German legislator has repeatedly passed *ad hoc*-laws which extended the scope of the 1951 law in order to maintain a *status quo* in coal and steel-related industries. At the end of 1987, there were only five conglomerate holding companies which still had to apply Germany's most far-reaching codetermination regime. In 1999, the German Constitutional Court found certain aspects of the latest extension scheme to be in breach of the constitution.<sup>32)</sup>

### 3. Codetermination 'Light': The 1952 Law on the Internal Organisation of the Firm

The 1951 law on codetermination in the coal and steel industry was a major success for labour and the trade union movement. A year later, a law on the internal order of non-coal and steel firms (*Betriebsverfassungsgesetz 1952*) introduced codetermination procedures which the trade unions considered as disappointing. Reviving the pre-World War II standards, the law gave codetermination rights to employees in firms with more than 500 employees.<sup>33)</sup> Moreover, companies owned by one family were not covered by the codetermination requirements. The employees were entitled to send delegates to the Supervisory Board of the firm where one third of the seats on the Supervisory Board had to be reserved for labour. Contrary to the 1951 law for the coal and steel and sector, the trade unions had no right to nominate their delegates for the Supervisory Board, nor is there a works director (*Arbeitsdirektor*) on the board of the company. The 1952 law is still in force although the title of the law has been changed to *Drittelbeteiligungsgesetz*<sup>34)</sup> (i. e. a law which reserves one third of the seats on the Supervisory Board to labour), reflecting the limited scope of codetermination more properly. But it should not be overlooked that the scope of application for the *Drittelbeteiligungsgesetz* is rather limited after the far-reaching Codetermination Act of 1976 was signed into law. Nonetheless, the *Drittelbeteiligungsgesetz* recently made a re-entry into public debate. In 2004, the Confederation of German Industry commissioned a study on codetermination and corporate governance. The study makes a plea for greater fle-

---

30. For a comprehensive account: Mitbestimmungskommission, supra, N. 23, p. 26 et seq.

31. See the account by *Bartölke/Kappler/Slade*, supra, N. 22 and in the judgement of March 2, 1999, of the German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), BVerfGE 99, 367 (at p. 371).

32. German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), judgement of March 2, 1999, BVerfGE 99, 367 (at p. 387 et seq.).

33. Mitbestimmungskommission, supra, N. 23, p. 18 et seq.; *Bürger*, Mitbestimmung ohne Parität – Aufsichtsratsbestellung nach dem BetrVG 1952 (1991), 22 et seq.

34. *Drittelbeteiligungsgesetz* of May 19, 2004, BGBl. I 2004, 974, as amended by Art. 19 of the Law of August 14, 2006, BGBl. I 2006, 1911.





## IV. Employee Representation II: Non-Coal and Steel Industries – The Codetermination Act of 1976

### 1. Parity Weakened

#### a. Legislative History

There was a feeling of *déjà vu* when the political debate on the extension of codetermination to all large companies reached its peak in the early 1970's.<sup>40)</sup> In reiterating the arguments in favour of codetermination law for the coal and steel industry, employees were thought to be in need of statutory protection which would put them on equal footing with those who were the owners in the capitalist production process.<sup>41)</sup> The political fault lines ran along the question of how much outsiders should be present on the Supervisory Board and to what extent white collar workers should have a say independent of the blue collar workers.<sup>42)</sup> The study commissioned by the federal government had been critical of the role of the 'neutral man' under the first (1951) codetermination law.<sup>43)</sup> "Parity" became the catchword for Supervisory Boards under the 1976 Codetermination Law. There are now an equal number of employee and capital representatives and the board, and the chairman, to be nominated by the stockholders, has a second vote in tie-situations. In balancing the interests of labour and capital owners, the shareholders were thought to deserve a qualified majority, only to be used against the employees under certain circumstances. The commission's reasoning foreshadows the corporate governance debates so typical of our days: Shareholders' profit-mindedness, the liability rules of company law and the impact of market processes offer a much better guidance for rational corporate strategies than workers' interests.<sup>44)</sup>

#### b. Legislative Technique

The codetermination law of 1976 does not affect the statutory codetermination regime for the coal and steel industries. The 1976 law refrains from openly modifying traditional concepts of company and labour law. Technically, the labour members of the supervisory board – in their capacity as board members – owe a duty of care and good faith towards 'their' company or corporation.<sup>45)</sup> Unlike the 1951 law on codetermination in the coal and

---

40. For collection of the political statements made during the policy debate, see: Schwerdtfeger (ed.), *Mitbestimmung in privaten Unternehmen* (1973).

41. Cf. *Mestmäcker*, *Mitbestimmung und Vermögensverteilung – Alternativen und Vermögensverteilung*, in: *id.*, *Recht und ökonomisches Gesetz*, supra, N. 36, 175 (at p. 187 et seq.).

42. For a constitutional policy analysis: *Mestmäcker*, *Durch Mitbestimmung zum neuen Laissez faire*, in: *id.*, *Recht und ökonomisches Gesetz*, supra, N. 36, 195 (at p. 197 et seq.).

43. *Mitbestimmungskommission*, supra, N. 23, at p. 182.

44. *Mitbestimmungskommission*, supra, N. 23, at p. 183.

45. § 116 of the Stock Corporation Law; cf. *Gach*, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, supra N. 11, *MitbestG* § 25 para 16 et seq.; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht – Kommentierung des MitbestG, DrittelbG, und der §§ 34 bis 38 SEBG* (2<sup>nd</sup>. ed., 2006), § 25 para. 92.

steel industries, the composition of the Board of Directors remains unaffected. There is a Works Director (*Arbeitsdirektor*) who can be appointed without the consent of the labour bench on the Supervisory Board.<sup>46)</sup> The 1976 law does not attempt to distinguish between listed or non-listed companies. Instead, sec. 1 of the law introduces codetermination procedures to enterprises (*Unternehmen*) organised as stock corporations under the *Aktiengesetz*, limited liability companies (*GmbH's*), partnerships limited by shares (*Kommanditgesellschaft auf Aktien*) and cooperatives which regularly employ more than 2000 workers. The law does not apply to the 1952 law on the internal order of the enterprise (*Betriebsverfassungsgesetz 1952*), which means that companies with a workforce between 501 and 2000 employees are not covered by the new 1976 statute. The law does not cover family or small group-owned enterprises which are organised under partnership law as a Limited Partnership (*Kommanditgesellschaft*). Nor does the codetermination law of 1976 apply to companies serving political, religious, charitable or educational or trade union or employers' association purposes. Moreover, the churches and the entire sector of their activities and the media are exempt.

At the time the statute was signed into law it was thought that it would cover only domestic companies with a corporate charter drawn up in accordance with German law and registered in Germany. As soon as the European Court of Justice had handed down its judgments on company mobility<sup>47)</sup> this aspect of the codetermination law came under closer scrutiny.<sup>48)</sup> Those in favour of a more integrationist approach feel that the heydays of codetermination are over as European Community law outlaws obstacles to free trade. There are others who defend codetermination on grounds of German national interest which, it is claimed, renders the 1976 statute immune against the forces of legal and global competition.<sup>49)</sup>

### *c. The New Governance Structure of the Supervisory Board*

The 1976 law forces considerable changes on the decision-making structures of the companies covered by the statute.<sup>50)</sup> The Supervisory Board of stock corporations (*Aktiengesellschaften*) is considerably enlarged to accommodate the employee and stockholder re-

46. § 33 et seq. of the 1976 Codetermination Law.

47. ECJ judgments of March 9, 1999, Case N<sup>o</sup>. C-221/97, *Centros Ltd. v. Erhvervs- og Selskabstyrelsen*, [1999] E.C.R. I-1459; May 11, 2002, Case N<sup>o</sup>. C-208/00, *Überseering B.V. v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, [2002] E.C.R. I-9919 et seq.; September 30, 2003, Case N<sup>o</sup>. C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken v. Inspire Art Ltd.*; and December 13, 2005, Case N<sup>o</sup>. C-411/03, *SEVIC Systems AG*, [2005] ECR I-10805 et seq.

48. Cf. *Roth*, *From Centros to Überseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law*, *Int'l. Comp. L. Q.* 52 (2003), 177 (at p. 199 et seq.), and *infra*, sub V.2.

49. For an assessment of the policy challenges in face of internationalisation: *Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung – Bericht der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission mit Stellungnahmen der Vertreter der Unternehmen und der Vertreter der Arbeitnehmer* (December 2006), download at [www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2006/12Anlagen-12-20mitbestimmungskommission.property=publicationFile.pdf](http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2006/12Anlagen-12-20mitbestimmungskommission.property=publicationFile.pdf).

50. For a survey see: *Adams*, *supra*, N. 12, at p. 700 et seq.; *Robilotti*, *Codetermination, Stakeholder Rights, and Hostile Takeovers: A Reevaluation of the Evidence from Abroad*, *Harv. Int'l. L. J.* 38 (1997), 536 (546 et seq.).

representatives. The minimum size of a Supervisory Board is now 12, up from three under the old Stock Corporation Act.<sup>51)</sup> Similarly, partnerships limited by shares (*Kommanditgesellschaften auf Aktien*) are mandated to establish a Supervisory Board although the pre-codetermination Stock Corporation Act left it to the discretion of the shareholders whether to opt for such a board. Under German private company law limited liability companies (*GmbH's*) are not normally required to have a Supervisory Board. Moreover, the shareholders of a limited liability company are entitled to give direct instructions to the management.<sup>52)</sup> Under the 1976 codetermination law it is very interesting to see how Supervisory Boards of limited liability companies will operate under a regime that was originally designed for corporations listed at the stock exchange. And it is not only a matter of conjecture how limited liability companies will be able to operate in an atmosphere of principles of corporate governance where there is almost no effective control of the capital market.

Under the 1976 codetermination the employee bench is less homogeneous than one might expect.<sup>53)</sup> There have to be at least two union representatives on the Supervisory Board; the relationship between employee representatives and union representatives is roughly 2:1.<sup>54)</sup> The non-trade union representatives have to be employees of the company. In larger companies the employee representatives and the trade union representatives are selected by employee delegates, which, in turn, are elected by the employees. In smaller companies there is direct suffrage. The 1976 statute makes a rather subtle distinction between blue and white collar employees. With respect to their voting rights they are treated equal. But with respect to representation there is discrimination as white collar employees are entitled to have their own representative on the Supervisory Board.<sup>55)</sup>

Generally, the employee members of the Supervisory Board have to perform the duties outside regular working hours.<sup>56)</sup> But the rules are not very clear in this respect. Discrimination is illegal.<sup>57)</sup> If the shareholders' general meeting or the meetings of the Supervisory Board take place during normal working hours the employee is entitled to a leave of absence.<sup>58)</sup> This does not necessarily imply that he or she is entitled to a regular salary. It might be thought that the emoluments received as member of the Supervisory Board should compensate for the loss of regular pay. The general view is, however, that the right to receive regular pay under an employment contract is not affected by the membership in the supervisory or other entitlements under stock corporation law.<sup>59)</sup> Nonetheless, the protection afforded under the codetermination law is somewhat less rigorous than under its counterpart, the statute

---

51. See §§ 95, 96 of the Stock Corporation Act and §§ 6, 7 of the 1976 Codetermination Law.

52. Cf. *Bardorf*, *Der Gesellschaftereinfluß auf die GmbH-Geschäftsführung nach dem Mitbestimmungsgesetz* (1981), p. 65 et seq.

53. *Ulmer*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, supra N. 45, Einl. para. 13 et seq.

54. See § 7 of the 1976 Codetermination Law.

55. § 15 II of the 1976 Codetermination Law.

56. *Gach*, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, supra N. 11, § 26 MitbestG para. 6 et seq.

57. § 26 of the 1976 Codetermination Law.

58. *Gach*, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, supra N. 11, § 26 MitbestG para. 6 et seq.

59. See the analysis in: *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, supra, N. 45, § 25 para. 83 et seq.; *Gach*, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, supra N. 11, § 26 MitbestG para. 7.

on works councils. Membership in the works councils is an absolute defence against dismissal. The federal legislator has decided that membership in the Supervisory Board is not.<sup>60)</sup>

*d. Governance Problems under the 1976 Codetermination Statute<sup>61)</sup>*

aa. Committees of the Supervisory Board

To facilitate decision-making processes sec. 107 of the Stock Corporation Act provides for the establishment of committees to the Supervisory Board. Increasingly, Supervisory Boards delegate decision-making and monitoring processes to committees. Corporate Germany has seen the advent of committees examining loans, hiring new personnel, scrutinising the financial statements and audit committees. In this context, it should be noted the audit committee established by the Supervisory Board is not identical with one mandated by the corporate governance provisions of the US Sarbanes-Oxley Act.<sup>62)</sup> The US audit committee is entitled to avail itself of the know-how and services of the corporation's employees in order to oversee and control the activities of the Board of Directors. A committee established under the German Stock Corporation Act may not disturb the two-tier system of corporate governance. The Board of Directors may consent, though, to delegating some of its organisational powers to the audit committee. Audit committees have come to improve corporate monitoring mechanisms and intra-company controlling and coordinate with the auditor to be appointed by the entire Supervisory Board. Frequently, audit committees are entitled to refer a matter to the control committee of the Supervisory Board if the members feel that the risk management of the Board of Directors deserves further scrutiny. Ideally, neither a retired member of the Board of Directors nor the Chairman of the Supervisory Board should chair the meetings of the audit committee.

The language of the 1976 law is not very clear on how far the concept of parity should be carried. Consequently, the shareholder representatives on the Supervisory Board have attempted to reduce labour participation in decision-making processes on the committee level. Those who feel that codetermination is vital to German corporate life have warned against side-stepping the major requirements of the 1976 statute. Others have refused to read absolute parity into the statute, maintaining that shareholder may enjoy a majority on committees as long as there is no arbitrary discrimination against labour representatives on the committees.<sup>63)</sup> The German Supreme Court rejects the notion of absolute parity and imposes a duty

60. *Henssler*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, supra N. 45, § 26 para. 11 et seq.

61. For an assessment of the intra-enterprise effects of labour representation on supervisory boards: *Hopt*, *New Ways in Corporate Governance: European Experiments with Labor Representation on Corporate Boards*, Mich. L. Rev. 82 (1984), 1338 (at p. 1353 et seq.).

62. See speeches by U.S. SEC Chairman *Donaldson*, *US Capital Markets in the Post-Sarbanes-Oxley World: Why Our Markets Should Matter to Foreign Issuers*, London, January 25, 2005 (<http://www.sec.gov/new/speech/spch012505whd.htm>), and by U.S. SEC Commissioner *Campos*, *Embracing International Business in the Post-Enron Era*, Brussels, June 11, 2003 (<http://www.sec.gov/new/speech/spch0601103rec.htm>).

63. For surveys of the debate: *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, supra, N. 45, § 25 para. 126 et seq.; *Semler*, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, supra N. 11, § 107 AktG para. 242 et seq.

to have a labour representative at least on the hiring committee.<sup>64</sup> Currently, it is a matter of conjecture whether a genuine shareholder committee could be envisaged. Arguably, the loan committee might be qualified to operate as a “non-labour institution” as long as there are meaningful consulting mechanisms with an audit committee which is staffed with shareholder and employee representatives.

#### bb. Issues of Confidentiality and Conflicts of Interest

Sec. 3. 5. of the German Code on Good Corporate Governance emphasises the crucial need for confidentiality among the Members of the Management and the Supervisory Boards<sup>65</sup>). In this context, labour and trade union representatives may pose a threat to confidentiality, as this might open the floodgates for undue external influences<sup>66</sup>). One of the more spectacular examples of a potential conflict of interest between the duties as a member of the Supervisory Board and those of a leader of the trade union movement occurred in 2003. The German national airline was faced with a strike and it so happened that the head of the relevant union was a member of the airline’s Supervisory Board, calling at the same time for industrial action against the company he owed a duty of loyalty and care<sup>67</sup>). It is perhaps naïve to expect a trade union leader to call off a strike against the corporation when he is a member of the Supervisory Board of the latter. But this should not foreclose an analysis under which circumstances a trade union member is in breach of the duties, owed in his capacity as a member of the Supervisory Board<sup>68</sup>). In the aftermath of the strike at the German national airline, the research foundation of the German trade unions commissioned a study analysing the validity of objections raised partisanship in supervisory boards, established under the 1976 codetermination law<sup>69</sup>). With some justification, the study notes that conflicts of interests cannot be avoided under the current model of codetermination. Eventually, bank representatives might equally face a conflict as they decide on a credit. In order to deflect future criticism the German Trade Union Movement has argued for a meaningful inter-

64. German Supreme Court (Bundesgerichtshof), judgement of May 17, 1993, BGHZ 122, 342 (at p. 362).
65. Section 3.5. of the German Corporate Governance Code (See supra N. 13):  
“Good corporate governance requires an open discussion between the Management Board and the Supervisory Board as well as among the members within the Management Board and the Supervisory Board. The comprehensive observance of confidentiality is of paramount importance for this.”
66. For a balanced analysis: Mitbestimmungskommission, supra, N. 23, pp. 144, 146. Cf. the complaint by the Confederation of German Industry, in: Mitbestimmung Modernisieren, supra N. 35.
67. See the shareholder motion for the Lufthansa General Shareholders’ Meeting 2006 and Response by the Lufthansa Administrative Office, Lufthansa Investor Relations, download at: [http://www.lufthansa-financials.de/servlet/PB/menu/1017416\\_11\\_pprintview/index.html](http://www.lufthansa-financials.de/servlet/PB/menu/1017416_11_pprintview/index.html).
68. Trade union executives may have to excuse themselves from serving on Supervisory Boards when experiencing a conflict of interests. See: Möllers, Treuepflichten und Interessenkonflikte bei Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder (eds.), Handbuch Corporate Governance (2003), 405 (at p. 421 et seq.) and Laue-Streblow, Die Rechtsstellung der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat mitbestimmter Aktiengesellschaften, Diss. iur. Cologne (1983), p. 134 et seq. Laue-Streblow, *ibid.*, p. 194 et seq., even argues for direct trade union liability if trade union representatives on supervisory boards commit act detrimental to the interest of the company.
69. Hanau/Wackerbarth, Unternehmensmitbestimmung und Koalitionsfreiheit – Interessenkonflikte von Gewerkschaftsvertretern im Aufsichtsrat (2004).

vention of the courts to defuse special conflicts of interest, expressing support for a Corporate Governance Code denouncing strategies which exploit a conflict of interest<sup>70)</sup>.

## 2. Policy Assessment<sup>71)</sup>

When the 1976 Codetermination Statute was signed into law corporate Western Germany was the prototype of a country that Professor *Mark Roe* would readily describe as a “social democratic” economy<sup>72)</sup>. Corporate Western Germany was marked by block holdings<sup>73)</sup>. Banks played an important role in corporate finance. Compared to United States standards, shareholders had very little rights and investor protection was certainly not at its peak. Moreover, employees enjoyed, and still do so, an impressive array of protection against unfair dismissal at their disposal. To carry this analysis to the extreme, corporate profits were distributed between the banks in their capacity as block-holders and the employees whereas the minority shareholders could do very little against this coalition. Rational behaviour dictated that managers would either side with the banks or with the employee bench if they wanted to stay in office. On the international level, the destructive gales of globalisation had not started blowing and regulatory competition in company law had yet not been heard of.

During the first years under the 1976 statute trade unions tended to emphasise the information-forcing function of codetermination. Monitoring through labour representatives on the Supervisory Board was thought to be containing contractual opportunism by shareholders and managers<sup>74)</sup>. German corporations preferred to be competing for quality markets instead of fighting price wars. There is, however, no reliable empirical evidence that this market approach was solely conditioned on the effects of codetermination. The market studies undertaken between the late 1980’s and the late 1990’s do not establish a clear case of detrimental or particularly beneficial effects of German codetermination laws<sup>75)</sup>. There are data that demonstrate a negative correlation between the share prices and the extent to which codetermination procedures have slowed decision-making processes<sup>76)</sup>. Codetermination

70. Hans-Böckler-Stiftung, Magazin Mitbestimmung 05/2004.

71. For an efficiency analysis of mandatory codetermination, assessing transaction costs, adverse selection of employees, post-contractual asymmetries, specific human capital and distributive effects: *Sadowski/Junke/Lindenthal*, Comp. Lab. L. & Pol’y J. 22 (2000), 33 (at p. 61 et seq.), see also: *Kraft*, Die Effizienzwirkungen der gesetzlichen Mitbestimmung, Wirtschaftsdienst 2006, 708 et seq.

72. *Roe*, Political Determinants of Corporate Governance – Political Context, Corporate Impact (2003), at p. 112, on concentrated ownership as facilitating social democracies.

73. For a concise account on corporate Germany before globalisation: *Roe*, Strong Managers, Weak Owners (1994), p. 171 et seq.

74. For a trade union assessment evaluating codetermination experiences under the 1976 law: Deutscher Gewerkschaftsbund, Bundesvorstand, Stellungnahme des DGB Bundesvorstandes, Abt. Mitbestimmung und Rechtspolitik zu dem Bericht der „Kommission Mitbestimmung“ von BDA und BDI, November 12, 2004, download at [http://www.boeckler.de/pdf/dgb\\_stellungnahme\\_umitbest\\_2004\\_11.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/dgb_stellungnahme_umitbest_2004_11.pdf).

75. *Hexel/Thannisch*, Bilanz und Weiterentwicklung der Mitbestimmung in ökonomischer Betrachtung, Wirtschaftsdienst 2006, 695 (at p. 698); see also *Njoya*, Employee Ownership and Efficiency: An Evolutionary Perspective, Indus. L. J. 33 (2004), 211 (at p. 236 et seq.).

has tended to shield companies from competition<sup>77</sup>). But a study by *Benelli/Loderer/Lys* denies any significant impact capital impact of codetermination<sup>78</sup>). Incidentally, the studies do not indicate that there is a divergence between the findings for codetermination mechanisms observed by the statutory rules on works councils and those mandated by the 1976 law. There is evidence, however, that codetermination procedures have weakened the institutional impact of the Supervisory Board<sup>79</sup>). Some companies have transferred sanctioning procedures from the Supervisory Board to the Shareholders' Meeting<sup>80</sup>). Other companies have modified their information procedures for the members of the Supervisory Board. In order to complicate the dissemination of sensitive business information relevant document are handed out during a meeting of the Supervisory Board and collected after the vote<sup>81</sup>).

Corporate governance, as analysed by *Berle and Means*<sup>82</sup>), is a device to contain the problems arising from the separation of ownership and control. Control mechanisms as established under stock corporation laws and, more recently, under codes of corporate have been designed to reduce agency costs and to monitor agents who may behave opportunistically. Profit-related and share option are thought to align managers' interest with those of the corporation and its shareholders. Analysing Germany's codetermination laws under an agency cost perspective makes corporate governance even more expensive, as management control is subject to rather burdensome control procedures, given the sheer size of the average Supervisory Board. Although codetermination has been defended on grounds of enhanced management scrutiny by the employee representatives, this is not a very realistic assessment of the situation. In view of the voting rules employee representatives depend on the shareholders to exert any meaningful control and complicated procedures do not necessarily assure a cost-cutting effort. Corporate reality in both, shareholder and stakeholder economi-

76. *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 22 (2000), 33 (at p. 52 et seq.), undertake an extensive analysis of the empirical studies on the effects of employee codetermination on the company level; cf. *Frick*, *Reform der deutschen Unternehmensmitbestimmung: Unverzichtbar oder überflüssig?* *Wirtschaftsdienst* 2006, 705 (at p. 707 et seq.), and *Stettes*, *Die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat – Ergebnisse einer Unternehmensbefragung*, *IW-Trends – Vierteljahreszeitschrift aus dem Institut der deutschen Wirtschaft* 34 (2007), Issue 1.
77. *Hassel/Höpner/Kurdelbusch/Rehder/Zugehör*, *Two Dimensions of the Internationalization of Firms*, *J. Managt. Stud.* 40 (2003), 701 (at p. 703), note that codetermination increased the role of insiders on supervisory boards, enabling the management to insulate itself from capital market influence.
78. See: *Benelli/Loderer/Lys*, *Labor Participation in Corporate Policy-making Decisions: Germany's Experience with Codetermination*, *J. Bus.* 60 (1987), 553 (at p. 555 et seq.).
79. *Roe*, *Political Determinants*, supra, N. 72, at p. 72; *Robilotti*, *Harv. Int'l. J.* 38 (1997), 536 (at p. 562 et seq.). *Klös/Stettes*, *Unternehmensmitbestimmung auf dem Prüfstand*, *Wirtschaftsdienst* 2006, 691 (at p. 694), *Stettes*, supra, N. 76, notes that codetermination significantly slows down decision-making processes on the supervisory board.
80. Shareholders retain the power to mitigate the effects of codetermination: *Gorton/Schmid*, *Class Struggle inside the Firm: A Study of German Codetermination*, *The Federal Reserve Bank of St. Louis Working Papers*, Working Paper 2000-025 (<http://research.stlouisfed.org/wp/2000-025.pdf>).
81. *Pistor*, supra, N. 3, and *Adams*, supra, N. 12, p. 700 et seq., assessing the 'dark side' of codetermination, cf. *Roe*, *German Codetermination and German Securities Markets*, *Colum. Bus. L. Rev.* 1998, 167 (at p. 171).
82. *Berle/Means*, *The Modern Corporation and Private Property* (1932, 1991 re-print).

es, suggests that corporate governance is a multi-player game that transcends beyond the intellectual purity of a principal-agent relationship. There is a severe risk that the management will play with the diverging interests of the various principals, thereby extracting rents in support of its position. There are incentives for brokering coalitions between the labour side and the management to the detriment of the shareholders. Under these circumstances codetermination does not necessarily improve monitoring<sup>83</sup>).

Approaching corporate governance from a nexus of contracts perspective does not offer much support for codetermination rules either. Construing the corporation as a nexus of contracts<sup>84</sup>) requires an almost unrestricted freedom of contract in the field corporation law. Legislative encroachments on this freedom can only be justified if the market mechanism would bring about the same results. The German legal system is not too generous with respect to freedom of contract in corporate law matters<sup>85</sup>). Critics of the 1976 codetermination law invariably argue that the strict regime mandated by statute would not have been negotiated on the marketplace, and therefore codetermination would have to go<sup>86</sup>). From a perspective somewhat more charitable towards codetermination it could be maintained that the 1976 statute is a clear evidence of market failure and that therefore the legislator had to step in. Unfortunately, this argument is less persuasive than it looks. If there has been market failure during the first round, this does not explain why corporations, shareholders and unions alike should not be entitled to negotiate a solution more in tune with the demands of the marketplace. This objection has gained considerable momentum in the age of globalisation and the jurisprudence of the European Court of Justice on company mobility cases. It is not only against European Community Law background that the question is asked whether the German economy would not be better served by giving greater leeway for negotiated solutions in the face of transaction costs<sup>87</sup>).

In departing from received concepts of the nexus of contracts theory, control and residual rights might be placed with those who bear the greatest risk and have the greatest ability to reduce the costs associated with the envisaged economic activity. Stock corporation law has traditionally placed control rights with the shareholders in order to mitigate the cost of supplying the corporation with risk capital. Consequently, the 1976 codetermination statute and its predecessors are based on the assumption that human capital deserves protection against the decisions made by the owners of legal capital<sup>88</sup>). In view of changing investment and employment patterns it is doubtful whether the broad-brush of the German codetermination law still reflects economic developments. *Rajan/Zingales* show that the relative value of human and financial capital may vary according to the specific conditions of entre-

83. *Roe*, Colum. Bus. L. Rev. 1998, 167 (at p. 174 et seq.).

84. For a concise description of this approach: *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law* (1991, paperback edition 1996), p. 8 et seq.

85. Cf. *Schmidt, K.*, supra, N. 7 pp. 109 et seq., 707 et seq.

86. *Jensen/Meckling*, *Rights and Production Functions: An Application to Labor-Managed Firms and Codetermination*, J. Bus. 52 (1979), 469 (at pp. 473 et seq., 503 et seq.); cf. *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 22 (2000), 33 (at p. 42).

87. See infra, sub V.2, 3.

88. Cf. *Gorton/Schmid*, supra, N. 80, and *Mitbestimmungskommission*, supra, N. 23, at p. 119 et seq.





### 3. The 1976 Codetermination Law before the German Federal Constitutional Court

Industry and shareholders did not welcome the 1976 Codetermination Law. They unsuccessfully lodged a complaint with the German Federal Constitutional Court arguing that the new statute violated the constitutional protections of property, the freedom of entrepreneurial activities and the right to found a profit-making association. In taking their cases to the constitutional judges the plaintiffs criticised the “parity” effects of the statute which allegedly introduced cascading effects within conglomerates and aggravated the detrimental effects of codetermination through works councils and Supervisory Boards. The court rejected this argument by pointing out to the statutory possibility that the shareholder bench may always impose its will during a vote of the Supervisory Board.

The Constitutional Court<sup>93)</sup> dealt in some length with the alleged cumulative effects of works councils and “codetermined” Supervisory Boards. The court does not reject the possibility of overlapping activities among the statutory bodies of codetermination. But the Court points out to the diverging dispute settlement mechanisms under the codetermination and the works councils statutes. In a way, codetermination by works councils can be more problematic than labour participation in the decision-making process on Supervisory Boards. In case of disagreement with the local management the Works Council can take the matter to a labour court which may employ specific dispute settlement mechanisms to force a binding decision on both parties. Recent experiences with plant closures suggest that is wiser for the owner of a local to “buy” consent of the Works Council instead of taking the dispute to a labour court.

The judgement of the Constitutional Court takes some care in evaluating the “cooperative thrust” of the 1976 codetermination law: In questioning the right of the shareholder representatives to impose their will on the Supervisory Board the plaintiffs had attacked the factual obligation to seek a consensus between the employee and trade union bench with the shareholder representatives. The Constitutional Court does not classify the decision-making procedures on the Supervisory Board as a cooperative game. Although it is the avowed aim of the 1976 codetermination statute to establish cooperation the dispute settlement mechanisms are not cooperative. Moreover, as the Court acknowledges, if there is consensus on the Supervisory Board the labour is to rely more on the cooperative spirit of the shareholder representatives than vice versa. At first impression the Court’s reasoning might be thought to be overly optimistic.

A closer look suggests that the Court has been making a cost argument that is open for re-inspection. For the Constitutional Court the key issue is whether the new codetermination statute is likely to affect the ‘operability’ of a corporation. The Court does not rubber-stamp the new law. Instead, it acknowledges that the legislator took pains to evaluate the impact of codetermination in the light of the experiences of the coal and steel industries. Of course, as the Court’s reasoning emphasises, the codetermination statute places a constraint on the

---

93. German Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht), Judgement of March 1, 1979, BVerfGE 50, 290 et seq.

property of the shareholders. To that extent, the codetermination statute legitimately clarifies the scope of a fundamental right. Closer scrutiny reveals that this is an argument instructed by a transaction cost perspective and capital market considerations. Obviously, the Court does not insinuate codetermination can be had at zero cost. Nonetheless, the somewhat low-key cost analysis implies that a cost balancing inspection had taken place. In deference to the legislator the bounded rationality of the law-making process is acknowledged<sup>94</sup>.

There is, however, no *prima facie* finding of breaking the Constitution if the long-term impact on cost is unclear. It is at this stage where the lawyer's perspective differs from an economist's perception of potential transaction costs. An economist might caution against the adoption of the codetermination on the grounds of economic analysis referred to above. A constitutional lawyer might be ready to accept codetermination as the legislator had used all the relevant devices to make an informed judgement. The Court's reasoning contains a very important caveat. If the legislator's analysis turns out to be erroneous there is a constitutional obligation to reassess the viability of the 1976 codetermination statute. It is clear that this is an invitation to take account of the recent effects of globalisation and the changing cost parameters for German industry. But it is unlikely that the 1976 statute will be considered to be unconstitutional simply because it does not allow for a differentiated approach to the issue of employee representation on Supervisory Boards.

## V. Whither Codetermination?

### 1. Codetermination in the Age of Globalisation

German business newspapers are full of reports of chairmen of large corporations explaining the need to focus on realising shareholder value<sup>95</sup>. Corporate Germany finally appears to have taken notice of the laws of the capital markets. But the debate about shareholder value reflects also an underlying controversy about the changing roles of the stakeholders<sup>96</sup>. To that extent, both banks and trade unions have been stakeholders who are now faced with increasing internationalisation threatening traditional balances of power<sup>97</sup>. Conversely, the current debate on the future of corporation law and codetermination is dominated by a surprising parallelism of path dependency and innovative proposals to meet the

---

94. For a detailed law and economics analysis of the judgement: *Backhaus*, *Mitbestimmung im Unternehmen – Eine ökonomische Analyse des Verfassungsgerichtsurteils vom 1. März 1979 als Beitrag zur Theorie der wirtschaftlichen Rechtspolitik* (1987).

95. For an assessment of empirical data on shareholder value orientation in corporate Germany *Achleithner/Bassen*, *Entwicklungsstand des Shareholder-Value-Ansatzes in Deutschland – Empirische Befunde*, in: *Sieglwart/Mahari/Ruffner*, *Corporate Governance, Shareholder Value & Finance* (2002), 611 (at p. 629 et seq.).

96. *Robilotti*, *Harv. Int'l. L. J.* 38 (1997), 536 (at p. 559 et seq.).

97. See the assessment by *Höpner*, *Corporate Governance in Transition – Ten Empirical Findings on Shareholder Value and Industrial Relations in Germany*, *Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung*, Discussion Paper 01/5 (October 2001), p. 33, that codetermination practices are becoming more micro-oriented, thereby giving rise to potential conflicts with the trade union representatives which traditionally regard themselves as the „macro forces of the labour movement“.

challenges of globalisation<sup>98</sup>). In a way, current codetermination laws are highly nationalist as they give a right of say only to German workers in a German holding company. In a remarkable departure from this legal bias, Daimler-Chrysler negotiated a deal with the trade unions that gave one seat of the labour bench on the German Supervisory Board to a representative of a US union to be duly elected by German employees<sup>99</sup>). But the 1976 codetermination law remains problematic against the background of the international division of labour. Technically, the German Supervisory Board will have to decide about the fate of foreign subsidiary losing money. This may include a decision to 'relocate' jobs from a foreign plant to a German plant<sup>100</sup>). Arguably, labour and trade union representatives on the Supervisory Board are faced with the rather delicate position of weighing foreign jobs against (their own) domestic ones.

There is some evidence that German codetermination is losing its impact. Intuitively, managers would side with the employees as soon as a takeover becomes imminent. But apparently, globalisation has weakened the pivotal role of codetermination in fending off takeovers<sup>101</sup>). German corporations are bought by foreign investors, thereby assuming the status of a subsidiary of a foreign holding company. Technically, codetermination rules are to be observed by the German subsidiary if the statutory requirements are met. But the crucial strategic issues are decided abroad. In fairness to the German Trade Union Movement, it has to be acknowledged that the internationalisation of companies has never been met with outright hostility. The unions supported the introduction of International Accounting Standards which they regarded as an opportunity to acquire more information on a corporation<sup>102</sup>). Specialisation programmes were supported if that implied greater job security for the profitable branches of a corporation<sup>103</sup>).

There are, of course, limits to union complacency with the internationalisation of corporate Germany. In the age of shareholder value the labour representatives on the Supervisory Board are likely to oppose optimisation programmes and the implementation of profitability margins unless a guarantee for employment is offered<sup>104</sup>). But apart from delaying tactics employees can do very little under the codetermination procedures of the 1976 statute. The Supervisory Board tends to focus on macroeconomic issues whereas optimisation

98. Cf. Chapter III of the Report by the Kommission Mitbestimmung of the Bertelsmann Stiftung/Hans-Böckler-Stiftung: Die Entwicklung der Mitbestimmung als Institution, in: Streeck/Kluge (eds.), supra, N. 4, at p. 250 et seq., and *Vitols*, Strategien für Gewerkschaften in einem europäischen System der Corporate Governance (2005), download at [http://www.boeckler.de/pdf/impuls\\_2005\\_15\\_vitols.pdf](http://www.boeckler.de/pdf/impuls_2005_15_vitols.pdf).

99. *Dinh*, Codetermination and Corporate Governance in a Multinational Business Enterprise, J. Corp.L. 24 (1999), 975 (at p. 995 et seq.).

100. See the relocation plans by the German carmaker Volkswagen, moving automobile production from Belgium to Germany: Handelsblatt, November 21, 2006, „VW-Werk Brüssel verliert den Golf“, download at <http://www.handelsblatt.com>.

101. Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Arbeitsbeziehungen in Deutschland – Wandel durch Internationalisierung (2003 et seq.), p. 30 et seq.

102. *Matthias Müller/Hans-Böckler-Stiftung*, International Accounting Standards (2003), p. 6; Stellungnahme des DGB zum „Aktionsplan der EU-Kommission über die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance, August 28, 2003.

103. *Zugehör*, Mitbestimmt ins Kapitalmarktzeitalter? Mitbestimmung 5/2001, p. 38 et seq.

and profitability schemes have to be introduced at the micro-level of the individual factory or plant. In fact, works councils play a much more decisive role in implementing mechanisms for cost control. Very often, they are faced with the decision either to accept profitability margins or to suffer the closure of a plant which is to be reopened in Eastern Europe or in Asia. From the point of view of regulatory policy this begs several questions as to what extent mandatory rules on contracting between the employees and the owners of financial capital should be reassessed. For trade unions and the German Confederation of Industry, this is a delicate issue as it challenges the future of national collective bargaining agreements, presumably giving greater autonomy to local works councils. Granting a greater amount of freedom of contract to works councils will have its impact on the regulatory regime of the 1976 codetermination statute as well. It is a perfectly legitimate question to enquire whether negotiated solutions are feasible against the background of statutory default rules<sup>105</sup>.

## 2. The Influence of European Law

Unfortunately, the current debate on codetermination does not send out very clear signals as to which course future regulatory policy should follow. This is partly due to the co-existence of path dependency and the need for new codetermination models in international companies and other companies where human capital plays a more powerful role than traditional suppliers of financial capital<sup>106</sup>. Those arguing for a departure from the one-size-fits-all concept of codetermination suffer greatly from the absence of reliable empirical data about the capital market effects of the 1976 codetermination statute and its alleged deterrence of innovation. In this context, the jurisprudence of the European Court of Justice serves a double function. It is intended to give further momentum to the modernisation of corporate Germany; but it also helps to overplay the absence of empirical data by making a lawyers' argument. In handing down its judgments in the *Centros*, *Überseering* and *Inspire-Art* cases<sup>107</sup> the European Court of Justice has greatly contributed to bringing company mobility to Europe. Nonetheless, the European judges have added a caveat to the scope of this new freedom. An overriding national regulatory interest may justify restrictive measures, if certain standards of proportionality are observed. Siding with the Confederation of German Industry would support the view that the 1976 codetermination statute is an unacceptable constraint on your freedom of entrepreneurial activities and of investing wherever preferable<sup>108</sup>. Predictably, the German Federation of Trade Unions will argue that, in view of Ger-

---

104. See the policy statement by the Federation of German Trade Unions: Deutscher Gewerkschaftsbund, Initiative des DGB für ein Innovations- und Arbeitsprogramm der Bundesregierung – Zukunft der Arbeit – Unternehmen Zukunft – Für eine innovations- und beschäftigungsorientierte Forschungs- und Technologiepolitik, Informationen zur Wirtschafts- und Sozialpolitik, No. 06/99 (August 30, 1999).

105. *Windbichler*, Cheers and Boos for Employee Involvement: Co-Determination as Corporate Governance Conundrum, *Eur. Bus. Org. L. Rev. (EBOR)* 6 (2005), 507 (at p.533 et seq.), makes a plea for negotiated codetermination mechanisms after assessing the impact of the ECJ's jurisprudence.

106. Cf. *Sadowski/Junkes/Lindenthal*, *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 22 (2000), 33 (at p. 66).

107. See *supra*, N. 47.

108. Cf. *Dammann*, Note – The Future of Codetermination After *Centros*: Will German Corporate Law Move Closer to the U.S. Model?, *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 8 (2003), 607 et seq.

man history, codetermination is a valid aim of public policy<sup>109</sup>). In fairness to the representatives from the Labour and Employer camp, there is language in the judgements of the European Court of Justice which can be construed either way. But, in fairness to the European Court of Justice, the labour-employer interpretations are unpersuasive. In its decisions on company mobility the European Court is careful to avoid direct conflict with national company laws or public policy choices by the Member States. Instead, European Court has cautiously scrutinised national policies by enforcing the concept of proportionality. It would seem that codetermination schemes that do not allow for negotiated exit options might be in breach of European Community Law<sup>110</sup>). Against this background, the time has come to reassess the transactions costs of current codetermination rules for the benefit of studying the scope for more freedom of contract.

There are incidents where European Community Law imposes a duty to sound out the chances for a negotiated codetermination scheme against the background of mandatory default rules<sup>111</sup>). International groups of companies and increasing trans-border merger activities within have provoked a regulatory debate the demand for a pan-European statutory framework. The European Union Regulation on the Statute for the European Company (*societas europaea*) introduces the possibility of founding a new European company without the dissolution of the contributing companies (i. e. by merger, by founding a joint subsidiary or a joint holding company)<sup>112</sup>). This raises the question on how to reconcile conflicting forms of employee participation that may exist in the countries of origin of the founding companies. The European Union has issued a regulation on employee participation in a newly founded European Company which provides for elaborate negotiating mechanisms to bring forth a mutually agreeable form of employee involvement in the new company<sup>113</sup>). The EU regulation provides for statutory default rules if the parties cannot on agree on an agreement and leaves it to the Member States to develop these. There is a European Union catalogue of minimum requirements for employee participation which transfers the most favourable legislative regime of codetermination from the contributing companies to the new European Company. This operates as to elevate German codetermination standards to the new European Company. It is not very likely that German companies are the most sought after favourites to participate in the establishment of new European corporate body by way of new holding company or a joint subsidiary. The European Union Directive on cross-border mergers

109. See supra, N. 74. Cf. *Roth*, Int'l. & Comp. L. Q. 52 (2003); 177 (at p. 199 et seq.).

110. See the plea by *Windbichler*, supra, N. 105, for negotiated codetermination mechanisms.

111. Art. 16 of the Directive 2005/56/EC of the European Parliament and of the Council of October 26, 2005 on cross-border mergers of limited liability companies, O.J. L 310/1 of November 25, 2005, encourages negotiations on employee representation, but provides also for default rules if one of the merging companies has been subject to German codetermination rules.

112. Council Regulation (EC) No. 2157/2001 on the Statute for a European Company (SE), O. J. L294/1 of November 10, 2001. *Tavares Da Costa/de Meester Bilreiro*, *The European Company Statute* (2003), 37 et seq. See the country reports on Member States implementing the Council Regulation in: *Oplustil/Teichmann* (eds.), *The European Company – all over Europe* (2004).

113. Council Directive 2001/86/EC of October 2001 supplementing the Statute for a European company with regard to the involvement of employees, O.J. L 294/22 of November 11, 2001.

of corporations and limited liability companies of October 2005 envisages a negotiated approach towards employee participation, but contains a less strict default rule than the law on the European Company. The Directive on European Works Councils for companies with Community-wide activities provides for a negotiation mechanism for establishing employee representation bodies<sup>114</sup>). The purpose of the Directive is to improve the right to information and consultation of employees<sup>115</sup>). These are statutory default rules which fall behind the scope of employee right afforded under German law. But they provide nonetheless for a percentage-wise representation of employees from the Member States where the multinational company is active, thereby transcending the historic focus of labour on nation-state legislation.

### 3. Outlook

The commissioned by the Confederation of German Industry a broad option model is suggested to replace the existing rules of mandatory codetermination by a mixture of option models and default rules which are less comprehensive than the existing rules<sup>116</sup>). This model introduces a considerable amount of free choice by providing for exit-options from the existing statutory regime. It is very unlikely that the German Trade Unions will welcome this model with enthusiasm. But it is very interesting to see that the unions and the employers' associations are less apart than one might think. The Trade Union recently issued a study on the future of codetermination in an environment that is conditioned upon the legal framework of the European Works Council<sup>117</sup>). The trade union paper proposes agreements on the shop-floor level to implement a regime of employee participation. This approach could be carried further by envisaging collective bargaining agreements for the whole corporation with Community-wide activities. To be sure, the paper of the Confederation of German Trade Unions attempts to use these collective bargaining agreements as an instrument to strengthen to role of foreign employees on the current German Supervisory Board. But it does not require much imagination to devise negotiated forms of employee representation which modernise codetermination in the age of globalisation.

---

114. Council Directive 94/45/EC of September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure on Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees, O.J. L 254/64 of September 30, 1994 and Council Directive 97/74/EC of December 1997, O.J. L 10/22 of January 16, 1998, extending the regime on European Works Council to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

115. See also the ECJ judgements of March 29, 2001, Case No. C-62/99, *Betriebsrat der bofrost\* Josef Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG v. bofrost \* Josef Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG*, of January 13, 2004, Case No. C-440/00, *Gesamtbetriebsrat der Kühne & Nagel AG & Co. KG v. Kühne & Nagel AG & Co. KG*, and of July 15, 2004, Case No. C-349/01, *Betriebsrat der ADS Anker GmbH v. ADS Anker GmbH*.

116. *Supra*, N. 35.

117. *Mitbestimmung für die Zukunft*, *supra*, N. 92, and *Vitols*, *supra*, N. 98.

---

**Др Раинер Кулмс**  
**Priv. - Doz., Dr., LL. M. (Univ. Michigan)**  
**Институт Макс Планк, Хамбург**

## **ПАРТИЦИПАЦИЈА ЗАПОСЛЕНИХ У НАДЗОРНОМ ОДБОРУ**

### **Резиме**

Саодлучивање је у Немачкој контролирано ишњавање и може се поделити на два сегмента: радничку партиципацију у надзорном одбору и радничко саодлучивање посредством савеза запослених. За разлику од радничке партиципације, која је у надзорном одбору одређених друштва обавезна, не постоји аутоматско радничко саодлучивање, осим уколико запослени то желе. Највећи број друштва има савети запослених, који користе своја законска права да учествује у доношењу управљачких одлука у друштву.

Саодлучивање и корпоративно управљање имају заједничку сврху: да контролишу економску снагу великих друштва. Корпоративно управљање већинску контролу ставља у руке ималаца капитала, док саодлучивање један део те моћи преноси на раднике. Менаџери су агенти ималаца капитал-учесника, док се радници припремају као носиоци ризика пословања друштва на малом контролираном на управљање. Овај чланак се примарно фокусира на немачки Закон о саодлучивању из 1976. године, према се не може занемарити ни улога савета запослених на корпоративно управљање. Партиципација радника у надзорном одбору функционише иза веома активних савета запослених. Бројни су примери покушаја савеза запослених да координира активности са председницима запослених у надзорном одбору.

У раду је прво указано на улогу надзорног одбора у немачком праву акционарских друштва, затим је описана улога савета запослених, да би се на крају анализа фокусира на законске форме радничке партиципације у надзорном одбору.

**Кључне речи:** партиципација запослених, надзорни одбор, саодлучивање, савети запослених, корпоративно управљање, глобализација, европско право.



*Др Мирко Васиљевић  
професор и декан Правног факултета  
Универзитета у Београду*

UDC 340.13:347.7(497.11)"18"

## **Француски трговачки законик (1807) као модел – узор српског трговачког законика (1860)**

### **Резиме**

У овом чланку аутор изражи одговор на питање мере утицаја Француског трговачког законика (1807) на Српски трговачки законик (1860). Аутор констатује да је реч о директном утицају, те да Српски трговачки законик представља у основи скраћени превод овог законика (његове прве књиге). Овим законом, као и својим Грађанским законом из 1844. године, Србија је међу првим земљама у Европи, иако оскудне правничке традиције (универзитетско правничко образовање у Србији почиње 1841. године), показала своју зрелост и одређеност за изградњу државе са владавином права. У контексту ове теме, аутор разматра и питање значаја покрета кодификације уопште, као и питање концепта трговачког права (субјективни и објективни) и концепта трговачке регулативе (јединство или одвојеност од регулативе грађанског права).

**Кључне речи:** трговачки законик, кодификација, трговачки права, трговачка регулатива, грађански законик, грађански права, грађанска регулатива.

## О значају покрета кодификације

Данас, као и почетком деветнаестог века, у струковној правничкој јавности постоји велика подељеност између присталица „покрета кодификације“, који изнедрјује акте кодификације – законике, и противника овог покрета – антикодификатора. Оставимо ли по страни аргументе који су у некој секундарној равни и задржимо ли се, за потребе ове расправе, само на „носећим“ аргументима, онда се свакако може рећи у прилог кодификације прављење правних споменика трајније вредности, који обележавају једно дуже време, дижући ниво правне свести и културе, а тиме и ниво правне сигурности и вршећи снажан утицај на правне културе ближег или даљег окружења, док би се против кодификације, посебно у трговачкоправној материји, могла истаћи динамика пословног живота, која не трпи законске фиксације чврстих законских правила, која се као таква теже мењају и тиме могу да буду кочница пословних потреба и уместо да служе логици развоја управо су супротна логици живота и његова кочница.

На овом размеђу свакако се нашао и француски законодавац почетком деветнаестог века. Имајући у виду друштвене околности које су тада владале у револуционарној Француској и ниво друштвеног развоја (почеци: озбиљнијег развоја капитализма, приватне иницијативе, слободе уговарања и слободе предузетништва, утемељења светости приватне својине, трговине као универзалног а не сталешког права), ово размеђе је било још израженије и изоштреније. Са ове дистанце посматрано видљиво је колика је била мудрост француског законодавца, потпомогнутог одлучном политичком вољом самог Наполеона, да се у условима таквог размеђа ипак одлучи за покрет кодификације и да већ на самим почецима деветнаестог века трајно утемељи *пееи великих „Наполеонових законика“*: Le Code civil (1804),<sup>1)</sup> Le Code de procédure civile (1806), Le Code de commerce (1807), Le Code pénal (1810) и Le Code d’instruction criminelle (1811). Колико би само правна култура на светским просторима, као универзална вредност, била осиромашена да мудрост ове природе није однела превагу?!

На сличним размеђима, као и Француска, се нашао, истина нешто касније у истом веку, и једна мала земља на „брдовитом Балкану“ - Србија, која тек што је са два народна устанка (1804. и 1815.) против скоро петовековне владавине отоманске империје отпочела борбу за ослобођење, у условима још владајућег феудалног уређења,<sup>2)</sup> са неписменим владаром (Милош Обреновић), креће истим путем. Тако је Србија, иако још увек потпуно неослобођена, била четврта земља у Европи (после Француске, Аустрије и Холандије) која је донела свој Грађански за-

1. Види: J. Bouineau – J. Roux, 200 ans de Code civil, Paris, 2004; Правни факултет у Нишу: Зборник радова Двестотине година од доношења Француског грађанског законика – Утицај Француског грађанског законика на српско право, Ниш, 2006.

2. Види: С. Стојичић – Н. Ранђеловић, „Code civil у Србији после четрдесет година – Француски и Српски Грађански законик, друштвене прилике у време доношења“, нав. Зборник радова под 1., стр. 141-153.

коник (1844), под великим утицајем аустријског Грађанског законика (1811) и у одређеној мери и Code civil-а (1804),<sup>3)</sup> а такође и међу првим земљама у Европи (годину пре доношења немачког Трговачког законика – 1861, који је замењен Законом из 1897, који је ступио на снагу 1900) донела је и Трговачки законик (1860), под директним утицајем француског Code de commerce-а (1807).

### Субјективна или објективна концепција трговачког посла

Француски Code de commerce долази временски управо кад се феудално друштвено уређење у Француској руши и кад се успоставља капиталистички друштвени поредак. Ову смену на правном плану логично прати и смена одређења појма трговачког посла. Док је у феудализму својство трговца било „кастинско-сталешко“ право, а самим тим и трговачки посао, којим су се могли бавити само трговци, дотле капиталистичка „слобода трговине“ води ишчезавању „касте“ трговаца, а трговачко право престаје да буде сталешко право „трговаца“ и постаје опште право, чиме губи субјективни карактер. Дакле, субјективна концепција трговачког посла, којим се баве „трговци“ (лица која су то по занимању), те нико други не може обављати трговачке послове ако не обавља трговачку професију, променом друштвеног уређења логично уступа место објективној концепцији трговачког посла, коју прихвата Code de commerce. Једнакост грађана пред законом, слобода предузетништва и удруживања, те светост приватне својине, води, дакле, могућности бављења трговачким пословима свих лица, те је трговачки посао онај посао који обавља било које лице (трговац или нетрговац) ако испуњава објективне законске захтеве форме и предмета, а ако ове захтеве не испуњава, без обзира да ли тај посао обавља лице које има својство трговца, неће се сматрати трговачким. Дакле, одређење појма „трговачког посла“ у објективној концепцији је примарно, а одређење појма „трговца“ је секундарно – изведено (трговац је лице које врши трговачке послове у виду редовног занимања – професије, делатности), док је то у субјективној концепцији трговачког посла обрнуто. Ипак, субјективна концепција трговачког посла за коју је изгледало да ју је осудила логика историје као еманацију феудалне кастинске организације друштва, оживела је поново („трговачки послови су сви послови које закључи трговац у обављању своје трговачке делатности“) у немачком Трговачком закону из 1897 године, иако је ранији законик из 1861. године био прихватио објективну концепцију. Српски Трговачки законик (1860), по угледу на свој узор, прихватио је у истом смислу објективну концепцију трговачког посла.

Објективни и субјективни систем одређења појма трговачког посла, и поред дијаметралне разлике у полазишту, ипак у својим практичним консеквенцама воде у основи истом резултату. Јер, прво, објективна концепција француског Трго-

---

3. Б. Благојевић, „L'influence du Code civil sur l'élaboration du Code civil serbe“, Revue internationale de droit comparé, 1954, стр. 733-743.

вачког законика („апсолутни трговачки послови“) применом *теорије акцесорних трговачких послова* („релативни трговачки послови“)<sup>4)</sup> умногоме се приближава субјективној концепцији. И, друго, послови које обавља лице коме је признато својство трговца најчешће спадају у основне трговачке послове, и обрнуто, основне трговачке послове, по правилу, обављају трговци.<sup>5)</sup>

### Двојност или јединственост грађанске и трговачке регулативе

Дефиниција трговачког посла, субјективна или објективна (или мешовита: субјективно-објективна, какву прихватају неки модерни закони), сама по себи указује на значај ових специјализованих послова у односу на грађанскоправне послове. Ово независно од тога да ли се трговачки послови регулишу у посебном закону одвојеном од грађанског законика (Француска, Немачка, Шпанија, Португал, Холандија, већина земаља Латинске Америке и Африке) или пак у јединственом закону (Швајцарска, Италија, Енглеска). Двојност регулативе трговачких и грађанских послова, чији је родоначелник Француска (Code civil, Code de commerce), што је својевремено прихватила и Србија (Грађански законик 1844 и Трговачки законик 1860), није успела и све мање успева да на материјалном плану заснује потпуно одвојена правила за лица која се професионално баве трговачким пословима (правна или физичка) у односу на лица која се таквим пословима или не баве или се баве спорадично (грађани – физичка лица).

Двојност регулативе грађанских и трговачких послова, сама по себи, изотригла је потребу за специфичним статусним формама организовања лица која се баве трговачким пословима (трговци и трговачка друштва), као и за специјализованим судовима (државним или изборним: арбитраже и слично). И овде, међутим, нема паралелизма између двојне регулативе трговачких и грађанских послова и специјализованих трговачких судова, како би то по логици ствари изгледало. Тако има примера двојне регулативе и специјализованих трговачких судова у односу на судове опште (грађанске) належности, што би наизглед требало да буде правило (Француска, Србија), као и примера двојне регулативе и јединствених судова и за трговачке и грађанске послове (Холандија, Шпанија). С друге стране, и јединственост трговачке и грађанске регулативе не води нужно јединственим судовима, већ понекад и понегде и специјализованим судовима за трговачке послове (Енглеска,<sup>6)</sup> Србија – након напуштања концепта двојне регулативе и усвајања концепта јединствене регулативе трговачких и грађанских послова од доношења Закона о облигационим односима 1978. године).<sup>7)</sup>

4. Види: J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, Droit commercial, Paris, 1980, стр. 289-300; I. Guyon, Droit des affaires, Paris, 2003, стр. 80-88.

5. Више: М. Васиљевић, Трговинско право, Београд, 2006, стр. 22-23.

6. J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, нав. дело, стр. 17.

7. Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78 и 31/93.

Двојност регулативе грађанских и трговачких послова, као усмерење ранијих законика на челу са Code de commerce, или јединственост регулативе, као преовлађујуће усмерење новијих законика, иако са различитим полазиштима, у основи јединствено указују на потребу „комерцијализације грађанских послова“ које обављају физичка лица или правна лица као „нетрговци“. За ово говоре разлози динамизације савременог живота и савременог правног саобраћаја (производња за тржиште, комерцијалност свакодневног живота уместо патријархалности и слично), што омогућује и захтева продирање трговачког права (посебна правила за трговце и трговачка друштва) у грађанско право (примена посебних правила за трговце и трговачка друштва и на нетрговце). Кретање регулативе, било система двојности или јединствености, у овом правцу је већ видљиво: омогућавање организовања нетрговачких субјеката у форми трговачких субјеката и примена истоветних правила трговачког права и на њих и када не обављају трговачку делатност; развој концепта мешовитих трговачких послова или једностранних трговачких послова и примена трговачких правила у тим случајевима и на нетрговце (банкарски и берзански послови, послови превоза путника и пртљага, послови са хартијама од вредности и друго). Овим „трговачко право“ добија све универзалнији карактер и постаје „пословно право“ („право послова“ - droit des affaires), које се примењује на сва лица која у тим пословима учествују, без обзира да ли имају „својство индивидуалног трговца“ или „трговачког друштва“.

### Садржинско и вредносно одређење Code de commerce-а

Code de commerce је обухватио материју трговачког права у обиму око једне четвртине Code civil-а – свега 648 чланова. У својој првобитној редакцији овај законик је обухватао четири књиге, са следећом садржином: Књига I (О трговини уопште: трговци и професионалне обавезе, трговачка друштва, берзе, агенти за промет хартија од вредности, залога, трговачки регистри, застарелост, посредници, комисионари и превозници, куповина и продаја, трасирана и сопствена меница); Књига II (поморска трговина); Књига III (стечај и банкротство); Књига IV (трговачка јурисдикција). Садржински, Трговачки законик Србије (1860) у основи копира Code de commerce (представља мање-више скраћени превод његове прве Књиге са укупно 170 параграфа)<sup>8</sup>, и поред његових озбиљних недостатака, показујући тиме приврженост, истина не бројне српске правничке јавности (Правни факултет Универзитета у Београду, као најстарија институција ове врсте основан је 1841. године) и у то време француској правничкој јавности и струци, што је остало и данас, не без разлога, случај.

За разлику од Code civil-а, који је извршио велики утицај на кодификације многих других земаља и који је у правничкој јавности оцењен као акт савршеног

8. Види: Трговачки законик за књажевство Србију, Београд, 1860; С. Вељковић, Објашњење Трговачког законика за књажевство Србију, Београд, 1866, стр. 1.

стила и правничке прецизности, Code de commerce, већ у тренутку свог доношења оцењиван је као застарео и оправдано му је даван епитет „Законика малих трговаца“ (Code de boutiquiers ili Code des petites affaires).<sup>9)</sup> У стручном и вредносном погледу оцењиван је „скромним делом“;<sup>10)</sup> некомплетним, превазиђеним и испод нивоа чињеница, те је стога „доживео судбину неприлагођеног одела, које дете подноси и које се поцепа, кад дете одрасте“.<sup>11)</sup> Каснији развој законодавства после доношења Code de commerce показао је овакве оцене правне теорије основаним, будући да је доживео судбину својеврсне „декодификације“. Многи важни закони нису инкорпорисани у тесно ткиво овог законика, већ су донети као посебни закони (Закон о трговачким друштвима, Закон о трасираној и сопственој меници, Закон о чеку, Закон о стечају, итд.), који су уједно ставили ван снаге одговарајуће његове делове, тако да се оцењује да је данас на снази око 150 његових чланова. С друге стране, неки касније донети закони инкорпорисани су у текст овог законика. Компликованост трговачке регулативе, настале на овај начин, те тешкоће сналажења струковне јавности у таквим околностима, натерали су француског законодавца да изврши редакцију свих трговачких прописа и да практично Ордонансом бр. 2000-912 из 18. септембра 2000. године, промовише „нови Code de commerce“, који за сада обухвата више од 1800 чланова и састављен је од девет књига.<sup>12)</sup> На овај начин француски законодавац се вратио путу кодификације, од ког је једно време делимично био одустао, бар у области трговачког права. Истовремено, француски законодавац је овим показао да иде путем утемељења двојног режима регулативе трговачких и грађанских послова, као и двојне судске надлежности, иако чини се модерна регулатива има супротан владајући тренд.

Одричући се маниром „лаке памети“ својих споменика правне културе, са којима је почела корачати раме уз раме са водећим нацијама и државама Европе већ у XIX веку, српског Грађанског (1844) и српског Трговачког законика (1860), оба рађена под директним или индиректним утицајем француског Code civil-a и Code de commerce, ношена буром историјске матице, Србија је сама себе ставила у позадину правне цивилизације, одустајући у међувремену и од система двојности регулативе трговачких и грађанских послова доношењем у уједињеној држави Закона о облигационим односима (1978), рађеног на основама Скице за Законик о облигацијама и уговорима чувеног професора М. Константиновића (Правни факултет у Београду),<sup>13)</sup> иначе француског ђака. Ако се Србија коначно призове памети и престане сама себе да потцењује, ова два престижна правна документа, морала би

9. J. Leveillé, „Notre Code de commerce et les affaires“, Extrait de la Revue critique de législation et de jurisprudence, Paris, 1869, стр. 3.

10. J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, *нав. дело*, стр. 41.

11. J. Leveillé, *нав. дело*, р. 2-3.

12. Види: B. Dominique, „Le nouveau code de commerce? Une mistification“, Le Dalloz, n. 4/01, стр. 361-369; A. Casanova, Carola – D. Olivier, „La codification par ordonnances: à propos du Code de commerce“, JCP G Semaine Juridique (édition générale), n. 10/01/2001, стр. 61-64.

13. М. Константиновић, Облигације и уговори – Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969.

бити основа за будући Грађански законик Србије (недавном одлуком Владе Републике Србије радну групу, чији је члан и потписник овог рада, руководи водећи професор права Правног факултета у Београду - С. Перовић, такође француски ђак), који би морао пронаћи „систем“ за правни континуитет са Грађанским законом из 1844. године, руководећи се и овога пута истим узорима, директним или индиректним. Очекивано задржавање система јединствене регулативе трговачких и грађанских послова, не би требало да учини непотребним доношење и посебног Трговачког законика, са успоставом правног континуитета са првим Трговачким законом из 1860. године, уз ослонац на истоветним узорима, у међувремену модернизованим у складу с потребама времена, са делимично суженим предметом (трговац и трговачка друштва, трговачки регистри, удружења трговаца и друштва, заштита конкуренције, серијске хартије од вредности и њихово тржиште, ликвидација и стечај).

### Закључни осврт

Code de commerce, и поред критичког става правне теорије, за двеста година своје историје, изгубио је доста од своје садржине, преживео ударе законодавца ранга „покрета декодификације“ и ипак ренесансно опстао. Француски законодавац је имао, као што се то од великих нација и држава и очекује, довољно мудрости да се врати престижном правном споменику и да му удахне нову младост враћајући се „покрету кодификације“. Степен утемељења овог законика у правној свести правника Француске, као и правника широм света, који своје образовање и даље заснивају на романској правној традицији и култури, иако не тако снажан као што је то случај са Code civil, ипак је толико јак и трајан, да би не само француска правна култура, већ и правна култура земаља романске правне традиције (где свакако спада и жели да опстане и Србија, која је имала част да оба своја законика првенца у својој правној историји, Грађански и Трговачки, директно или индиректно, заснује на француском Code civil-у и Code de commerce), била изузетно осиромашена, када се ова два законика не би „рекодификовала“ и модернизовала. Иако је степен виталности и „пропустљивости“ за модернизације Code de commerce нижи од Code civil-а, ипак сама чињеница да обележава двеста година постојања и реформисања, сведочи о његовој вредности, визији и мисији, као и утемељењу у струковној и пословној свести. Малим земљама и нацијама, попут Србије, остаје да се на овом примеру надахњују и да негују истом пажњом своје правне споменике, посебно законике првенце, који уз све недостатке говоре о правној традицији и култури, историјској свести и утемељењу сопствених вредности.

---

**Dr Mirko Vasiljević,  
Professeur et Doyen de la Faculté de Droit  
de l'Université de Belgrade**

**LE CODE DE COMMERCE FRANÇAIS (1807) EN TANT QUE  
MODÈLE-EXEMPLE DU CODE DE COMMERCE SERBE (1860)**

**R é s u m é**

*Dans cet article, l'auteur essaye de répondre à la question suivante: dans quelle mesure le Code de commerce français (1807) a-t-il influencé le Code de commerce serbe (1860). L'auteur constate qu'il s'agit d'une influence directe, et par conséquent le Code de commerce serbe ne représente à la base qu'une traduction abrégée du Code de commerce français (de son premier livre). Avec son Code de commerce de 1860, ainsi qu'avec son Code civil de 1844, bien qu'ayant une tradition juridique pauvre (l'éducation universitaire juridique commence en Serbie en 1841), la Serbie a manifesté sa maturité et son orientation vers l'édification d'un État de droit. Dans le contexte de ce sujet, l'auteur traitera également de la question de l'importance du mouvement de codification en général, ainsi que de la question du concept d'acte de commerce (subjectif et objectif) et du concept de réglementation commerciale (l'unité ou la séparation par rapport à la réglementation concernant l'acte civil).*

**Les mots clés:** *le code de commerce, la codification, l'acte de commerce, la réglementation commerciale, le code civil, l'acte civil et la réglementation civile.*



*Проф. др Зоран Арсић  
(LL. M. Columbia University)  
Правни факултет, Нови Сад*

UDC 347.72.034

## **Максимирање броја остваривих гласова појединог акционара**

### **Резиме**

*Одредбе о максимирању броја остваривих гласова појединог акционара су познате у уредном праву и њима се оштрава ступање контроле над друштвом. Овде се не ради, дакле, о законском ограничењу права гласа, него се остварује могућност друштву да, статутарном одредбом, с обзиром на свој карактер, унесе персоналне елементе у право гласа. Мада је правнополитички посматрано максимирање броја гласова нејасно, указује се да се тиме ширити мањина акционара од мајоризације ималаца великих „пакећа акција”. Основни приговор који се износи у погледу оваквог решења заснива се на постојању пржишћа за преузимање друштва, при чему се максимирање броја гласова види као смећња. Доводи се у питање и подобност оваквог решења у погледу стабилизовања управе, као и прејреке у погледу нејријателског преузимања.*

**Кључне речи:** акционар, право гласа.

Законом о предузећима је била предвиђена могућност да се статутом изврши максимирање броја гласова појединог акционара. Статутом је било могуће предвидети највећи број гласова сваког акционара, без обзира на номиналну вредност

акција коју поседују (*opting in*). Овакве и сличне одредбе су познате у упоредном праву и њима се отежава стицање контроле над друштвом. Овде се не ради, дакле, о законском ограничењу права гласа, него се оставља могућност друштву да, статутарном одредбом, с обзиром на свој карактер, унесе персоналне елементе у право гласа. Мада је правнополитички посматрано максимирање броја гласова нејасно,<sup>1)</sup> указује се да се тиме штити мањина акционара од мајоризације ималаца великих „пакета акција”.<sup>2)</sup> Основни приговор који се износи у погледу оваквог решења заснива се на постојању тржишта за преузимање друштава, при чему се максимирање броја гласова види као сметња. Доводи се у питање и подобност оваквог решења у погледу стабилизовања управе, као и препреке у погледу непријатељског преузимања. С тим у вези указује се да одлука која је организационоправне природе не може бити критикована аргументом тржишта капитала.<sup>3)</sup> У погледу напомена да ли је максимирање гласова увек сврсисходно, указује се одговор и треба да буде остављен ономе ко доноси аутономну регулативу. Овде се ради о појму који је чест у пракси, којим се жели указати на повезаност гласова по основу више акција и утицај на управљање који се тиме постиже. Треба, међутим, имати у виду да правно посматрано нема власништва на пакету акција – његова комерцијална вредност не произлази само из имовинскоправног учешћа, него и из могућности владања друштвом.<sup>4)</sup> У вези са упоредно правним решењима треба имати у виду да постоје национална права којима се максимирање гласова прихвата само у погледу друштава која нису на берзи.

Када се ради о домаћем праву, односно о Закону о привредним друштвима, ситуација је мање јасна од оне која је постојала према Закону о предузећима. Недостаје, наиме, изричита норма о којој је било речи. Насупрот томе, предвиђено је да свака обична акција даје право гласа, тако да једна акција увек даје право на један глас (чл. 208 ст. 1 тч. 3). С друге стране, акционар има право гласа „у складу са статутом” (чл. 275 ст. 2). Сматрамо да оваква формулација омогућава примену института максимирања броја гласова и у домаћем праву. У прилог оваквом ставу треба указати и на чл. 39 Закона о преузимању акционарских друштава. Посебно треба имати у виду да се, на доктринарном плану, максимирање не односи на стицање права гласа, него на његово вршење - у питању је максимирање броја (од акционара) остваривих гласова.<sup>5)</sup> У таквим ситуацијама, не долази до губитка права гласа на одређеним акцијама. Вршење право гласа је суспендовано у погледу акција које, по номиналној вредности, превазилазе акција које би, применом општег принципа, дале право на утврђени максимум гласова. Преносом тих акција нови стицалац може да врши право гласа у складу са општим правилом из ст. 1 чл. 221. Радо се, дакле, о немогућности вршења права гласа, а не његовог стицања, због

1. Hüffer U., Aktiengesetz, München, 1999, стр. 652.

2. Према Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 304.

3. Hüffer U., Aktien und Konzern Recht, Karlsruhe, 1973, стр. 652.

4. Wurdinger H., *op.cit.*, стр. 65.

5. *Ibidem*.

чега се не нарушава принцип да једна обична акција даје право на један глас. Овакве ситуације су познате према Закону о привредним друштвима (на пр. немогућност вршења права гласа због постојања сукоба интереса из чл. 300), као и према Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (повреда обавезе обавештавања о поседовању акција са правом гласа из чл. 68).

Максимирање броја гласова се може остварити различитим приступима. Тако на пр. могуће је предвидети да ниједан акционар са правом гласа не може вршити право гласа преко номиналног износа својих акција од 1 милион, или преко неког износа основног капитала – на пр. 10%. Могуће је и утврдити гласове и вршење права гласа преко на пр. 50 гласова је тада забрањено. У екстремној варијанти максимирања броја гласова – сваки акционар може дати један глас независно од броја акција са правом гласа – максимирање броја гласова се своди на гласање „по главама”. Ово није неспорно, али је владајуће мишљење у доктрини.<sup>6)</sup> Исти се резултат (гласање „по главама”) постиже и када све акције имају исти број гласова, а максимални број гласова се утврди у висини броја гласова који припада једној акцији.<sup>7)</sup> Статутом није могуће извршити максимирање броја гласова на тај начин што ће више акција давати право на један глас – на пр. да десет акција даје право на један глас. Ово зато што свака акција даје право гласа (осим акција без права гласа), на шта смо већ указали (чл. 221 ст. 1) и на тај начин би се задрало у права повезана са акцијом, а не у гласачку моћ појединог акционара. Максимирање се, као што смо раније показали, односи не на стицање права гласа, него на могућност остваривања тог права.

Максимирањем броја гласова се не ствара нова класа акција.<sup>8)</sup> На тај начин се не ограничавају са акцијом повезана права, него се ограничава субјективна гласачка моћ појединог акционара,<sup>9)</sup> а максимирање броја гласова погађа све акционаре са правом гласа у складу са начелом једнаког третмана.

Максимирање се односи на све акције са правом гласа. Према владајућем мишљењу допуштено је максимирати вршење права гласа акционара само једне класе акција, што за домаће право није спорно, с обзиром да само акције једне класе (обичне акције) дају право гласа. У националним правима која допуштају издавање приоритетних акција са правом гласа максимирање се односи и на њих. У сваком случају није допуштено максимирање остваривања права гласа установити у погледу појединачног акционара.

Максимирање броја гласова може бити утврђено статутом, као што смо већ указали. Ипак, треба имати у виду да то може бити урађено и оснивачким актом, што је као могућност предвиђено у чл. 39 Закона о преузимању акционарских друштава. Изузетно, максимирање броја гласова не може бити утврђено статутом или оснивачким актом, у случају да је објављена намера за преузимање – измена

6. Gessler Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 304.

7. Hüffer U., *op.cit.*, стр. 652.

8. Gessler Hefermehl, Eckardt, Kropf, BandII, стр. 306.

9. Godin – Wilhelmi, *op.cit.*, стр.729; Слично Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, стр. 306.

статута или оснивачког акта се не може извршити у том смислу од тренутка објављивања намере о преузимању до окончања поступка преузимања (чл. 39 Закона о преузимању акционарских друштава). Евентуално донета одлука о измени ових аката била би рушљива.

Када се ради о оснивачком акту, то не мора бити први оснивачки акт. Могуће је такву одредбу унети и накнадно, а у сваком случају када још ниједан акционар није овлашћен за гласање преко максимално утврђене квоте. Ситуација је сложенија када је један или више акционара овлашћено за гласање преко одговарајуће квоте. Питање је, наиме, да ли је тада за пуноважност одлуке о измени оснивачког акта потребна и сагласност одлуком погођених акционара. Одговор на то питање је негативан – довољна је одлука о измени оснивачког акта.<sup>10)</sup>

На исти начин се врши и уклањање одредбе о максимирању броја гласова из оснивачког акта. Довољна је одлука скупштине о измени оснивачког акта, при чему максимирање броја гласова још делује. Изузетно, ако је објављена намера о преузимању, измена оснивачког акта се може извршити простом већином – чл. 39 Закона о преузимању акционарских друштава је посебан пропис у односу на правила о измени оснивачког акта из Закона о привредним друштвима. Ово под условом да се формулација „стави ван снаге” сматра изменом акта, а не привременом суспензијом једне његове одредбе.

Ако је максимирање броја гласова утврђено статутом орган који је донео статут доноси одлуку којом се ставља ван снаге одговарајуће норма. Питање је, међутим, ко доноси ту одлуку ако је објављена намера о преузимању. У чл. 39 Закона о преузимању акционарских друштава предвиђена је надлежност скупштине и у погледу статута. Ово није спорно ако статут доноси скупштина, али отвара дилему ако статут доноси управни одбор. Сматрамо да се ради о посебној норми којом би се дерогирало споменуто правило, с обзиром да се од управног одбора не може очекивати да донесе одлуку којом би довео у опасност свој положај у случају преузимања.

Сматрамо да би се статутом могло предвидети да се акцијама акционара у питању додају и акције које неко држи за рачун тог акционара. Исто тако, ако је акционар привредно друштво, сматрамо да се статутом може предвидети да се акцијама акционара у питању додају и акције које припадају зависном друштву, или трећем лицу које држи за рачун зависног друштва. На овај начин би се спречило заобилажење максимирања гласова. Могућа је ситуација где акционар има десет акција са правом гласа, при чему може дати само пет гласова, због чега он задржава пет акција, других пет преноси на зависно друштво и, на тај начин, контролише свих десет гласова. Сматрамо, такође, да би том циљу послужила и одредба статута према којој би се и уговорно везивање права гласа узимало у обзир приликом максимирања броја гласова, мада оно само по себи није забрањено и не представља заобилажење максимирања броја гласова.

10. Godin – *Wilhelmi, op.cit.*, стр.731; Hüffer U., *op.cit.*, стр.653; Gessler, *Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II*, стр. 307.

Максимирање броја гласова је без значаја за утврђивање висине капитала – не примењује се приликом утврђивања постојања мањинских права. Насупрот томе, када је у питању постојање већине која се утврђује с обзиром на број гласова, максимирање броја гласова се примењује - ово је важно у погледу кворума и већина за доношење одлука, када се не урачунавају гласови који се не могу дати због максимирања броја гласова.

Проблем настаје у случају гласања које је извршено тако да је повређено максимирање броја гласова. Тако донета одлука је рушљива. Питање је, међутим, дали би поступак поништаја био успешан. За поништавање одлуке је потребно утврдити и узрочну везу између повреде правила о максимирању гласова и донета одлуке – ако би одлука била донета и без датих гласова противно правилу о максимирању, одлуку не би требало поништавати.

**Prof. Zoran Arsić, Ph.D.**  
**(LL. M. Columbia University)**  
**Faculty of Law, Novi Sad**

## **MAXIMIZING NUMBER OF VOTES SHAREHOLDER MAY EXERCISE**

### **Summary**

*Statutes may restrict voting rights by fixing a maximum number of votes a shareholder may cast, or by prescribing graded scale by which a shareholder possessing more than a certain number of shares may cast proportionately fewer votes in respect of excess. The company may thus protect itself against control by one major shareholder. Voting rights are not taken away from the shares themselves in these cases. Only the full exercise of voting rights by the shareholder is restricted, and if he transfers part of his holding, the transferee can exercise the normal voting rights attributable to the number of shares he acquires.*

**Key words:** *shareholder, voting right*

*Проф. др Мирослав Миљковић  
Правни факултет, Ниш*

UDC 351.83.072.6

## **Инспекција рада и заштита права запослених**

### **Резиме**

*Закон о раду уводи инспекцију рада као орган надзора над његовом применом, као и применом других прописа о радним односима, оштићих акција и уговора о раду. Надзор инспекција рада врши на два начина: превентивно и репресивно. Инспекција рада врши превентивни надзор путем сарадње, савештовања, давањем инструкција и пружањем стручне помоћи пословању у примени закона. Репресивни надзор инспекција рада врши уколико утврди да је у примени прописа дошло до повреде закона, оштићег акција и уговора о раду. Инспектор рада решењем налаже послодавцу да у одређеном року ошклони ушврђене повреде. Други вид репресивног надзора је у вршењу заштитних права запослених. Он се огледа у праву инспектора рада да поднесе захтев за шкрешање прекршајног посшуйка или у праву инспектора рада да обустави од извршења решење послодавца о ошказу уговора о раду ако је очигледно швређено право запосленош, уз услов да је запослени шокренуо радни шпор шред надлежним судом.*

**Кључне речи:** *инспекција рада, решење, превентивни и репресивни надзор, одлагање извршења решења, заштитна права запослених.*

Закон о раду<sup>1)</sup> својим нормама материјално-правне природе уредио је институције и поступак за њихову примену. Али све то ипак није довољно ако, истовре-

1. „Службени гласник РС”, бр. 24/05.

мено, за ту примену није развијен и одговарајући систем надзора (контроле). Другим речима, Закон о раду може остати без одређеног дејства, уколико (закон) истовремено не обезбеди одговарајући начин за примену свијих норми. Због тога је Закон о раду надзор над применом својих норми обезбедио преко инспекције рада, као органа који треба да се стара о њиховој примени како при остваривању права запослених тако и примени заштитних мера при њиховом раду.

### Предмет и врста инспекцијског надзора

**Предмет.** Инспекција рада врши надзор над применом Закона о раду, других прописа о радним односима, општим аката и уговора о раду, којима се уређују права, обавезе и одговорности запослених – члан 268. Закона о раду (у даљем тексту: Закон).

Надзор (контролу) инспекција рада пре свега врши над применом Закона о раду. Тај надзор обухвата целину његових норми, независно од чињенице која се права или обавезе уређују појединим нормама (нпр. радно време, одмори и одсуства, зарада, удаљење са рада, престанак радног односа, колективни уговори и сл.). Предмет надзора је целина радноправних односа уређених законом.

Поред Закона о раду инспекција рада има право да врши надзор над применом, других прописа о радним односима. Под изразом „други прописи“ треба разумети да то могу бити други закони, поред Закона о раду, као и други под законски акти (уредбе, правилници, одлуке и сл.).<sup>2)</sup>

Надзор се врши и над општим актима, а они су у смислу члана 8. Закона о раду: колективни уговор и правилник о раду. Којим општим актом ће се уредити права, обавезе и одговорности запослених, препуштено је, под одређеним условима, послодавцу али је право инспекције рада да врши надзор над применом тих аката, с обзиром на предмет њиховог уређивања.

Предмет надзора инспекције рада нису само закони и општи акти, већ и уговор о раду као појединачни акт. Уговор о раду је акт којим се заснива радни однос (члан 30. Закона о раду), а којим, поред обавезне садржине утврђене законом, могу „да се уговоре и друга права и обавезе“. По нашем мишљењу, надзор инспекције рада над применом уговора о раду је двојак. Са једне стране, преко овог надзора инспекција рада треба да утврди у којој је мери уговор о раду, као појединачни акт, сагласан са Законом о раду, другим прописима и општим актом, односно нису ли његове одредбе супротне нормама аката са којима иначе морају бити сагласне. Са

2. Поред Закона о раду инспекција рада врши надзор над применом и: Закона о безбедности и здрављу на раду („Сл. гласник РС“ бр. 101/05), Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености („Сл. гласник РС“ бр. 71/03), Закона о здравственој заштити (део који се односи на радне односе здравствених радника („Сл. гласник РС“ бр. 107/05), Правилника о евиденцији у области безбедности и здравља на раду - „Сл. гласник РС“ бр. 42/06, Уредбе о коефицијентима за обрачун и исплату плата запослених у јавним службама („Сл. гласник РС“ бр. 44/01), као и других прописа који се односе на радни однос запослених.

друге стране, преко овог надзора инспекција рада треба да утврди у којој мери послодавац примењује одредбе уговора о раду у смислу његове садржине, односно онога што је у њему уговорено.

Према Уставу Републике Србије (члан 194) потврђени међународни уговори део су правног поретка Републике Србије. Према томе, предмет надзора инспекције рада су и ратификоване међународне конвенције.<sup>3)</sup> Према Конвенцији број 81 њени задаци су: а) да пружа обавештења и техничке савете послодавцима и радницима о најефикаснијем начину за поштовање законских одредаба; б) да осигура примену законских одредаба које се односе на услове рада и заштиту радника у вршењу њиховог занимања; в) да сигнализира надлежној власти слабости и злоупотребе које нису посебно покривене постојећим Законским прописима. Послови инспекције рада према Конвенцији су: 1) послови контроле; 2) послови обавештавања радника и послодавца и 3) послови обавештавања власти.

Инспекција рада врши надзор над применом прописа којима се уређују права, обавезе и одговорности запосленог, што, по нашем мишљењу, треба разумети да су то права, обавезе и одговорности која су у општем акту или уговору о раду већ уређена, прописана. Отуда и закључак да нема инспекцијског надзора о примени норме којом неко право није претходно уређено или које тек треба да се уреди. Инспекција рада врши надзор само оних општих аката или уговора о раду који се примењују, који важе. Оно што је у сфери будућег уређивања не може бити предмет надзора инспекције рада.

**Врсте инспекцијског надзора.** Инспекција рада може на два начина да врши надзор: а) превентивно и б) репресивно.

Први вид деловања огледа се у сарадњи инспекције рада и послодавца, у пружању стручне и друге помоћи послодавцу и запосленима.

Репресивни вид деловања огледа се у предузимању одређених радњи и мера, пошто инспектор рада утврди да је дошло до повреде прописа.

### Превентивно деловање инспекције рада

Строго узев, овај облик деловања инспекције рада нема особине надзора (контроле). Пре се може говорити о сарадњи инспекције рада са послодавцем, о пружању стручне помоћи органима у привредном друштву, у предузимању одређених мера и радњи на спречавању повреда права запослених и обезбеђивању безбедности и здравља на раду.

Стручна помоћ инспекције рада може бити у давању упутства о примени појединих законских одредаба, у организовању стручних саветовања и семинара ради примене и спровођења закона и других прописа, у стручној обуци запослених за вршење одређених послова (послови безбедности и здравља на раду), у давању

3. Код нас су ратификоване: Конвенција број 81 која се односи на инспекцију рада у индустрији и трговини („Службени лист СФРЈ“ бр. 5/56) и Препорука која прати ову конвенцију и Конвенција број 129 о инспекцији рада и пољопривреди („Службени лист СФРЈ“ бр. 22/75).



стручних мишљења и објашњења за примену прописа, у припремању и издавању стручних публикација и приручника, у стручним расправама о остваривању појединих права запослених и сл.

Превентивно деловање инспекције рада има за циљ доследно поштовање прописа и заштиту права и интереса запослених а без принуде и санкција против послодавца. Овим деловањем инспекција рада треба да спречи доношење аката или предузимање мера којима могу да се повреде прописи а тиме права и интереси запослених.

Превентивно деловање је обилазак инспекције рада послодавца и указивање на пропусте и недостатке у примени прописа, у предузимању мера за њихово отклањање. Она је ту да помогне послодавцу да правилном применом прописа не дође до повреде права запослених.

Превентивно деловање инспекције рада није правилно, али је пожељно у односима са послодавцем (има), јер спречава повреде прописа а тиме и права запослених, што има одређени значај за односе између рада и капитала. Њиме може, у извесној мери, да се сузбије стално присутни сукоб интереса између запослених и послодавца.

## Репресивно деловање инспекције рада

Репресивно деловање инспекције рада јавља се као вршење надзора над применом прописа и као заштита права запослених. У првом случају рада се о надзору над применом Закона о раду, других прописа о радним односима и општим актима, а у другом случају о заштити појединачних права запослених која су повређена од стране послодавца.

### 1. Надзор над применом прописа

1) **Предмет надзора.** Надзор над применом прописа Закон о раду (члан 269) уређује као овлашћење инспектора рада да (својим) решењем наложи послодавцу да у одређеном року отклони утврђене повреде закона, општег акта и уговора о раду. Мора се приметити да овде законодавац, намерно или нехотице, не говори о утврђивању недостатака „других прописа о радним односима“, као што то чини у члану 268. закона. Међутим, независно од тога инспекција рада има право да врши надзор и над другим прописима о радним односима, јер би било нелогично да се неко право запослених, на пример уређује уредбом, и да само зато инспектор рада не врши надзор.<sup>4)</sup> Евентуално овакво понашање инспекције рада не би имало упориште у члану 268. Закона.

У вршењу надзора инспектор рада мора својим решењем да утврди да постоје повреде закона или општег акта или уговора о раду. Могуће је у појединим случа-

4. Уредбом Владе Републике Србије, на пример утврђују се коефицијенти за обрачун и исплату плата запослених у јавним службама („Службени гласник РС“ бр. 106/2006).

јевима да истовремено постоји повреда сва три акта. За наш рад није битно да ли је у питању кумулативна или појединачна повреда, већ да та повреда постоји.

Закон о раду није довољно јасан у одређивању када је послодавац дужан да отклони утврђене повреде, с обзиром да није одређено ни којим се актом повреда чини. А она може бити учињена како општим актом (правилник о раду или колективним уговором) или појединачним актом. Општим актом повреда је могућа ако се њиме неко питање уреди супротно закону, али је повреда закона могућа и појединачним актом. Са друге стране, повреда општег акта могућа је само појединачним актом: уговором о раду или решењем. Што се тиче уговора о раду он може бити повређен само појединачним актом. У сваком случају инспектор рада мора да утврди који је акт повређен и којим је актом повреда учињена.

2) **Границе вршења надзора.** Повреда закона, општег акта и уговора о раду мора бити тачно одређена, пошто инспектор рада у свом акту не може да претпоставља повреду, он мора тачно да је наведе, односно у чему се она огледа. У одређивању повреде нема тешкоће ако је у питању повреда закона и општег акта појединачним актом. Проблем је ако је до повреде дошло општим актом, односно ако инспектор рада утврди да је њиме, на пример, повређен закон. У овом случају инспектор рада налази се у позицији да оцењује, на одређени начин, законитост општег акта послодавца, а то већ прелази, по нашем мишљењу, границе његових овлашћења.

Питање је може ли инспектор рада својим решењем да наложи послодавцу да, на пример, измени одређене одредбе колективног уговора, јер су, наводни, супротне појединим нормама Закона о раду. Насупрот овоме послодавац може да сматра да су одредбе колективног уговора сагласне закону, односно да инспектор рада није у праву. Ако инспектор рада остане при свом ставу он, на одређени начин, врши оцену законитости општег акта, што је надлежност уставног суда. У нашем ставу ништа не мења ни чињеница да се против решења инспектора рада, а тиме и оцена законитости општег акта од стране инспекције рада, може изјавити жалба надлежном министру, јер уколико он и потврди решење остаје оцена инспектора рада као органа управе.

Отуда је по нашем мишљењу врло деликатно питање повреда закона од стране послодавца ако је та повреда учињена општим актом. Мање су тешкоће када се утврђује да је повреда закона или општег акта учињена појединачним актом, јер ту не постоји опасност да се уђе у оцену законитости.

3) **Поступак надзора.** Инспектор рада када утврди да постоји повреда закона, општег акта и уговора о раду овлашћен је да донесе решење којим ће наложити послодавцу да отклони утврђене недостатке, одређујући му истовремено и рок у коме је он дужан да то учини. Дужину рока инспектор рада, одређује у зависности од врсте утврђене повреде, односно од објективно потребног времена да послодавац отклони повреду.

Послодавац је дужан да отклони учињену повреду у року који му одреди инспектор. Закон о раду га истовремено обавезује и да обавести инспекцију рада о

извршењу решења инспектора рада. Рок за обавештење инспекције рада о извршењу решења почиње да тече од истека рока одређеног за отклањање утврђених повреда. Тако, ако је рок за отклањање повреде одређен за 30 дана, онда после његовог истека почиње да тече рок од 15 дана за обавештење инспекције рада о извршењу решења.

Из законског одређења излази да је рок од 15 дана преклузивне природе, јер је послодавац „дужан“ да „најкасније у року од 15 дана“ обавести инспекцију рада о извршењу решења. Иако је ово процесни рок, он је ипак законом одређен, па полазећи од тога, послодавац пропуштањем овог рока чини прекршај из члана 274. Закона о раду, што непосредно упућује на закључак да је он строго преклузивне природе.

Инспектор рада увек ће поднети захтев за покретање прекршајног поступка ако нађе да је „послодавац, односно директор или предузетник“ повредом закона или других прописа којима се уређује радни однос извршио прекршај. Пре свега треба рећи да је норма императивне природе: „инспектор рада поднеће захтев“, наравно, уколико утврди да је послодавац повредом закона или других прописа учинио прекршај.

Постоји одређена недоследност у закону око одређивања који се акти могу да повреде. Према члану 269. Закона о раду повреда је „закона, општег акта и уговора о раду“, а према члану 270. истог закона у питању је повреда „закона или прописа којима се уређује радни однос“. Уговор о раду се не помиње, јер се њиме не уређује радни однос, већ се њиме заснива радни однос (члан 30. Закона), док се на супрот њему колективним уговором или правилником о раду уређују права, обавезе и одговорности из радног односа члан 3. закона.

Одредбе члана 270. Закона о раду треба другачије схватити у односу на одредбе из члана 269. закона. Према члану 269. инспектор рада доноси решење којим налаже послодавцу да у одређеном року отклони утврђене повреде закона, општег акта и уговора о раду. Од извештаја послодавца зависи даље понашање инспектора рада. Према члану 270. инспектор рада ако у вршењу надзора нађе да је послодавац повредио Закон или други пропис којим се уређују радни односи, поднеће захтев за покретање прекршајног поступка. У овом случају он не указује послодавцу на учињене повреде закона, већ одмах подноси захтев за покретање прекршајног поступка. Код примене члана 270. има обавезу да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка („поднеће захтев“) и нема дискреционог понашања као код примене члана 269. Закона.

## 2. Заштита права запослених

Други вид репресивне делатности инспекције рада према послодавцу јесте заштита права запослених уколико су она повређена од стране послодавца.

1) **Одлагање извршења решења о отказу уговора о раду.** Ако инспектор рада нађе да је решењем послодавца о отказу уговора о раду очигледно повређено право запосленог, а запослени је повео радни спор, на захтев запосленог одложиће

својим решењем извршење тог решења – до доношења правноснажне одлуке суда (члан 270. Закона о раду).

Примена ове законске норме везана је уз испуњење одређених услова.

Први услов је да је решењем послодавца о отказу уговора о раду очигледно повређено право запосленог. Шта је „очигледна повреда“ закон ближе не одређује, али свакако је у питању груба повреда закона или општег акта на основу кога је одлучивано о праву запосленог. Повреда права запосленог треба одмах да се види, да је очигледна, непосредна и да јасно показује намеру послодавца. Очигледност, по нашем мишљењу, је намера послодавца да повреди право запосленог. Закон нема у виду ненамерне, случајне грешке које су могуће у примени прописа при одлучивању о праву запосленог. Очигледна је повреда права запосленог од стране послодавца кад, на пример, послодавац наведе да је радни однос престао на основу писаног споразума између послодавца и запосленог, а тај споразум запослени није потписао, или ако откаже уговор о раду а да послодавац није писмено упозорио запосленог о постојању разлога за отказ уговора о раду или такво упозорење није доставио синдикату чији је запослени члан.

Законски услов захтева од инспектора рада висок ниво стручности приликом доношења решења о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду. Због тога његово решење мора бити озбиљно аргументовано.

Други услов је да постоји захтев запосленог упућен инспектору рада за одлагање извршења решења о отказу уговора о раду. Доношење решења о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду, инспектор рада не чини на сопствену иницијативу, већ на захтев запосленог коме је донето решење о отказу уговора о раду. Воља запосленог је одлучујућа када се ради о заштити његових права по овом основу. Уколико ње нема инспектор рада може да утврди „очигледну повреду закона“, али не може истовремено и да донесе решење о одлагању извршења, јер недостаје захтев запосленог упућен инспектору рада.

Запослени у свом захтеву за одлагање извршења решења о отказу уговора о раду, треба да наведе разлоге због којих тражи одлагање извршење решења. Истовремено треба да наведе чињенице и околности из којих се може са сигурношћу закључити да је тим решењем очигледно повређено право запосленог.

Трећи услов је да је запослени покренуо радни спор пред надлежним судом. Покретање спора запослени показује копијом тужбе коју је поднео надлежном суду. Све док не покрене спор запослени не може да тражи интервенцију инспекције рада.

2) **Рок за подношења захтева запосленог.** Запослени који је покренуо спор пред надлежним судом свој захтев за одлагање извршења решења о отказу уговора о раду, може да поднесе надлежној инспекцији рада у року од 30 дана од дана покретања спора. Рок од 30 дана је преклузивне природе и његовим пропуштањем запослени губи право на заштиту од стране инспекције рада, независно од чињенице да ли је и колико повређено његово право доношењем решења послодавца о отказу уговора о раду.

Пропуштањем рока од 30 дана одлучивање о спорном питању препуштено је надлежном суду, без икаквог утицаја инспекције рада на судску одлуку.

3) **Последице доношења решења о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду.** Ако инспектор рада донесе решење, на захтев запосленог, о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду, онда решење инспектора рада има одложно дејство. Наиме, решење послодавца о отказу уговора о раду неће се извршити све док одлука суда не постане правоснажна. А правоснажна пресуда<sup>5)</sup> је она која се више не може побијати жалбом уколико је њома одлучено о захтеву тужбе или противтужбе.

Пошто решење инспектора рада има одложно дејство, то значи да запослени мора бити враћен на послове које је до тада обављао. Послодавац само тако извршава решење инспектора рада а запослени наставља да ради као да му и није отказан уговор о раду, јер квалитет отказа тек треба да се потврди правоснажном одлуком суда.

Овакво дејство решења, инспектора рада могуће је само онда уколико он нађе да је решењем послодавца о отказу уговора о раду „очигледно повређено право запосленог“, односно да није спорна та повреда.

Одлагање делује све док се не донесе правоснажна пресуда од стране суда. Уколико се њома потврђује решење инспектора рада у смислу да је решењем послодавца очигледно повређено право запосленог, запослени наставља да ради као и да није било отказа уговора о раду. Уколико правоснажна одлука суда није у корист запосленог, запосленом даном пријема судске одлуке престаје рад код послодавца.

4) **Статус запосленог за време одлагања извршења решења о отказу уговора о раду.** Запослени коме је одложено извршење решења о отказу уговора о раду „од тренутка одлагања извршења решења па до доношења правоснажне одлуке суда, није у радном односу са послодавцем. Њему је радни однос, као правна веза, престао достављањем решења о отказу уговора о раду, а чије је извршење одложено. Решење о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду нема конститутивни карактер, њиме се не заснива радни однос, већ се само одлаже извршење акта којим је радни однос раскинут. Време које је запослени провео на раду док није донета правоснажна одлука суда је време фактичког рада лица које је покренуло радни спор и за то време њему припадају сва права по основу рада.

Ако је правоснажном одлуком суда потврђено решење о отказу уговора о раду, послодавац на основу ње не доноси ново решење о престанку радног односа, већ само утврђује да је лицу престао рад на основу решења инспектора рада о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду. Ако је правоснажном одлуком суда усвојен захтев лица које је повело радни спор, онда послодавац мора да стави ван снаге своје решење о отказу уговора о раду, а време рада за које је одло-

5. Члан 346. Закона о парничном поступку („Службени гласник РС“ бр. 125/04).

жено извршење решења о отказу рачуна се у радни однос, јер на основу правно-снажне судске одлуке радни однос није био прекинут.

**5) Рок у коме инспектор рада доноси решење о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду.** О одлагању решења о извршењу решења о отказу уговора о раду инспектор рада је дужан да донесе решење у одређеном року. Тај рок је законом одређен и износи 15 дана рачунајући од дана подношења захтева запосленог.

Стилизација члана 271. став 3. Закона о раду, по нашем мишљењу, може се једнострано схватити. Наиме, инспектор рада је дужан да донесе решење о одлагању извршења решења послодавца о отказу уговора о раду у року од 15 дана од дана доношења захтева, уз услов да је очигледно повређено право запосленог и да је запослени поднео захтев у року од 30 дана од дана покретања радног спора. Према овоме, изводи се закључак да инспектор рада доноси решење о одлагању извршења само у случају ако су испуњена оба законска услова. Из текста закона не може се са сигурношћу утврдити да ли инспектор рада доноси решење и у случају да није испуњен неки услов: није очигледно повређено право запосленог или запослени није покренуо радни спор, другим речима да ли инспектор рада и у том случају доноси решење али којим се само одбија захтев запосленог. Иако у закону изричито не стоји, мислимо да инспектор рада мора да донесе решење и у једном и у другом случају. Запослени не може да остане необавештен о поднетом захтеву, па било да се о истом овако или онако одлучује. Уосталом, инспектора рада на обавезно доношење решења, обавезује и члан 192. Закона о општем управном поступку,<sup>6)</sup> јер у вршењу инспекцијског надзора инспектор рада примењује правила општег управног поступка и дужан је да донесе решење које је предмет управног поступка.

### **Покретање прекршајног поступка у заштити права запослених**

У вршењу инспекцијског надзора инспектор рада не мора да делује само када је у питању повреда закона, општег акта и уговора о раду или када је у питању заштита права запослених. Инспектор рада поднеће захтев за покретање прекршајног поступка и када нађе да је послодавац, односно директор или предузетник, повредом закона или других прописа којима се уређују радни односи извршио прекршај (члан 270. Закона о раду). Шта се сматра прекршајем у области радних односа уређено је у чл. 273. -276. Закона о раду.

Овај надзор инспектор рада остварује тако што при обиласку послодавца, може да утврди да је учињен прекршај о чему саставља записник и покреће прекршајни поступак пред надлежним органом за прекршаје.<sup>7)</sup> Ово треба да буде уочијени надзор над послодавцима у примени преписа о радним односима на запо-

6. „Службени лист СРЈ“ бр. 55/96.

7. Закон о прекршајима. („Службени гласник РС“ бр. 101/05).

слене. Инспектор рада код овог надзора не утврђује повреде закона, општег акта и уговора о раду, већ утврђује да је послодавац својом радном учинио нешто што је предвиђено као прекршај у области радних односа. Послодавац, на пример, није исплатио зараду запосленом или је запосленом одредио прековремени рад супротно закону или му, такође супротно закону, откаже уговор о раду. Инспектор само утврђује да је послодавац учинио одређену повреду закона која је као таква предвиђена законом.

У вршењу инспекцијског надзора инспектор рада може да поднесе захтев за покретање прекршајног поступка не само када су у питању норме Закона о раду, већ када су у питању и норме Закона о безбедности и здравља на раду.<sup>8)</sup> Према истоме прекршај је, на пример, ако општим актом, односно колективним уговором или уговором о раду послодавац не утврди права, обавезе и одговорности у области безбедности и здравља на раду или ако писменим актом не одреди лице за безбедност и здравље на раду.

### **Жалба у поступку вршења надзора**

Вршење надзора од стране инспектората рада, уколико о извршеном надзору доноси и решење, подлеже одређеној контроли.

Против решења инспектора рада може се изјавити жалба министру надлежном за рад у року од осам дана од дана достављања решења (члан 272. Закона о раду). Рок за жалбу је преклузивне природе и његовим пропуштањем не може се одлучивати о жалби. Решење инспектора рада постаје извршно.

Иако жалба, по правилу, одлаже извршење решења, када је у питању одлагање извршења решења послодавца о отказу уговора о раду, жалба послодавца против тог решења не одлаже његово извршење. Послодавац мора запосленог да врати на рад без обзира што је однета жалба против истог.

О жалби одлучује министар и то у року од 15 дана од дана пријема жалбе.

Како је решење инспектора рада управни акт питање је може ли се и када против коначног решења инспектора рада водити управни спор. Одговор на ово питање зависи од чињенице о чему се решењем инспектора рада одлучује.

Ако се решењем инспектора рада одлучује одлагању извршења решења послодавца о отказу уговора о раду, онда се против коначног решења инспектора рада изричитом законском забраном не може водити управни спор. По нашем мишљењу, јер нема изричите законске забране, управни спор се може водити ако је решењем инспектора рада наложено отклањање утврђене повреде закона, општег акта и уговора о раду.

---

8. „Службени гласник РС“ бр. 101/05.

---

**Prof. Miroslav Miljković, Ph.D.**  
**Faculty of Law, Niš**

### **INSPECTION OF THE WORK AND PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE EMPLOYED**

*Labour law introduces the inspection of the work as the organ which supervises its application, and it also supervises the application of the other working relations, general acts and contracts of the work.*

*The inspection of the work carries out its supervision in two ways: preventive and repressive. The inspection of the work carries out its preventive supervision through co-operation, giving advice, giving instructions and through offering professional help for the application of the law in business.*

*Repressive supervision of the inspection of the work is used if it is established that in the application of the regulations the law was broken, or the general act or labour law were broken. The inspector of the work orders an employer to eliminate the established violations in the definite deadline.*

*Another aspect of the repressive supervision is the protection of the employed. It is seen in the right of the inspector to submit a claim for the institution of the legal proceedings or in the right of the inspector of the work to stop the carrying out of employer's dismissal of the contract of the work if the right of the employed is violated, with the condition that the employed instituted legal proceedings in the competent court.*

**Key words:** *inspection of the work; preventive and repressive supervision; postponement of the carrying out of the judgement; protection of the rights of the employed.*



Доц. др Соња Бунчић  
Факултет техничких наука  
Универзитет у Новом Саду

UDC 336.761(4)

## Појам привилеговане информације у европском и српском праву

### Резиме

Појам привилеговане информације аутор разматра кроз ујоредноправни приказ одредби европског и српског права. Анализира појам *insider information* у *Directive 89/592/EEC* познатиом под називом *Insider Dealing Directive* и *Directive 2003/6/EC* познатиом под називом *Market Abuse Directive*. Поштом даје приказ одредби о појму привилегованих информација у Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената Републике Србије из 2003. и 2006. године.

У циљу заштите инвеститора од злоупотребе привилегованих информација аутор анализом поменутих законских текстова указује на сивен усаглашености и постојеће разлике у одређењу појма привилеговане информације у европском и српском праву.

**Кључне речи:** привилегована информација, *Insider Dealing Directive*, *Market Abuse Directive*, Закон о тржишту хартија од вредности Републике Србије, инсидер.

### Уводне напомене

Заштита инвеститора и поштовање начела равноправности учесника на финансијском тржишту основни је задатак организатора тржишта и његових контролора. Инвеститори морају да буду заштићени пре свега од конфузних и лажних информација а нарочито од злоупотребе привилегованих информација, познатијег као insider dealing.<sup>1)</sup> Трговина привилегованим информацијама, познатија под називом insider dealing или insider trading,<sup>2)</sup> је коришћење предности при трговини хартијама од вредности која је стечена познавањем привилегованих информација које утичу на цену (пре него што су те информације постале јавне), а односе се на емитента или на саму хартију којом се тргује. Циљ регулисања злоупотребе привилегованих информација и утврђења забрањених радњи јесте спречавање разноврсних облика у којима се insider dealing може појавити.

Унутар земаља европске заједнице први пут insider dealing је правно уобличен 1989 године доношењем Directive 89/592/ЕЕС познатом под називом *Insider Dealing Directive* (у даљем тексту користићемо скраћеницу IDD). Ова директива постала је основа за борбу против insider dealinga на европском тржишту хартија од вредности. Повезивање финансијских тржишта захтевало је проширење круга држава<sup>3)</sup> које санкционишу, као противправну, праксу злоупотребе привилегованих информација, те успостављање система сарадње и помоћи између њих у погледу идентификовања и спечавања insider dealinga. У априлу исте године Веће Европе донело је Конвенцију о insider tradingu која је имала значај мултилатерарне међународне конвенције.<sup>4)</sup> Велики број земаља је по доношењу ових прописа по први пут регулисао ову област (међу којима је и Србија), док је мањи број њих своју постојећу регулативу хармонизовало. Убрзо је оцењено да у условима сталног развоја повезаног финансијског тржишта IDD не може адекватно да одговори на нове појавне облике злоупотреба на тржишту. Дат је предлог за доношење нове Директиве која је усвојена 2003. године и регулисала је два облика злоупотребе Insider dealing и market abuse – злоупотребу тржишта. (Directive 2003/6/EC) познату под називом *Market Abuse Directive* (у даљем тексту користићемо скраћеницу MAD).

У Републици Србији први пут ова област је регулисана Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2003. године у делу под називом Привилеговане информације, а потом поново у новом Закону о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2006. године. Циљ овог рада је да утврди сличност и разлике правног регулисања insider dealinga у европским директивама и праву Републике Србије. Упоредиће дефинисања пој-

1. Васиљевић М., Право и заштита инвеститора, *Право и привреда*, број 5-8, 2007, стр. 14.
2. Пракса позната у Сједињеним Америчким државама (и шире) под називом “insider trading”, а у Великој Британији (и појединим европским земљама) под називом “insider dealing” према Boyle / Birds, *Company law*, Лондон, 1995, стр. 229.
3. Примена IDD је била ограничена само на земље Европске уније.
4. Павић М., Злоупотреба информација приликом купопродаје акција (Insider Trading), *Правни живот*, бр 9-10/1994, стр 1128.

ма привилеговане информације, круга *insidera*, забрањених радњи и прописаних санкција има за циљ да се утврди степен хармонизације прописа у Републици Србији са европском регулативом.

## 2. Европско право

### 2. 1. Појам привилеговане информације према IDD

Кључни елементи дефинисања привилеговане информације према IDD, којима се одређује њена природа и сврха, су:

1. да није позната јавности
2. да је довољно одређена (*precise nature*)
3. да је објављена вероватно би битно утицала на цену хартије од вредности
4. да се односи на једног или више издаваоца или на једну или више хартија од вредности.

Први кључни елемент дефинисања привилеговане информације је одређен усвајањем израза *has not been made public* дакле, информација није објављена, није доступна јавности. Компромис који је довео до стварања овог елемента дефиниције захтевао је приближавања два супростављена поимања дефиниције израза „public” у тадашњој правној теорији. Једног, који је сматрао да је довољно да информација буде саопштена неодређеном, али суженом кругу учесника на тржишту и другог који је сматрао да је информација јавна само ако је доступна најширој јавности (широкој улагачкој јавности).<sup>5)</sup>

Други кључни елемент захтева довољну одређеност информације (*precise nature*). Питање довољне одређености информације доводи до чврстог става да гласине (*rumors*) не могу да се сматрају привилегованом информацијом (поставља се ипак питање њиховог потенцијалног утицаја на одлуке нарочито малих инвеститора). Остаје и надаље неразјашњена линија између информације која је одређена и различитих предвиђања о кретању тржишта.

Трећи захтев односи се на битан утицај информације на цену хартије од вредности. Неспорно је да информација мора имати утицај на цену хартије, у супротном се не може сматрати привилегованом. Основна тачка разилажења у националним правима која су имплементирала IDD, јесте у одређењу утицаја информације на цену хартија. У француском праву се одређује да информација мора имати утицај на цену, док се у другима одређује да тај утицај мора бити битан. При томе морамо узети у обзир да се не може сматрати утицајем (а никако битним утицајем) уобичајена флукуација цена на тржишту.

---

5. Право Велике Британије у имплементацији IDD било је најпрецизније. У *part V of Criminal Justice Act 1993* којим је IDD имплементирана, у *Section 58 (2)* означене су 4 ситуације када се сматра да је информација безусловно доступна јавности и у *Section 58 (3)* наведено је 5 случајева када се може сматрати да је информација доступна јавности.

*Чейвртис* елемент, не дефинише појам привилеговане информације него говори о њеној сврси, јер се ове привилеговане информације односе на једног или више издаваоца или на једну или више хартија од вредности.<sup>6)</sup>

У члану 1 тачка 2 IDD одређује се појам хартија од вредности на које се односе привилеговане информације. Произлази да се поред хартија од вредности у ужем смислу (акције, дужничке хартије, хартије који су еквиваленти акцијама и дужничким хартијама, уговори и права по тим уговорима) ове привилеговане информације односе и на преносиве опције, као и на тзв. *fixed term financial instruments*. Заједничко за све финансијске инструменте је да су укључени на уређено тржиште које је под контролом овлашћених органа и које је директно или индиректно доступно јавности.

Доношењем IDD остављено је националним законодавствима чланица ЕУ да основе за борбу против *insider dealing* дате у овој директиви унесу у своју регулативу. Неке од држава су по први пут регулисале ову област, а друге су се користиле различитим опцијама које су им остављене приликом имплементације IDD. Ниво уједначавања националих прописа и начин имплементације IDD није донео жељену хармонизацију.

## 2. 2. Појам привилеговане информације према MAD

Повезивање европског тржишта хартија од вредности захтевало је јасније одређење у односу услуге које су присутне на финансијском тржишту, свеобухватније одређење финансијских инструмената. 1993 године донета је Директива о услугама при улагању у хартије од вредности (*Investment Services Directive*)<sup>7)</sup> Њеним доношењем успостављени су нови појмови, који су касније прихваћени у регулационом појединачних сегмента интегрисаног тржишта. На пољу *insider dealing* такође су биле неопходне измене који би омогућиле усаглашавање нових појавних облика злоупотребе и увођење ширег поља примене привилегованих информација. Донета је нова Директива 2003. године која је поред *insider dealing* регулисала и злоупотребу на тржишту.<sup>8)</sup>

Код доношења ове Директиве примењена је тзв. степенаста законодавна техника.<sup>9)</sup> Она подразумева да се Директивом уреде само основна начела и принципи

6. У погледу значаја привилеговане информације у односу на издаваоца или више издаваоца можемо навести статусне промене које могу настати поделом, спајањем и припајањем. Тако једна информација може утицати на 2 или више издаваоца. Такође пословне информације које се односе на нове технологије или увођење новог производа могу утицати не само на издаваоца на кога се односи, него и на конкуренцију.
7. *Council Directive 93/22/EEC of 10 March 1993 on investment services in the securities field OJ L 141, 11/ 06/1993 p. 0027-0046*. В. Појмови у члану 1. тачка. 13 – Regulated markets и чл. 1. тачка 4. transferable securities
8. *Directive 2003/6 EC of European Parliament and of Council of 28. January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse) OJ L 096, 12. 04. 2003*.
9. Ближе о техници доношења прописа, В.: ANDERSSON, J. The Regulatory technique of EU Securities Law – A Few Remarks, 40 CMLR, стр. 313-322

(Level 1), а детаљнији опис, односно сам пропис, се доноси у имплементирајућим директивама (Implementing Directive) којима се та основна начела уграђују (Level 2). Тако су у поступку имплементације Директиве из 2003. донете *Implementing Directive* о дефиницији и објави привилегованих информација и дефиницији манипулација на тржишту<sup>10)</sup> као и о имплементацији Директиве 2003/6 ЕС о дефиницији привилеговане информације у односу на робне деривате и сачињавање листе insider-a и листе сумњивих трансакција<sup>11)</sup>

Доношењем MAD дефинисање самог појма привилегованих информација није претрпело велике промене у одређењу елемента којима се оне дефинишу. Промена је уведена обухватањем посредног или непосредног утицаја на емитента или више емитената финансијских инструмената. Проширење појма привилегованих информација овом Директивом дато је и у односу на објект и посебну групу лица. Наиме, привилеговане информације односе се не само на хартије од вредности, него на финансијске инструменте уопште.<sup>12)</sup>

У односу поље на примене, одређење дато у IDD, новом директивом (MAD) проширено је. Поред до тада обухваћених хартија од вредности уводе и финансијски деривати и то јединице у инвестиционим фондovima, инструменти тржишта новца (*money market instruments*) уговори о *financial futures, forward interest-rate agreements*, валутни, каматни или equity swap послови, опције за куповину или продају свих претходно наведених финансијских деривата укључујући и послове с готовим новцем. Поред наведених, обухватају се и валутне опције, опције које се односе на каматне стопе, затим деривати који се односе на робу, али и други финансијски инструменти који су укључени на организовано тржиште, у земље чланице или је поднет захтев за њихово укључење.<sup>13)</sup>

Проширење поља примене привилегованих информација наведеним финансијским дериватима није исцрпљено. Први пут се у објект *insider information* уводе и **робни деривати**. Увођење робних деривата дефинисано је тако да привилегована информација мора непосредно или посредно да се односи на робне деривате. Нарочито је битно, да корисници тржишта ових робних деривата очекују да ће информацију добити на тим тржиштима на основу праксе установљене на тим тржиштима.<sup>14)</sup> Детаљније утврђење робних деривата, односно појединих елемен-

10. *Commission Directive 2003/ 124/ EC of 22 December 2003 implementing Directive 2003 / 6/EC of the European Parliament and of the Council as regards the definition and public disclosure of inside information and the definition of market manipulation, OJ L 339, 24/12/2003*

11. *Commission Directive 2004/ 72/ EC of 29 April 2004 implementing Directive 2003 / 6/EC of the European Parliament and of the Council as regards accepted market practices, the definition of inside information in relation to derivatives on commodities, the drawing up of list of insiders, the notification of managers transactions and the notification of suspicious transactions.*

12. Чулиновић-Херц Е., Злоупорабе на тржишту вриједносних папира-нова европска смјерница и закон о тржишту вриједносних папира, Зборник правног факултета у Ријеци 2004, бр. 2, стр.754.

13. Article 1, 3 MAD.

14. Article 1 MAD.

та у одређењу робних деривата дато је у *Implementing Directive* којом је дато јасније дефинисање привилеговане информације у односу на робне деривате и сачињење листе insider-а и листе сумњивих трансакција.<sup>15)</sup>

Поред проширења дефинисања у односу на објект примене, уведена је и посебна група лица у односу на коју се дефинише привилегована информација. То су **посредници**, односно лица која извршавају налоге клијента на тржишту. Привилегована информација је за ова лица и информација коју су добили од клијента, односно коју им је клијент саопштио, а односи се на налоге клијента, како већ извршене тако и на неизвршене. Општи услови који информацију чине привилегованом важе и за ову групу лица.<sup>16)</sup>

Из напред наведеног уочљиво је да је дефинисање привилеговане информације (*insider information*) у односу на IDD, новом директивом MAD свеобухватније. Посебан допринос појашњењу елемента привилеговане информације омогућило је доношење *implementing directives* које су детаљно обухватиле регулисање појединих елемената.

Сада је појам привилеговане информације утврђен као информација која се односи на скуп чињеница које постоје или за које се разумно може претпоставити да ће настати или се односе на догађај који се догодио или за који се разумно може претпоставити да ће се догодити, а да притом тај догађај или скуп чињеница мора бити одређен у мери која ће омогућити доношење закључка о утицају таквог скупа чињеница или догађаја на цену финансијских инструмената или њихових деривата (чл 1. став 1. Директиве 2003/124/ЕЗ).<sup>17)</sup>

Утицај на цену дефинише се као својство информације коју ће разумни инвеститор узети у обзир при доношењу одлуке о улагању у одређени финансијски инструмент (чл. 1. став 1. Директиве 2003/124/ЕЗ)<sup>18)</sup>

### 3. Право Републике Србије

Први пут, две године након поновног организовања ефектне берзе,<sup>19)</sup> у законодавству Србије појављује се скроман корак ка идентификацији проблема „insider trading”. Тај корак учињен је једном нормом у Закону о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима из 1994 године, која само обавезује берзу да својим статутом утврди инсајдер правила,<sup>20)</sup> односно да утврди начин спречавања злоупотребе информација које нису доступне јавности. У тренутку доношења поменутог закона услови тржишта хартија од вредности нису наметали потребу

15. Исто као под белешком 8.

16. Article 1. MAD.

17. Дефиниција према преводу датом у Чулиновић-Херц, *op. cit.* стр.762.

18. Слично објашњење и превод код Чулиновић-Херц, *op. cit.* стр. 756.

19. Београдска берза поновно је организована и отпочела свој рад 1992. године у Београду.

20. Члан 20 Закона о берзама, берзанском пословању и берзанским посредницима (Сл.СРЈ 90/94).

увођења детаљнијег регулисања ове појаве. Злоупотреба привилегованих информација није се препознала као потенцијални узрочник поремећаја начела равноправности свих учесника на тржишту на коме су се котирале само акције неколицине привредних друштава.

Скоро десет година касније, Законом о тржишту хартија од вредности из 2003. године<sup>21)</sup> учињен је први покушај хармонизације са европским правом у области insider dealinga на тржишту Србије. Основе идентификације и заштите од могућих злоупотреба дате у IDD уграђене су у наведени закон, али само половично.

Чланом 5 наведеног закона<sup>22)</sup> утврђен је појам привилеговане информације, те се њоме сматрала свака информација која није доступна јавности, а значајна је за утврђивање цене хартија од вредности.

У односу на IDD дефинисање, привилеговане информације у Закону о тржишту хартија од вредности из 2003. су појмовно одређене непрецизно и непотпуно. Недостајали су елементи који би прецизирали круг информација који може да утиче на цену. Оне могу бити информације које се не односе само на хартије него и информације о једном или више емитената тих хартија. Свакако, сем наведеног, није довољно наглашено да ове информације не могу бити опште, већ је потребно да буду посебне природе.<sup>23)</sup> Није разјашњен ни појам „доступан јавности” што је остављало широко поље тумачења кад је нека информација јавна.<sup>24)</sup>

Генерално, законско решење се ослањало на елементе дате у IDD, иако већ у време њеног доношења (2003. година) донета нова директива у овој области MAD, а 2004. и нове имплементирајуће директиве.

Наведене слабости делимично су отклоњене новим Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских деривата<sup>25)</sup> (даље ЗТХОВ II), који је донет средином 2006. године, а почео је са својом применом крајем исте године. Законодавац је у овој области покушао да направи завидан скок и да недовољно законски уређене области, имплементира нова решења insider dealinga дата у новим директивама ЕУ.

У члану 2. наведеног закона утврђено је да је привилегована информација било која информација о тачно одређеним чињеницама које се односе на једног или више издавалаца, купца односно продавца хартија од вредности или о чињеницама које се односе на једну или више хартија од вредности, које нису доступне јавности, а могу утицати директно или индиректно на издаваоца, трговину хартијама од вредности, односно њихову цену на организованом тржишту.

21. Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената („Службени гласник РС”, број 57/2003, 55/2004).

22. Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената („Службени лист СРЈ”, 65/2002).

23. Васиљевић М., Insider trading (dealing) – повлашћене информације, Право и привреда бр. 9-12, 2001, стр. 7.

24. В. supra стр. 2., о проблемима дефинисања појма доступан јавности и код доношења IDD.

25. Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских деривата („Службени гласник РС”, 47/2006).

Можемо констатовати да је у односу на раније дату дефиницију, садашње одређење привилеговане информације у нашем праву засновано у потпуности на европским директивама из ове области.

Законодавац је при дефинисању веома мудро уочио да је привилегована информација, информација о чињеницама, за разлику од појединих упоредних права у којима се привилегованом информацијом сматрају чињенице.<sup>26)</sup> Морамо указати да појам информације и чињенице није еквивалентан. Не може се рећи да је информација чињеница, јер код информације реч је о сазнању о чињеницама.<sup>27)</sup> Ово је веома значајно разграничење, јер уколико се ограничимо само на чињенице тада би поље заштите које се обухвата овим дефинисањем привилегованих информација као чињеница било сужено. Наиме, тада би сазнања о различитим чињеницама који утичу на хартије од вредности била изван круга забране, а та сазнања и те како би се могла искористити за злоупотребе хартија на тржишту. Ту је веома интересантно и питање изношења аналитичких процена о листираним хартијама или њиховим издаваоцима које доносе финансијски аналитичари на основу познатих чињеница у ком случају је неспорно да су те објављене процене изузете из круга заштите.<sup>28)</sup> Али много је интересантније питање да ли би изнете процене и сазнања која проистекну из таквих процена такође биле изузете од заштите уколико би се процена заснивала на чињеницама које до тада нису биле доступне јавности, односно да је аналитичар до њих дошао путем познанства или из неформалног разговора са чланом управног или надзорног одбора.

Такође веома проблематично разграничење представља разграничење привилеговане и поверљиве информације која је заштићена као пословна тајна. Објављивање поверљиве информације од стране лица која су обавезана на чување пословне тајне веома би јасно и снажно утицало на вредност хартија од вредности. Проблем је утолико већи јер су обично лица која сnose одговорност и обавезу чувања пословне тајне уједно и лица потенцијални починиоци злоупотребе.<sup>29)</sup>

Неусклађеност наше дефиниције са датим дефинисањем привилегованих информација у европском праву изражена је у делу у којем је за наше право потребно да информације имају директан или индиректан *утицај* на издаваоца, трговину хартијама и на њихову цену. Дакле, за разлику од европског права није потребно да тај утицај буде битан. Из тога даље произлази да би и незнатан утицај био довољан за постојање злоупотребе. Ипак, поштовање опште прихваћеног начела разумности у трговачком праву искључује из овог круга могућност примене злоупотребе на сасвим занемарљиве случајеве.<sup>30)</sup> На неразвијеним тржиштима, какво је и наше, процена утицаја и традиција између утицаја и битног утицаја веома је

26. Напр.: у хрватском праву чланом 103 ЗТВП повлашћеним информацијама се сматрају све чињенице.

27. Барбић Ј., Право друштава, књига друга: Друштва капитала, Загреб 2000, стр. 256.

28. Чулиновић–Херц, *op. cit.*, стр. 757.

29. Чулиновић–Херц, *op. cit.*, стр. 757.

30. Барбић, *op. cit.*, стр. 256.



проблематична. Неки аутори сматрају да би начелно сва одступања  $\pm 5\%$  требало сматрати битнима, док други сматрају да би тај критеријум задовољила одступања која се крећу у распону од  $\pm 5-10\%$ . Процена битног утицаја *in concreto* треба да поред кретања ових одступања узме у обзир и врсту хартије од вредности као и индексе његог раста и пада.<sup>31)</sup>

Поред наведеног, знатно битнија неусклађеност је у *пољу примене* привилеговане информације. За разлику од нове европске директиве која је нагласила ширење поља примене, не само на издаваоца и хартије од вредности него и на финансијске и робне деривате и сл., наш закон још увек стоји само на заштити издаваоца и хартија.<sup>32)</sup> Чланом 4 ЗТХОВ II утврђује се његова примена на хартије од вредности, стандардизоване финансијске деривате и друге финансијске инструменте којима се тргује у складу са правилима пословања организатора тржишта. Тако поље примене можемо проширити али не довољно да било у потпуности усклађено са европским правом. Иако још неразвијено тржиште, морали би отворити могућности примене забране *insider dealinga* и на финансијске инструменте и деривате којима ће се тек трговати на нашој берзи.

#### 4. Закључак

Коришћење нејавних информација приликом трговине представља насиље над транспарентношћу која је један од кључних стубова тржишта капитала. Информација на транспарентном тржишту је есенцијална за све учеснике који је у већој или мањој мери користе за своју трговину.<sup>33)</sup> Када неко лице тргује на основу нејавних (привилегованих) информација тада оно стиче недозвољену односно незакониту предност у односу на све остале учеснике у трговини и нарушава у том тренутку основне постулате берзанске трговине. Дакле, значај информације за тржиште капитала је неспоран, а са аспекта стварања једнаких услова за све учеснике у трговини једнако је важно, јасно и прецизно утврдити критеријуме раздвајања јавних и нејавних информација и посебну заштиту привилегованих информација ако нису познате јавности. Одређење појма привилеговане информације неопходан је кључ за отклањање недозвољене трговине.

Након упоредне анализе одређења појма привилеговане информације у европском и нашем праву дате у овом раду, можемо рећи да је одређење појма привилегованих информација у нашем праву усклађено са европским правом.

Разлике у одређењу појма привилеговане информације које су уочене, нарочито у делу који се односи на њен утицај на хартије издаваоца и на поље примене произлазе из околности које су везане за наше тржиште капитала. Домаће тржиште капитала је у развоју, те се на њему ни не може очекивати у овом тренутку

---

31. Ђулиновић-Херц Е., Европска директива и њезина имплементација у њемачко и хрватско право, Зборник Правног факултета у Загребу, 3/2000 стр. 314.

32. В. супра стр. 3.

33. Heakal R., Defining Illegal Insider Trading, Investopedia Staff, 10/2003, (Investopedia.com).

---

да се у пуној мери одвијају све трансакције хартија од вредности које су на развијеним берзама уобичајене. Међутим, податак да се у овом тренутку на нашем тржишту није забележио ни један случај о евентуално поднетој пријави у области кршења правила о привилегованим информацијама не говори о регулативи него о нашој неспремности да је применимо. Суштинско питање није да ли је одређење појма привилеговане информације у потпуности усклађено са европским правом, него о могућности реалне процене од стране контролора тржишта, утицаја привилеговане информације водећи рачуна о врсти хартија од вредности, њиховом кретању на тржишту и сл. У одговору на ово питање неразвијеност тржишта не би могла да послужи као изговор.

**Sonja Bunčić, Ph.D.**

**Faculty of Technical Science, University of Novi Sad**

## **THE NOTION OF INSIDER INFORMATION IN THE EUROPEAN AND SERBIAN LAW**

### **Summary**

*Author analyzes the notion of insider information through a comparative review of clauses of the European and Serbian law. The notion of insider information is analyzed in accordance with the definitions provided by the Insider Dealing Directive 89/592/EEC and the Market Abuse Directive 2003/6/EC. After that, the author reviews the notion of privileged information as given by the Serbian Law on Securities Market and Other Financial Instruments, from 2003 and 2006.*

*In order to protect investors from the abuse of insider information, the author presents the analysis which underscores the conformities and differences in the notion of privileged information, as defined by the European and Serbian Law.*

**Key words:** *insider (privileged) information, Insider Dealing Directive, Market Abuse Directive, Serbian Law on Securities Market and Other Financial Instruments, insider.*

**Борисав Чолић**  
*судија Врховног суда Србије у пензији*

UDC 336.71(497.11)

## **Пословање банака и Народне банке Србије, функције и односи**

### **Резиме**

*Закон о банкама уређује оснивање, организацију и пословање банака, однос банака са клијентима, начин управљања банкама, контролно-надзорну улогу Народне банке Србије и начин пресјанка рада банака.*

*Према Закону, банка је дефинисана као акционарско друштво са седиштем у Републици Србији, које има дозволу за рад Народне банке Србије и обавља дејо-зидне и кредитне послове. Банке су овлашћене да врше стипусне промене (стајање банака и пријање) Закон о банкама одређује и ојам стране банке, оом значење већ броја правних ојмова као што су филијала, представниство, ре-гуларно тело, деозиди, кредити, матично друштво правног лица, зависно друштво правног лица, банкарска група, банкарски холдинг.*

*Основне одредбе Закона, којим се уређују привредна друштва, примењују се и на банке, ако нису у супротности са одредбама Закона о банкама. Банка може обављати и девизне, девизно-валутне и мењачке послове, послове платног про-меја, послове с хартијама од вредности, брокерско-дилерске, гаранцијске и дру-ге послове.*

*Закон о Народној банци Србије, уврђује бројне и разноврсне функције: 1. уврђује и сроводи монетарну политику, 2. самостално води политику курса динара и уз сагласности Владе уврђује режим курса динара, 3. чува и управља*

---

*девизним резервама, 4. издаје и одузима дозволе за рад банака, врши контролу бонитетна и законности њиховог рада.*

**Кључне речи:** *Надлежности и функције Народне банке Србије, оснивање и рад банака, депозитни, кредитни послови, девизни, девизно-валутни послови, монетарна политика, политика курса динара, управљање девизним средствима, уставни положај Народне банке Србије.*

### **Делатност банака према Закону о банкама**

Закон о банкама („Сл. гласник РС”, бр. 107/2005) поред других закона и прописа, представља правни и законски основ којим се утврђује делатност коју банке могу обављати, оснивање и пословање банака, однос банака са клијентима, организација банака и начин управљања банкама, контролна функција Народне банке Србије, престанак рада банке, статусне промене (спајање банака и припајање банаке) и друге новине.

Законом о банкама уређују се оснивање, пословање и организација банака, начин управљања банкама као и контрола и престанак рада банака.

Према поменутом Закону, банка је дефинисана као акционарско друштво са седиштем у Републици Србији, које има дозволу за рад Народне банке Србије и обавља депозитне и кредитне послове. Банке могу обављати и друге послове у складу са Законом о банкама.

Закон о банкама одређује и појам стране банке. Према тој дефиницији страна банка је правно лице са седиштем ван Републике Србије које је, у складу са прописима државе порекла, основано и у регистар надлежног органа те државе уписано као банка, које поседује дозволу за рад регулаторног тела те државе и које обавља депозитне и кредитне послове.

Поред изнетог, Закон одређује значење већег броја других правних појмова везаних за пословање банака, као што су филијала, представништво, регулаторно тело, држава порекла, депозит, кредит, контролно учешће, матично друштво правног лица, зависно друштво правног лица, банкарска група, банкарски холдинг и бројни други појмови од великог значаја за адекватну примену Закона о банкама.

Значајно је истаћи да је матично друштво правног лица дефинисано као друштво које у том лицу има контролно учешће. Потом да је банкарска група друштва коју чине искључиво лица у финансијском сектору и у којој најмање једна банка има својство највишег матичног друштва или својство зависног друштва. Банкарски холдинг је највише матично друштво у банкарској групи, које није банка и које под одређеним условима, ако се највише матично друштво не може поуздано утврдити, утврђује Народна банка Србије.

Основне одредбе закона којим се уређују привредна друштва (Закон о привредним друштвима), које се односе на оснивање привредног друштва, на одго-

ворност оснивача и других лица, седиште и пословно име, заступање и заступнике, лица која имају дужност према друштву, на информисање и објављивање, одредбе тог закона које се односе на акције и друге хартије од вредности, примењују се на банке ако нису у супротности са одредбама Закона о банкама.

Према Закону о банкама (чл. 4), банка може обављати следеће послове: 1. депозитне послове (примање и полагање депозита), 2. кредитне послове (давање и узимање кредита), 3. девизне, девизно валутне и мењачке послове, 4. послове платног промета, 5. издавање платних картица, 6. послове с хартијама од вредности (издавање хартија од вредности, послови кастоди банке и др.), 7. брокерско-дилерске послове, 8. издавање гаранција, авала и других облика јемства (гаранцијски послови).

Банке могу обављати и друге послове одређене Законом о банкама, посебним законима и послове у складу са оснивачким актом и статутом банке.

Из предњег произлази да су послови банака бројни и разноврсни, одређени Законом о банкама, другим законом, оснивачким актом и статутом банке.

Све послове који су одређени законом као могући делокруг рада и делатности рада, банке могу обављати уз претходну сагласност Народне банке Србије.

Значајно начело пословања банака предвиђа поштовање начела забране повреде конкуренције. У складу са наведеним свим банкама је забрањено да закључују споразуме којима се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција и да злоупотребљавају доминантан положај или да спроводе концентрацију којом се битно спречава, ограничава или нарушава конкуренција.

Закон о банкама предвиђа и нека веома значајна овлашћења Народне банке Србије. Ова банка је овлашћена да сарађује са страним и домаћим регулаторним телима, ради вршења и унапређења своје контролне функције.

### **Посебно о неким овлашћењима Народне банке Србије**

Најважније овлашћење Народне банке Србије, је да у поступку који је утврђен Законом о банкама врши контролу бонитета и законитости пословања банака и, на основу надлежности утврђених тим законом, решава о правима, обавезама и правним интересима лица. У том поступку Народна банка Србије је овлашћена да врши сходну примену одредаба Закона о општем управном поступку, ако самим Законом о банкама није друкчије уређено.

Против донетих решења Народне банке Србије може се водити управни спор код Врховног суда Србије. Поднета тужба против коначног решења Народне банке Србије не спречава и не одлаже његово извршење. Суд који решава у предметима управног спора не може решити управну ствар за чије је решавање Законом о банкама утврђена надлежност Народне банке Србије.

### Оснивање банака и добијање дозволе за рад

Банке се могу оснивати само као акционарска друштва. Банке могу основати домаћа и страна правна и физичка лица и то само уз испуњење свих услова предвиђених Законом о банкама.

Уложена средства у оснивачки капитал оснивачи не могу повлачити.

Обавеза из Закона је да се на процену улога у стварима и у правима које су у функцији пословања банке примењују одредбе Закона о привредним друштвима које се односе на акционарско друштво.

Најзначајнији правни акт у поступку оснивања банке је оснивачки акт банке.

Оснивачки акт обавезно садржи све оно што је предвиђено одредбама Закона о банкама (чл. 13): 1. пословно име и седиште правног лица оснивача банке, односно име и пребивалиште физичког лица оснивача банке, 2. пословно име и седиште банке, 3. износ укупног оснивачког капитала банке у новчаном и неновчаном облику и удео сваког оснивача у том капиталу, 4. права, обавезе и одговорности оснивача банке, 5. послове које банка обавља, 6. начин покрића губитака банке, 7. начин решавања спорова међу оснивачима банке и права оснивача у случају статусних промена.

Други значајан акт са обавезном садржином коју одређује Закон о банкама је статут банке. Статут банке обавезно садржи одредбе које уређују: 1. организацију и начин пословања банке, 2. питања о којима одлучује скупштина банке и питања о којима одлучују други органи банке, 3. мере и одговорност органа банке за обезбеђење ликвидности и солвентности банке.

У поступку оснивања банке обавезна фаза је подношење захтева за прелиминарно одобрење за оснивање банке. Овај захтев подносе оснивачи Народној банци Србије, и уз захтев достављају податке о оснивачима банке, износу њихових улога и броју, врсти и номиналном износу акција које стичу, оснивачки акт и предлог статута банке, те друге потребне исправе и податке.

Ако захтев подноси страном правно или физичко лице, уз захтев се подноси и одобрење надлежног регулаторног тела државе порекла, или доказ да такво одобрење није потребно према прописима те државе.

После давања прелиминарног одобрења и подношења захтева за давање дозволе, дозволу за рад банке даје Народна банка Србије и на основу датих података, и исправа, које достављају оснивачи банке о уплати оснивачког капитала и друге.

Део поступка оснивања банке је одржавање оснивачке скупштине, после пријема решења о давању дозволе за рад банке. Оснивачка скупштина доноси статут банке, бира председника и чланове управног и извршног одбора, усваја програм активности и пословну политику банке за период од три године и доноси одлуку о првом издавању акција. Све усвојене акте на оснивачкој скупштини банке оснивачи су дужни да доставе на сагласност Народној банци Србије. Оснивачи банке дужни су да поднесу пријаву за упис банке у регистар привредних субјеката са свим напред поменутих акција као што су статут банке и други.

### **Облици контроле и управљање ризицима**

Према Закону о банкама свака банка је дужна да одржава прописани износ капитала ради стабилног и сигурног пословања и ради испуњења обавеза према повериоцима.

Банка у свом пословању дужна је да обезбеди минимум капитала, који не може бити мањи од динарске противвредности износа од 10. 000 ЕУР према званичном средњем курсу.

Банка не може да врши расподелу добити исплатом дивиденди својим акционарима или учешћем у добити, односно других давања из добити банке, члановима органа управљања и запосленим у банци, поред осталог и ако своју ликвидност не одржава у складу са прописима Народне банке Србије.

Банка је овлашћена да идентификује, мери и процењује ризике којима је изложена у свом пословању и да управља тим ризицима.

У том циљу је дужна да својим актима пропише процедуре за идентификовање, мерење и процену ризика, као и управљање ризицима у складу с прописима, стандардима и правилима струке.

Акти банке обавезно обухватају све ризике, а посебно: ризик ликвидности, кредитни ризик, каматни и девизни ризик и остале тржишне ризике, ризике улагања банке и друге.

Закон о банкама садржи и посебне одредбе о банкарској тајни и одређује да се банкарском тајном сматрају: 1. подаци који су познати банци, а односе се на личне податке, финансијско стање и трансакције, као и власништво или пословне везе клијената те или друге банке, 2. подаци о стању и промету на индивидуалним депозитним рачунима, 3. други подаци до којих банка дође у пословању с клијентима.

У вези напред поменутих обавезних облика рада и деловања банке су дужне да припремају и Народној банци Србије достављају извештаје који се односе на управљање банком, ликвидност, солвентност и профитабилност банке.

### **Органи банке и начин управљања**

Према Закону о банкама свака банка мора да има скупштину акционара банке, управни и извршни одбор банке, друге одборе као што су одбор за праћење пословања банке и кредитни одбор и одбор за управљање активом и пасивом.

Свака банка је дужна да организује систем унутрашњих контрола и контролу усклађености пословања банке са функцијом унутрашње ревизије.

Скупштину банке чине акционари банке и своја права остварују непосредно или преко својих представника.

Скупштина банке има изузетно одговорне задатке као што су: 1. усвајање пословне политике и стратегије банке, 2. доношење статута банке, 3. усвајање годишњег рачуна банке и одлучивање о употреби и распоређивању остварене добити, те покрићу губитака, 4. одлучивање о повећању капитала банке, о улагањима

капитала у друге банке и друга правна лица, 5. именовање и разрешавање председника и чланова управног одбора.

Скупштина банке обавља и друге послове утврђене Законом о банкама, а поред осталог одлучује и о престанку рада банке.

Управни одбор банке је дужан да обавља послове који су највећим делом прописани Законом о банкама, као што су утврђивање општих услова пословања банке, избор и разрешење председника и чланова извршног одбора банке, успостављање система унутрашње контроле.

Значајан и незаменљив орган сваке банке је извршни одбор, који преко председника представља и заступа банку.

Председник извршног одбора банке при предузимању правних радњи у име и за рачун банке, дужан је да обезбеди и потпис једног члана извршног одбора.

Поред других бројних функција извршни одбор извршава одлуке скупштине банке и управног одбора банке, те обезбеђује и законитост рада банке.

### **Контрола рада и пословања банака од стране Народне банке Србије**

Контролне функције Народне банке Србије у односу на све банке основане и регистроване у складу са Законом о банкама, је веома значајна и разноврсна са прецизно одређеним циљевима и задацима који се спроводе у току контроле.

Народна банка Србије врши контролу бонитета и законитости пословања банке у складу са Законом о банкама и Законом о Народној банци Србије.

Ова контрола се врши посредно – контролом извештаја и друге документације коју банка доставља Народној банци Србије, на основу прописаних обавеза из Закона о банкама.

Контрола се врши и непосредно увидом у пословне књиге и другу документацију банке.

Свеобухватност контролне функције Народне банке Србије, је изражена и кроз право увида у пословне књиге и другу документацију банке.

Ова врста контроле се врши и у односу на све чланове банкарске групе, те и у односу на правна лица, која су с банком код које се врши контрола повезана имовинским, управљачким и пословним односима.

Непосредну контролу над пословањем банке, врши запослени Народне банке Србије одређен посебним решењем гувернера или лица које он овласти.

Банка чије се пословање контролише је дужна да овлашћеним лицима Народне банке Србије омогући да контролу њеног пословања изврше у седишту банке и у свим њеним организационим јединицама, да изврши контролу усклађености с прописима њених пословних књига и друге документације, као и информационе технологије. Ради вршења контроле рачунарских програма, банка је дужна да омогући овлашћеним лицима приступ систему базе података који банка користи.

Овлашћена лица су дужна да о извршеној контроли сачине записник који се доставља и банци код које се врши контрола.



Банка има право да стави примедбе на записник о извршеној контроли, а поводом примедби сачињава се и допуна записника када се утврди другачије чињенично стање.

### **Одузимање дозволе за рад и друге мере у поступку контроле**

Одлуке о мери коју предузима према банци у чијем пословању су утврђене неправилности, Народна банка Србије доноси на основу дискреционе оцене, али и на основу утврђених чињеница о незаконитом и неправилном раду, а пре свега на основу: 1. тежине утврђених неправилности, 2. показане спремности и способности органа банке да уклони утврђене неправилности, 3. степена изложености банке појединим врстама ризика, 4. законитости рада банке.

Примена дискреционе оцене код одређивања мера, зависи нарочито од броја утврђених неправилности и њихове тежине, значаја банке у финансијском систему и других околности ближе наведених у Закону о банкама (чл. 12). Народна банка је овлашћена, уколико се на основу извештаја прибављених посебном контролом оцени да је банка учинила теже неправилности, да се њено финансијско стање знатно погоршало или да постоји могућност знатног погоршања финансијско стања или ликвидности банке, да донесе решење о привременој мери којом се банци забрањује да предузима радњу чији је циљ отуђење имовине банке.

У случају поступања банке супротно одредбама Закона, прописима Народне банке Србије и другим прописима, те и стандардима опрезног банкарског пословања, Народна банка Србије може предузети једну од следећих мера: 1. упутити писмену опомену, 2. упутити налогодавно писмо, 3. изрећи налоге и мере за отклањање утврђених неправилности, 4. увести принудну управу, 5. одузети дозволу за рад.

Путем налога и мера Народна банка Србије поред осталог може наложити решењем да банка повећа износ капитала и адекватност капитала, да привремено обустави кредитирање својих акционара и других лица, да смени члана управног и извршног одбора и да предузме низ других мера.

У случају доношења решења о увођењу принудне управе, увођење принудне управе у банци уписује се у регистар привредних субјеката.

У току трајања принудне управе именују се два принудна управника, и то лица независна од банке која имају добру пословну репутацију и одговарајуће квалификације.

Један од начина престанка рада банке је и одузимање дозволе за рад. Одузимање дозволе за рад може да се одреди решењем Народне банке Србије, може да се одреди решењем само у законом предвиђеним случајевима (ако се утврди да банка има критично низак ниво ликвидности, ако се утврди да је банка теже или трајније повредила закон или други пропис, ако се утврди да је дозвола за рад банке дата на основу неистинитих података), и у другим случајевима предвиђеним у чл. 130 Закона о банкама.

Кад се донесе решење о одузимању дозволе за рад, одмах се доноси решење о испуњености услова за покретање стечајног поступка, односно решење о ликвидацији банке.

Поступак у том случају се спроводи у складу са Законом о стечају и ликвидацији банака.

Решење о покретању стечајног поступка се доноси само када су обавезе банке веће од њене имовине.

После доношења решења о одузимању дозволе за рад, Народна банка Србије блокира све рачуне банке и тим решењем истовремено изриче меру забране располагања имовином банке до отварања поступка стечаја, односно ликвидације.

Сви правни послови у име и за рачун банке којој је одузета дозвола за рад, закључени после доношења решења о одузимању дозволе су ништави.

### **Основне функције Народне банке Србије и облици извршења**

Закон о Народној банци Србије („Сл. гласник РС”, бр. 72/2003, 55/2004 и 85/2005), одређује да се тим законом одређују положај, организација, овлашћења и функција Народне банке Србије.

Све своје надлежности Народна банка Србије обавља као самостална и независна и за свој рад је одговорна Народној скупштини Републике Србије.

Основни циљеви рада и деловања према поменутом Закону су постизање и одржавање стабилности цена и финансијске стабилности.

У оквиру бројних и разноврсних функција Народна банка Србије поред осталих обавља и следеће: 1. утврђује и спроводи монетарну политику, 2. самостално води политику курса динара и, уз сагласност Владе утврђује режим курса динара, 3. чува и управља девизним резервама, 4. издаје и одузима дозволе за рад банака, врши контролу бонитета и законитости њиховог рада, 5. врши контролу бонитета и законитости рада других финансијских организација и доноси прописе из те области.

У извршавању својих функција Народна банка Србије, сарађује са Владом и другим државним органима, може бити чланица међународних финансијских организација и институција и може сарађивати са националним, финансијским и кредитним институцијама ради извршавања свог основног циља и својих функција.

Преко монетарног одбора, гувернера и савета Банке, запослених са посебним овлашћењима и одговорностима (вицегувернери и др.) и других запослених, банка обавља своје бројне, веома значајне и разноврсне функције.

Народна банка Србије утврђује и спроводи монетарну политику, издавањем краткорочних хартија од вредности, одобравањем краткорочних кредита, утврђивањем обавезне резерве банака код Народне банке Србије и утврђивањем мера за одржавање ликвидности банака и других финансијских организација.

Банка може висину обавезне резерве утврдити и за друге финансијске организације. При томе је обавезна да прописује ближе услове и начин за обрачунавање

и издавање обавезне резерве. Ради одржавања ликвидности банака она може прописати: 1. услове и начин одобравања депозитних и кредитних олакшица, 2. услове и начин обезбеђења ликвидности исплате депозита физичких и правних лица код банака, 3. друге мере за одржавање ликвидности банака.

Поред изнетог Народна банка Србије може утврдити минималне услове кредитне способности банака, и мере које се примењују на друге финансијске организације, начин вођења девизне штедне књижице и девизног рачуна, те услове и начин обављања платног промета са иностранством.

У оквиру својих овлашћења Народна банка може прописати обавезу да друге банке држе одређени износ у девизама на њеном рачуну или код страних банака.

Извршење свих новчаних обавеза из послова закључених у Републици Србији између предузећа, других домаћих правних лица и грађана, врши се у динарима и у средствима плаћања која гласе на динаре.

### **Нека друга значајна овлашћења Народне банке Србије**

Контролно-надзорна функција НБС се огледа и у овлашћењу да уређује и унапређује платни промет, да контролише обављање платног промета у банкама и да обавља друге послове платног промета.

Како је већ делимично изнето Закон о Народној банци Србије даје овлашћење НБС да издаје и одузима дозволе за рад банкама, врши контролу бонитета и законитости пословања банака и других финансијских организација и предузима друге мере у складу са законом којим се уређује пословање банака и других финансијских организација.

Посебно овлашћење НБС, је да доноси прописе којима се утврђују стандарди опрезног банкарског пословања. Посебно овлашћење НБС је да може банци, на њен захтев, дати овлашћење за обављање послова платног промета и кредитних послова са иностранством ако утврди да та банка испуњава услове за обављање тих послова.

Ово овлашћење се може одузети ако се накнадно утврди да банка не испуњава услове за обављање тих послова.

НБС је овлашћена да води регистар банака овлашћених за обављање послова са иностранством, регистар представништва и других облика финансијске делатности домаћих банака и других финансијских организација у иностранству и регистар представништва и других облика финансијских делатности страних банака и других финансијских организација у земљи.

Регистри се воде у складу са прописаним условима од стране НБС. Регистри су јавне књиге, а уписани подаци у регистар су јавни.

Поменуто посебно овлашћења НБС омогућавају истој да врши са успехом своју разноврсну, свестрану контролно-надзорну делатност над свим банкама и другим финансијским организацијама.

Законом о НБС прописане су новчане казне за привредне преступе за банке и друге финансијске организације, ако поступају супротно прописима о обавезној резерви, врстама депозита и другим средствима како је то утврдила НБС, ако не спроводе мере које је прописала ради одржавања ликвидности, ако не држе одређени износ новчаних средстава у девизама на рачуну код НБС или код страних банака.

### **Посебни облици вршења контроле банака**

Народна банка Србије врши контролу стицања власништва над капиталом власништва и даје сагласност на сваки облик стицања власништва на основу поднетог захтева банке у којој се такво стицање и промена односа у власништву врши.

У вршењу такве контроле НБС је овлашћена да тражи информације и релевантну документацију о свакој промени власништва у обиму и проценту, све ради контроле законитости стицања власништва.

### **Престанак рада банке и одузимање дозволе за рад**

Основи за престанак важења дозволе за рад банке су: 1. одузимање дозволе за рад, 2. добровољни престанак рада банке, 3. статусне промене банке (спајање банака и припајање банке), 4. случај када се оснивачка скупштина банке не одржи у року прописаном у Закону о банкама, 5. ако банка захтев за упис у регистар привредних субјеката не достави у року прописаном Законом о банкама.

Поред осталих случајева НБС је овлашћена да одузме банци дозволу за рад и у следећим случајевима: 1. ако утврди да је банка критично поткапитализована, 2. ако банка не омогући НБС да изврши контролу бонитета и законитости њеног пословања, 3. ако утврди да банка има критично низак ниво ликвидности, 4. ако утврди да је дозвола за рад банке дата на основу неистинитих података, 5. ако утврди да је банка теже или трајније повредила закон или други пропис.

Други разлози за одузимање дозволе за рад ближе су одређени у чл. 130 Закона о банкама.

### **Органи НБС, овлашћења и функције**

Сада важећи Закон о Народној банци Србије одређује да су њени органи: 1. монетарни одбор НБС, 2. гувернер НБС, 3. савет НБС.

Сваки од поменутих органа има одређене и веома значајне надлежности, те посебан састав утврђен законом. Тако монетарни одбор чине гувернер и вицегувернери НБС. Надлежност овог органа је утврђивање монетарне политике, а посебно утврђивање: 1. услова и начина издавања краткорочних хартија од вредности, 2. политике одобравања краткорочних кредита, 3. политике курса динара и, уз сагласност Владе, режима курса динара, 4. начина управљања девизним резерва-

ма, и 5. мере за одржавање ликвидности банака и других финансијских организација.

Гувернер НБС, кога бира Народна Скупштина врши спровођење одлука монетарног одбора и савета НБС, припремање аката из надлежности НБС, доношење аката из надлежности НБС који законом нису стављени у надлежност монетарног одбора или савета. Гувернер, ради обављања послова из надлежности НБС доноси прописе и опште акте, као и појединачне акте. Прописи и општи акти се објављују у «Службеном гласнику РС».

Савет НБС усваја финансијски план НБС, годишњи рачун, утврђује листу радних места са посебним овлашћењима и врши избор овлашћеног ревизора.

Преко поменутих органа и на основу њихових одлука, те и овлашћења из Закона о НБС, НБС обавља дисконтне послове, утврђује обавезне резерве банака, врсте депозита и других средстава, одобрава банкама краткорочне кредите и спроводи мере и одлуке ради одржавања ликвидности банака и других финансијских организација, те мере и активности из области девизног пословања.

Посебна овлашћења НБС се односе на уређивање и унапређење платног промета у земљи, те контролу обављања платног промета у банкама.

### **Покретање и вођење управног спора и овлашћења судова у поступцима по тужби против решења и аката Народне банке Србије**

Из овог написа произлази да НБС има посебна овлашћења у поступку вршења надзорно-контролне функције над банкама и другим финансијским организацијама.

У тим поступцима НБС може донети бројна и разноврсна решења, па и решење којим се банци одузима дозвола за рад.

Таква решења су коначна и против истих се може водити управни спор у смислу чл. 6 Закона о управним споровима, где је предвиђено да се управни спор може водити само против управног акта, а да управни акт, јесте акт којим државни орган и предузеће или друга организација у вршењу јавних овлашћења решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица или друге странке у управној ствари.

Управни спор може се покренути и против првостепеног управног акта против кога није дозвољена жалба у управном поступку, како је то случај са решењима и другим актима НБС.

Битна разлика у односу на друга решења и управне акте које доносе државни органи и овлашћена лица из чл. 6 Закона о управним споровима је и у томе што од одлучивања по тужби против решења, одлуке или другог акта НБС, Врховни суд Србије не може самостално решити управну ствар за чије је решавање Законом о банкама утврђена надлежност Народне банке Србије. То је једно и значајно разликовање надлежности Врховног суда Србије у односу на одлучивање по тужби против других управних аката.

Досадашња судска пракса потврдила је постојање проблема код доследне примене прописа из Закона о управним споровима који се односе на обавезност пресуда. Наиме, кад суд поништи акт против кога је био покренут управни спор предмет се враћа у стање у коме се налазио пре него што је поништени акт донесен. Ако према природи ствари која је била предмет спора треба уместо поништеног управног акта донети други, надлежни орган је дужан да га донесе без одлагања, а при томе је везан правним схватањем суда, као и примедбама суда у погледу поступка.

Код управних спорова који се воде против решења и аката НБС не примењује се овлашћење из чл. 62 Закона о управним споровима да Врховни суд Србије може сам решити управну ствар пресудом која би замењивала у свему акт надлежног органа у конкретном случају акт НБС.

### **Нови Устав Републике Србије и Народна банка Србије**

Нови Устав Републике Србије који је ступио на снагу и проглашен 08. 11. 2006. год., у одељку о законитости управе (чл. 198) одређује да појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, морају бити засновани на закону. Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.

Према Уставу (чл. 193 ст. 3), сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом.

Одредбама Устава Републике Србије (чл. 195) Народна банка Србије је дефинисана као централна банка Републике Србије, с тим да је иста самостална и подлеже надзору Народне Скупштине којој и одговара.

Народном банком Србије руководи гувернер, кога бира Народна скупштина и о Народној банци Србије доноси се закон.

Другим одредбама Устава РС по надлежности Републике Србије (чл. 97 ст. 1 тач. 6 и 7) је одређено да Република Србија уређује и обезбеђује поред осталог, монетарни, банкарски, девизни и царински систем, економске односе са иностранством, систем кредитних односа са иностранством, потом својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине. Намеће се поуздан закључак да највећи део поменутих надлежности Република Србија уређује преко Народне банке Србије.

Делимично наведена надлежност Народне банке Србије као посебног правног лица подлеже надзору Народне скупштине, којој одговара и то као надлежан самостални орган у име Републике Србије поред осталог уређује и обезбеђује монетарни систем, банкарски и девизни систем, економске односе са иностранством и систем кредитних односа са иностранством, како је већ делимично изнето.

У оквиру својих управних овлашћења Народна банка Србије и према сада важећем Законом о Народној банци Србије, Законом о банкама и другим законима, доноси бројна коначна решења и друге правне акте.

Против ових појединачних правних аката у складу са одредбом о обезбеђењу законитости управе, законитост појединачних коначних аката којима се одлучује о праву, обавези или на законом заснованом интересу, подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није другачије предвиђена судска заштита.

Судска заштита против решења о појединачним правима и обавезама регулисана је Законом о управним споровима (одредбе чл. 1, чл. 2 ст. 1, чл. 4, 5, 6, 7, 10 и чл. 14 и друге одредбе).

Одредбом чл. 4 Закона о управним споровима предвиђено је да су пресуде донесене у управним споровима обавезне.

Обавезност пресуда донетих у предметима управног спора, и обавеза државних органа ближе је одређена чл. 61-64 Закона о управним споровима.

Према поменутиим одредбама Закона о управним споровима, предвиђена обавезност пресуде се штити постојањем могућности да суд сам реши управну ствар својом пресудом, ако надлежни орган после поништаја управног акта донесе противно правном схватању суда и противно примедбама у погледу поступка исту одлуку, па тужилац поднесе нову тужбу. Донета пресуда у том случају у свему замењује акт надлежног органа (чл. 62 Закона о управним споровима).

Како је већ раније у овом напису изнето, овакво судско поступање и одлучивање искључују одредбе чл. 9 ст. 6 Закона о банкама, где је предвиђено да у управном спору против решења НБС из чл. 9 ст. 3 Закона о банкама, суд не може решити управну ствар за чије је решавање одредбама Закона о банкама утврђена надлежност НБС.

Мишљења смо да потпуна судска надлежност, као и код одлучивања поводом тужби против решења других органа, не би умањила самосталност и независност Народне банке Србије, код одлучивања решењима и другим актима где је дозвољено вођење управног спора са напред поменутиим несвакидашњим ограничењем.

Ограничење из сада важећег Закона о банкама (чл. 9 ст. 3) је у супротности са одредбама члана 198 ст. 1 новог Устава Републике Србије, где се предвиђа неограничена судска заштита у односу на појединачна решења и друге правне акте у управном спору пред судом.

Измене и допуне оба закона (Закона о банкама и Закона о Народној банци Србије), код усаглашавања са новим Уставом РС треба да реше и напред поменуто спорно питање у смислу обавеза које нови Устав налаже, ради једнакости свих физичких и правних лица код захтева за заштиту у предметима управног спора.

---

**Borisav Čolić,**  
**Retired Supreme Court Judge**

## **BUSINESS OPERATIONS OF BANKS AND THE NATIONAL BANK OF SERBIA, FUNCTIONS AND RELATIONS**

### **Resume**

*The Law on Banks regulates founding, organization and operation of banks, bank relations with clients, method of bank management, control-supervisory role of the National Bank of Serbia and the form of termination of a bank's operation. According to the Law, bank is defined as a joint-stock company with a place of business in the Republic of Serbia, which has an operating licence issued by the National Bank of Serbia and performs depositary and credit operations. Banks are authorized to perform status changes (joining of banks and mergers). The Law on Banks defines the term of foreign bank as well. Furthermore, the meaning of a number of legal terms, like: branch, representative office, regulatory body, deposit, credit, parent company of the legal entity, dependent company of the legal entity, bank group and bank holding. Basic provisions of the law that regulates companies apply to banks as well, provided that they are not contrary to provisions of the Law on Banks. Bank can perform foreign exchange, foreign exchange and currency and exchange office transactions, payment operations, securities trading, brokerage and other operations.*

*The Law on the National Bank of Serbia determines a number of different functions:*

- 1. Establishes and enforces monetary policy*
- 2. Independently sets the regime of the dinar exchange*
- 3. Keeps and manages the foreign exchange reserves*
- 4. Issues and revokes operating licences for banks, performs credit standing control and control of legality of banks' operations.*

**Key words:** *responsibilities and functions of the National Bank of Serbia, founding and operation of banks, deposit, credit transactions, foreign exchange, foreign exchange and currency transactions, monetary policy, policy of the dinar exchange, management of foreign currency assets, constitutional position of the National Bank of Serbia.*



**Зоран Срећих**

*правни саветник у Канцеларији за придруживање ЕУ  
за ишћања хармонизација права са правом ЕУ*

UDC 341.63:339.5

## **Директна примена *lex mercatoria* као меродавног права за предмет спора пред међународном трговинском арбитражом**

### **Резиме**

Данас, највећи број међународних арбитражних институција у својим правилима арбитражног процедура предвиђају овлашћење арбитра да, у одсуству сагласности уговорних страна у погледу меродавног права/правних правила за решавање спора из уговорног односа, непосредно утврди меродавна „правна правила“ које сматра „прикладним“ за предмет спора, заобилазећи при томе било какво колизионо упућивање. Овим се заправо даје могућности директне примене права међународне трговачке заједнице (*lex mercatoria*, *law merchant*) на предмет спора у одсуству изричите воље уговорних страна, чиме се избегава примена спору противречних националних права за која се претпоставља да нарушавају равноотежу уговорних односа успостављену у време његовог закључења. Међутим, у правној теорији се поставља питање, да ли је непосредна примена *lex mercatoria* дозвољена, с обзиром на постојање правних схваћања која изједначавају његову примену, у одсуству изричите воље уговорних страна, са одлучивањем *amiable compositeurs* без мандата. Аутор, у обраћању за одговором на ову дилему, полази од анализе правне природе *lex mercatoria* и њене релеванности у процедури решавања доушеничност егзекуције на основу правила Њујоршке конвенције о признавању и извршењу страних арбитражних одлука. Истовремено

но, он у циљу решавања овог проблема истражује релевантност сагласности воља сипрана у сипору у погледу избора надлежности арбитражне институције и њених арбитражних правила узимајући у обзир легитимна очекивања међународне пословне заједнице у погледу примене правила *lex mercatoria*. Аутор полази од сипава да је поуздње у материјалноправну доследност арбитражне одлуке исцрпљена у слободном избору арбитражног већа и уложеном поверењу у способност, знање, искриво и неирисипрасност арбитра којем је одлучивање уговором поверено, иипо је ниипа друго до пословни ризик слободно исказане уговорне воље. Сипога, аутор закључује да је ииперес међународне пословне заједнице у сипоровима иповодом међународних тирасакција ире иипенсипран у иправну сигурност у погледу процесне судбине арбитражне одлуке него у иповерење у њену иправну доследност. Оипуда, он смипра, уз навођење и других иправних аргумента, да је неипосредна ипримена *lex mercatoria* у арбитражном одлучивању дозвољена и да се не разликује од ипримене било којег националног иправа, уколико га арбитра, у одсуству сагласних воља сипрана у сипору, смипра најиприкладнијим извором иправних иправила за ипредмет сипора.

**Кључне речи:** иправила међународне итрговачке заједнице/*lex mercatoria*, ауипономија воље, иправо/иправна иправила, *voie directe, amiable compositeurs*, јавни ипоредак, *ultra vires*, равноипеже иипереса, хипоипеипичка воља, негаипиван избор, легиипимни иипереси.

### Увод

Међународна трговинска арбитража као метод решавања спорова из међународних пословних односа прилагођена је, или боље речено, узимајући динамичко својство тих односа, настоји да се прилагођава потребама међународног пословања и његових учесника. У том погледу она делује у приватној свери интереса и њена правна природа и карактеристике одлучујуће су условљене аутономијом воље пословних субјеката у чијем интересу она превасходно постоји.

С друге стране, функција коју врши међународна трговинска арбитража подразумева решавање спора (који проистиче из одређеног пословног односа и чије решавање је обухваћено арбитражним споразумом страна у том односу) доношењем обавезујуће одлуке, применом правних правила изабраног или меродавног права на утврђено чињенично стање. У том погледу она дотиче јавну сферу интереса, која се огледа у заинтересованости држава да се субјективна права пуноважно штите у законом прописаном грађанском судском поступку.

У вагању значаја различитих аспеката ова два интереса развијала су се и национална и међународна правила, која су регулисала међународну трговинску арбитражу, заснована на различитим правним теоријама и концептима које су давале предност једној или другој сфери приликом сагледавања одређених проблема које

је овај институт отварао и које се не могу посматрати изоловано од историјског, друштвеног и економског контекста у којем су настајале.

У том амбијенту поставља се и питање самосталности арбитраже у одређивању меродавног права за предмет спора и граница те самосталности.

У средиште овог проблема налази се питање дозвољености непосредне примене правила међународне трговачке заједнице (*lex mercatoria*, *law merchant*) као меродавног права за решавање међународних пословних односа у одсуству изричитог споразума уговорних страна.

### Анализа проблема

Аутономија воље у погледу избора меродавног права који ће регулисати односе уговорних страна у оквиру одређеног уговора опште је прихваћено начело у упоредном праву, међународним конвенцијама и модел законима, као и у правилницима институционалних арбитража и другим аутономним изворима међународног привредног права.

Воља изражена кроз арбитражни споразум странака, односно арбитражна клаузула из уговора којом се решавање спора или спорова поверава арбитражи и истовремено искључује надлежност редовних судова да одлучују о праву у конкретном случају, извор је арбитражног судовања. Истовремено тако изражена воља уговорних страна омеђују и границе арбитражног одлучивања.

Сама аутономија воље је субјективно право које извире из конкретног правног поретка. Доследно томе и њен садржај и домаћај утврђује релевантан правни поредак.

Стога је простор самосталног деловања међународне трговинске арбитраже омеђен, како идентификованом сагласном вољом уговорних страна у конкретном случају, тако и границама објективног права релевантног правног поретка којима оно ограничава аутономију воље.

У том смислу, од схватања правне природе овог института и од конкретних колизионих одредби међународног приватног права које је у конкретном случају меродавно, може зависити обим самосталности арбитраже у утврђивању меродавног права.

Према новом српском **Закону о арбитражи**, арбитражни суд доноси одлуку *применом њрава, односно њравних њравила и обичаја*, док одлуку на основу правде и правичности (*ex aequo et bono*, *amiable composition*) може донети ако су се странке о томе *изричито споразумеле* (Члан 49). **Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи** (у даљем тексту: Европска конвенција) овом услову додаје још један: да су уговорне стране биле на то овлашћене правом које је меродавно за арбитражни поступак.

Исто тако Закон предвиђа да међународна трговинска арбитража одлуку доноси *применом њрава или њравних њравила* које су странке споразумно одредиле као меродавне, а уколико нису учиниле такав споразум *арбитражни суд у међуна-*

родној арбитражи *по право*, односно *правила одређује на основу колизионих правила које оцени прикладним* (чл. 50).

С друге стране, Европска конвенција у члану VII предвиђа да су стране слободне да утврде меродавно право за материју спора, док ће арбитража, у одсуству таквог споразума применити одговарајуће право у складу са колизионим правилом које сматра применљивим у конкретном случају избегавајући при томе израз „правна правила“ који сусрећемо у нашем закону. UNCITRAL Модел закон о међународној трговинској арбитражи (у даљем тексту: Модел закон) пак, предвиђа да су стране слободне да споразумно утврђују меродавна „правна правила“ (rules of law) за предмет спора (члан 28 став 1), међутим, у одсуству таквог споразума арбитар ће према Модел закону бити овлашћен да примени једино „право“ (the law), на које га упуте колизиона правила која сматра применљивим за случај, али не и „правна правила“ (члан 28 став 2).<sup>1)</sup>

Да ова дистинкција није случајна указује и образложење члана 28 Секретеријата UNCITRAL-а у којем се недвосмислено наводи да је моћ арбитраже да утврђује меродавно право у одсуству изричите воље уговорних страна ограничена једино на проналажење меродавног права, односно националног права, заступајући при томе како сами истичу „традиционалну линију“.<sup>2)</sup>

За разлику од горе поменутих извора који се разликују према томе да ли слободан избор колизионе норме треба да упуту искључиво на меродавно право или дозвољава упућивање и на правна правила Правила арбитраже Међународне трговинске коморе у Паризу (у даљем тексту: ICC Правила) овлашћују арбитражу да у одсуству споразума страна у спору непосредно утврди меродавна „правна правила“ које сматра прикладним за предмет спора (тзв. *voie directe*), заобилазећи колизионо упућивање. Арбитражна пракса институционалне арбитраже МТК непосредне примене *lex mercatoria* заснована је на члану 17 који установљава *voie directe*.

У теорији постоје ставови да *lex mercatoria* не представља право као и да је одлучивање у складу са правилима међународне трговачке заједнице заправо одлучивање *ex aequo et bono* а не у складу са правом.<sup>3)</sup> Косеквенца доследног извођења овог става је да одлука заснована на правилима *lex mercatoria* не би могла бити извршна јер није заснована на праву.

Стога се поставља се питање самосталности арбитраже да непосредно (или на основу слободног избора колизионе норме) примени *lex mercatoria* у случаје-

1. UNCITRAL правила о арбитражи која су намењена ад хоц арбитражама у члану 33 везује аутономију воље само за избор права али не и правних правила.
2. Explanatory note by the UNCITRAL secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, United Nations 1994. par 35.
3. Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража* (Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2003.) стр 129; Варади, Бордаш, Кнежевић, *Међународно приватно право* (Форум, Нови Сад 2001), стр. 368, 369.

вима када се странке претходно нису сагласиле о меродавном праву и када не постоји мандат за *amiable compositeurs*.

Да би смо покушали да одговоримо на овај став потребно је претходно ближе одредити шта подразумевамо под одредницом *lex mercatoria*.

### *Lex mercatoria*

Претпостављена национална неутралности чињеница да су његова правила обликована од стране оних који се њима служе у пракси - трговаца и да су она прилагођена специфичном окружењу у којем се пословне трансакције одвијају који је различит од уско националног, чине комплекс правила *lex mercatoria* нарочито погодним за регулисање уговора и спорова из међународних пословних трансакција, за разлику од националних права за које се претпоставља да су обликована тако да одговарају економским интересима држава и пословања у границама њихових тржишта.

Међутим, не постоји међународни консензус у погледу прецизног значења *lex mercatoria*. Уколико би се пошло од негативног одређења, полазна тачка би била да није у питању ниједно национално законодавство, већ анационални систем начела, трговачких обичаја и правила која су опште прихваћена у међународној трговачкој заједници.<sup>4)</sup>

Разилажења настају када је у питању одређење природе самих тих начела и правила, односно да ли њихову целокупност можемо назвати правом. Другим речима, да ли је *lex mercatoria* право равноправно са правом које проистиче из суверенитета, и да ли је то питање, заиста, практично релевантно када је у питању међународна трговинска арбитража.

Начела и правила која чине скуп норми међународног права трговаца имају различито порекло. *Lex mercatoria* црпи своја правила из националних правних система, али и из праксе пословних субјеката у међународним трансакцијама које своје место редовно налазе у уговорним одредбама које те трансакције регулишу. Различите међународне организације владиног и невладиног карактера настоје да ту праксу идентификују, систематизују и кодификују у збирке правила општег карактера или правила која регулишу одређени посао или правно питање.

Спорно, међутим, није питање одакле *lex mercatoria* црпи своја начела и правила већ одакле црпи обавезност за та правила.

Поборници *lex mercatoria* ослањајући се на релацију правни поредак - заједница, и сматрају да он представља правни поредак који се састоји од правних правила која регулише пословне односе у међународној заједници трговаца и упућују на обичајни карактер његових правила (систем обичајног права) и утемељености на опште прихваћеним правним начелима.<sup>5)</sup> Упућивање на правни поредак требало

---

4. J. Ramberg, *International Commercial Transactions*, ICC, Kluwer Law International, Norstedts Juridik AB (Sweden, 2000), стр. 20.

би да реши проблем дихотомије меродавних правних правила/меродавног права, и да омогући систему аутономних правила међународне трговине равноправан третман са правом суверенитета приликом одређивања меродавног права у одсуству изричите воље уговорних страна. Указивање на обичајни карактер *lex mercatoria*, истовремено, даје могућност за његову непосредну примену у арбитражном решавању спора пре меродавног националног права а после одредби уговора, и то на основу изричитих правила међународних конвенција које регулишу одређена материјално-правна и процедурална питања међународне продаје и арбитраже, као и на основу националних прописа који регулишу међународну трговинску арбитражу на трагу Модел закона какав је верујемо случај и са нашим законом (видети члан 8(3) и члан 9 CISG, члан VII Европске конвенције, члан 28(4) Модел закона, члан 50 став 4 Закона о арбитражи).

Противници *lex mercatoria*, пак, указују на његову недовршеност и немогућност да регулише све односе који у једној заједници настају из чега црпе аргумент према којем он не може бити сматран правом. Полазећи од својег схватања правне природе одлуке која се темељи на *lex mercatoria* они долазе до закључка да она није заснована на праву, већ на субјективном тумачењу правних принципа од стране арбитра и њиховом личном осећају за правичност у сваком поједином случају. Стога произилази да је одлучивање према правилима *lex mercatoria* заправо одлучивање *ex aequo et bono*, а не по праву. У том смислу они не само да одбијају могућност непосредне примене *lex mercatoria*, већ доводе у питање и сам изричити избор *lex mercatoria* уговорних страна као меродавног права за уговор уколико је меродавним националним правом ограничена уговорна аутономија у погледу одлучивања по основу правичности. Стога закључују да *уколико колизионе норме долазног права садрже забрану о одлучивању по правичности, тада би и избор lex mercatoria као уговорног система био недоуштен.*<sup>6)</sup>

У блажој варијанти истиче се да аутономија воље у погледу *lex mercatoria* заправо није колизионоправне природе већ материјалноправне, односно, с обзиром да је премиса да *lex mercatoria* није право онда уговорно позивање на *lex mercatoria* има дејство инкорпорације његових правила у уговор али не и колизионоправно дејство одређења меродавног права.<sup>7)</sup> Ефекат је да се инкорпорацијом *lex mercatoria* замењују само диспозитивне норме меродавног националног права, док његове императивне норме и даље имају примат. Овакво тумачење, у крајњој линији, доводи до тога да се на различите клаузуле јединственог уговора примењују правила различитих права или правних система што доводи до ефекта „целања уговора“ (*dépeçage*) и правне несигурности.

Требало би напоменути да приликом рационализације својег приступа противници *lex mercatoria* своде транснационално право међународне трговине на

5. Тома Рајчевић, *Lex Mercatoria*, Страни правни живот, Институт за упоредно право (Београд 1999) стр. 13

6. Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, стр 131.

7. Варади, Бордаш, Кнежевић, *Међународно приватно право*, стр. 368, 369.

фрагментарни и дифузни корпус обичаја, општих правних принципа и спорадичних кодификација. Из тога износи сумњу да је из таквог корпуса правила могуће издвојити правну норму на основу чије примене би могло да се закључи да је одлука арбитраже предвидива и заснована на праву, а не на арбитражности и субјективној процени арбитра.<sup>8)</sup> Тиме износи и своју основну замерку да су применом *lex mercatoria* странке изложене правној несигурности и самовољи арбитра у погледу крајњег материјалноправног резултата.<sup>9)</sup>

Међутим, као што смо напоменули на самом почетку, различита схватања и концепти резултат су деловања одређених друштвених и економских чинилаца у времену и простору, и у том смислу вредни су онолико колико одражавају реалне и легитимне потребе одређене заједнице.

Стога, да бисмо правилно размотрили прихватљивост једног становишта у односу на друго потребно је њихове консеквенце тестирати у односу на контекст о којем говоримо, а то је међународна трговина и међународна трговинска арбитража и њена улога у међународним пословним трансакцијама и однос националних правних поредака према тој чињеници.

У наредним редовима, кроз анализу практичних правних питања, покушаћемо да упоређивањем два крајња правна становишта, укажемо на предности и практичност прихватања заснованости правног става о допуштености непосредне примене *lex mercatoria* као меродавног права за предмет спора, имајући у виду претпостављену сврху арбитражне методе решавања међународних трговинских спорова.

### **Питање непосредне примене *lex mercatoria* са становишта јавног поретка и приговора *ultra vires***

Питање дозвољености непосредне примене *lex mercatoria* на предмет арбитражног спора постаје релевантно оног момента када се страна арбитражна одлука поднесе националном суду ради њеног признања и извршења. Да ли ће арбитражна одлука бити у својој правној снази изједначена са правоснажном пресудом домаћег суда зависи од услова признања које прописује важеће процесно право земље у којој се то признање тражи.

Њујоршка конвенција о признавању и извршењу страних арбитражних одлука (у даљем тексту: Њујоршка конвенција) као универзално прихваћен и обавезујући међународни инструмент (преко 120 чланица) регулише ово питање у члану V где утврђује, односно лимитира разлоге због којих може бити одбијено признање и извршење стране арбитражне одлуке. Разлози које наводи Њујоршка конвенција ограничавају се на питањима: валидности арбитражног споразума; поштовања начела *audiatur et altera pars*; одлучивања у границама предмета арбитражног спора-

---

8. Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, стр 122, 123.

9. *Ibidem*, стр. 125

зума; сагласности састава арбитраже односно арбитражне процедуре са споразумом странака или (у одсуству споразума) са правом места арбитраже; (не)постојања обавезујуће арбитражне одлуке или одлуке која није поништена или обустављена од стране надлежне власти права под којим је или места где је та одлука донета.<sup>10)</sup> Поред тога, суд, сагласно другом ставу члана V, по службеној дужности води рачуна о арбитрабилности спора, као и о томе да ли је признање и извршење арбитражне одлуке супротно јавном поретку државе.

Када размотримо наведене разлоге одбијања егзекватуре примећујемо изостанак правила које би се односило на неправилну или погрешну примену права, који разлог редовно постоји у националним процесним правима када се испитује законитост судских пресуда. Ово решење кореспондира претпостављеном интересу међународне пословне заједнице којој је у међународним трансакцијама важнија правна сигурност у погледу процесне судбине арбитражне одлуке од поверења у њену правну доследност. Сигурност у правну доследност се исцрпљује у слободном избору арбитражног већа и инвестираном поверењу у способност, знање, искуство и непристрасност арбитра којем је одлучивање уговором поверено, што је заправо ризик слободно исказане уговорне воље. У том смислу, правна правилност арбитражне одлуке је домен слободне оцене доказа, правне релевантности чињеница и околности случаја и њиховог квалификовања у меродавна правна правила које одреди арбитар, а све у границама арбитрабилности. Све унутар круга арбитрабилности не би требало да буде интерес националног суда, јер се, у начелу, ради о пресуђивању у правној материји која се налази у приватној сфери унутар које правни субјекти могу слободно располагати.

Ипак, ограничена могућност испитивања правилне примене права код страних арбитражних одлука, па тиме и дозвољености непосредне примене *lex mercatoria*, постоји кроз примену института јавног поретка (*public order*).

Међутим, примена институције јавног поретка ограничена је начелом извршености на којој је заснована Њујоршка конвенција, чија сврха је да охрабри и олакша закључивање арбитражних споразума, уједначи стандарде признања и извршења арбитражних одлука и тиме подржи међународну трговинску сарадњу. Конвенција се, отуда, у члану V, зауставља на питањима арбитрабилности и основним принципима поштовања процедуре и њене контрадикторности, која су најшире прихваћена у свим правним системима.

Широко тумачење и примена институције јавног поретка, стога, не би било у складу са начелом коначности и извесности у међународним пословним трансакцијама на којим вредностима се темељи Њујоршка конвенција.

Тест који мора да прође страна арбитражна одлука односи се на питање дејства, односно да ли су практичне последице њеног признања инкомпатибилне са домаћим (међународним) јавним поретком,<sup>11)</sup> а не да ли је текстуални садржај примењеног права, односно норме, у нескладу са њим. При томе, домаћи (међуна-

10. О наведеним разлозима суд ће одлучивати само уколико постоји захтев стране против које се тражи признање и извршење арбитражне одлуке и терет доказивања је на тој страни.



родни) јавни поредак се своди на фундаменталне принципе и схватања морала и правде државе признања, односно на фундаментална начела правног и економског поретка,<sup>12)</sup> те у њега не улазе и све норме домаћих прописа принудног карактера (в. фусногу 14). Узимајући у обзир горе наведено, за суд, који у оквиру поступку егзекутуре одлучује о подобности за признање и извршење стране арбитражне одлуке у односу на међународни јавни поредак, је ирелевантно њено образложење у којем је примењено материјално право у меритуму, правно схватање арбитра о његовој садржини и начин на који је дошао до његове применљивости.

Браћајући се на примарно питање овог текста, закључујемо да је учињен избор правних правила од стране арбитра, па тиме и *lex mercatoria* као меродавног права, односно његова директна примена у одсуству споразума уговорних страна, ирелевантан за проблем дозвољеност егзекутуре арбитражне одлуке у складу са чланом V(2)(б) Њујоршке конвенције. Другим речима, суд егзекутуре на основу овлашћења из члана V(2)(б) не би могао да одбије признање и извршење арбитражне одлуке услед примене *lex mercatoria* заснивајући то чињеницом да одлука није донета на основу права, или да је донета на основу правичности мимо воље уговорних страна, јер тиме не би био задовољен критеријум непосредног дејства о којем смо говорили горе. Конкретно правило *lex mercatoria* примењено у конкретном случају само по себи не би могло да се сматра супротно фундаменталним начелима правног поретка земље признања, осим уколико суд не би утврдио да су практични ефекти тако засноване одлуке супротни јавном поретку.

Овакво тумачење је у складу са правном природом контракта. Уговори се у највећем броју случајева извршавају без правосудне асистенције, те ће правни проблем примене *lex mercatoria* доћи до изражаја тек када се пред арбитражима изнесе неки правни спор, односно када треба да се призна и изврши арбитражна одлука која је заснована на *lex mercatoria*. Мимо иницијативе уговорних страна, могу бити спорни само они извршени уговори који су апсолутно ништави и у тим случајевима долази до поништавања свих њихових последица, јер у смислу права такви уговори нису ни настали. У супротном, уговори се исцрпљењем потраживања гасе сами од себе без обзира на правна правила која су хипотетички била меродавна за њих и без штетних последица по друштвено устројство (уколико их има). Стога би било логично и целисходно да се, *ex officio*, спорност примене *lex mercatoria* у поступку признавања и извршења арбитражне одлуке цени једнако као спорност примене било којег меродавног права које није право државе признања и изврше-

---

11. Нпр. чињеница да се у домаћем правном поретку за неки уговор тражи обавезна форма као услов његовог постојања не значи да ће арбитражна одлука, у којој је примењена норма неког другог права која тај услов не захтева, бити аутоматски неподобна за признавање. Оно што ће бити релевантно, је заправо, да ли ће ефекти признања такве одлуке бити на штету разлога због које је та форма прописана и да ли тај разлог представља фундаментално начело на којем почива домаћи правни поредак.

12. Александар Јакшић, *Међународна трговинска арбитража*, стр. 558.

ња. Другим речима, само у односу према *ordre public* и у границама које одређује Њујоршка конвенција. Према томе, у пракси би било немогуће бранити став да је заснивање одлуке на правним правилима *lex mercatoria* сама по себи супротна јавном поретку, позивањем на одсуство споразума уговорних страна, односно по основу непостојања сагласности за *amiable compositeurs* или на његову спорну правну природу. Мероводно може бити једино да ли су ефекти тако засноване одлуке супротне јавном поретку а не њено образложење.

Поред тога, горе изнето схватање је у складу и са општеприхваћеним правним начелом у међународним конвенцијама и другим изворима арбитражног права да међународна трговинска арбитража нема свој леџ фори у погледу утврђивања колизионих норми. Супротно становиште би непотребно сужавало аутономију воље уговорних страна изражену кроз избор одређене арбитражне институције и њених арбитражних правила која дају мандат арбитрама да *lex mercatoria* огласе меродавним у њиховим приватним односима.<sup>13)</sup>

Међутим, спорност питања непосредне примене *lex mercatoria*, односно релевантности правно-теоријске расправе о правној природи међународног система правила трговаца овим није исцрпљено. Подсећамо да члан V(1)(e) Њујоршке конвенције пружа основ да суд егзекватуре, на иницијативу заинтересоване стране, одбије признање и извршење арбитражне одлуке која је поништена или чије је извршење обустављено од стране суда државе у којој или на основу чијег права је арбитражна одлука донета.

То даље значи да коначност арбитражне одлуке, непосредно засноване на *lex mercatoria*, може бити доведена у питање услед негативног правног становишта судова држава порекла арбитражне одлуке, заузетог према правној природи транснационалног права у поступку по тужби за поништај арбитражне пресуде.<sup>14)</sup>

13. Поред тога, међународни извори арбитражног судовања предвиђају да ће арбитар, без обзира да ли је меродавно правило утврдио на основу колизионе аутономије воље, на основу колизионе норме коју сам одреди у њеном одсуству, или у складу са *voie directe*, приликом решавања спора водити рачуна о одредбама уговора и трговачким обичајима (члан VII Европске конвенције, Члан 28 став 4 Модел закона, члан 17 став 2 ИСС Правила). Став да је одлука заснована на *lex mercatoria* супротна јавном поретку, јер није утемељена на праву, би у том случају могао нарушавати правну сигурност у земљама које су чланице Конвенције УН о уговорима о међународној продаји робе (бар када је у питању делокруг овог извора) због дејства члана 9:

- (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.
  - (2) *The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned* (курзив аутора).
14. Напомињемо да члан IX Европске конвенције предвиђа да судови егзекватуре могу уважити одлуку суда по тужби за поништај само из разлога који су стипулирани у ставу 1 овог члана, а који не обухвата ордре публиц. При томе у ставу 2 прописује да чланице Европске конвенције које су уједно и чланице Њујоршке конвенције не могу примењивати члан V(1)e Њујоршке конвенције изван основа набројаних у члану IX(1) Европске конвенције.

Проблем настаје у оним правним системима који као услов за пуноважност арбитражне одлуке захтевају да она буде заснована на праву, али не и на правним правилима. Отуда, може бити спорно да ли одлука заснована на *lex mercatoria* задовољава поменути захтев.

У преломном случају *Norsolor*<sup>15)</sup> арбитражни суд тумачећи широко овлашћење из клаузуле члана 13<sup>16)</sup> ИСС Правилника применило је правила *lex mercatoria* као меродавна, за решење одређених правних питања у спору заобилазећи, истовремено, национална права која су гравитирала као потенциционално меродавна. *Norsolor* је пред француским судом егзекватуре тражио да се одбије признање арбитражне одлуке засноване на *lex mercatoria* позивајући се на члан 1028 тада важећег Закона о грађанској процедури, који је као услов признања арбитражне одлуке захтевао да арбитар мора применити *право* у меритуму. Виши суд у Паризу одбацује овај захтев уз образложење да су „арбитри у складу са чланом 13 Правилника ИСС, применили колизиону норму коју сматрају одговарајућом а која је меродавним одредила *ојшине принципје облигационог права* који се примењују у међународној трговини”.<sup>17)</sup>

Међутим, *Norsolor* је покренуо тужбу за поништај арбитражне одлуке пред аустријским судом надлежним према месту арбитраже. Бечки арбитражни суд потврђује став француског суда и одбија тужбу наводећи да „је јасно да су, без обзира на два пута употребљен израз ‘правичност’, арбитри применили *правне категорије*. То се нарочито тиче одлуке о накнади штете због раскида уговора јер начела добре вере и лојалности, употребљени у складу са *lex mercatoria*, представљају *ојшине правне принципје*”.<sup>18)</sup> Поступајући по жалби, Бечки апелациони суд ипак уважава захтев *Norsolor*-а сматрајући да се арбитражни суд применом *lex mercatoria* позвао на „светско право несигурне важности (и) одбацио меродавност једног националног правног поретка и тиме засновао одлуку искључиво на принципима лојалности и добре вере”.<sup>19)</sup> Стога је Париски апелациони суд на основу члана В(1)е Њујоршке конвенције и поштујући принципе међународне хармоније и сарадње морао поништити арбитражну одлуку у делу у којем је примењен *lex mercatoria*.

Коначно аустријски Касациони суд преиначује одлуку Апелационог суда констатујући да су „арбитри применили један принцип приватног права који не умањује нити крши императивне норме закона на снази нити једне од две заинтересо-

---

15. *Norsolor Case*, ICC award No. 3131, *XII Yearbook of Commercial Arbitration*, 1983, pp. 109-111.

16. Члан 13 ИСС Правилника арбитраже из 1975. овлашћује арбитра да слободно одреди колизиону норму коју сматра одговарајућом ради утврђивања меродавног права (*loi*), али не и правних правила (*régles de droit*) за разлику од члана 17 ИСС Правилника из 1998. који установљава воје директе и изричито и једино упућује на правна правила што је управо резултат утицаја *Norsolor* случаја (Хуан Фернандез-Арместо, *Observations on SCC Case 117/199*, стр 78, [http://www.sccinstitute.com/upload/shared\\_files/artikelarkiv/scc\\_case\\_117\\_1999.pdf](http://www.sccinstitute.com/upload/shared_files/artikelarkiv/scc_case_117_1999.pdf))

17. Навод према Тома Рајчевић, *Lex Mercatoria*, стр. 28.

18. *Ibidem*.

19. *Ibidem*.

ване државе. Примена принципа правичности од стране арбитражног суда без претходне дозволе странака, не представља прекорачење надлежности”.<sup>20)</sup>

Можемо приметити лутање у тумачењима судова у корист непосредне примене *lex mercatoria* као меродавног права, који као да су наслућивали практичне предности пропулзивног тумачења за развој арбитраже, али нису проналазили довољно јако правно утемељење за њега. Позицију судова додатно је отежала употреба израза „правичности“ од стране арбитраже у образложењу одлуке што је могло указивати на одлучивање *ultra vires*. Поред тога, у време када је решаван овај спор нису постојале систематизоване збирке правила *lex mercatoria* попут UNIDROIT Начела међународних трговачких уговора 1994. (са новим главама из 2004; у даљем тексту: UNIDROIT Начела) што је додатно отежавало случај за *lex mercatoria* и опасно га сводила на „лепу“ теоријску конструкцију. Ипак, судови су добро приметили да су на предмет спора примењене „правне категорије”, односно правила која по својој природи могу да се квалификују као правне норме „облигационог права” која при томе не доводе у питање императиве националних правних поредака у питању.

Не улазећи у минуциозну расправу о правној утемељености решења овог спора са тадашњег аспекта, остаје чињеница да је управо случај Norsolor дао значајан подстицај и поуздање за широку непосредну примену *lex mercatoria* од стране арбитража без бојазни због неизвесне правне судбине тако засноване одлуке. Оно што је можда и значајније пружио је смисленост послу неформалне кодификације правних правила *lex mercatoria*, који ће касније предводити UNIDROIT и реализовати са UNIDROIT Начелима као све утицајнијим извором права. Истовремено, он пружа потребно упутство за ревизију арбитражних правила институционалних арбитража и прихватање института *voie directe*, као и за рецептивнији однос националних правних система у законском регулисању међународне трговинске арбитраже према непосредној примени *lex mercatoria*, односно превазилажењу дуализма право/правна правила.<sup>21)</sup>

Norsolor је пресекао пупчану вршцу којом је арбитражни метод одлучивања био везан за међународно приватно право ситуса арбитраже и тиме отворио могућност равноправне примене неутралног система транснационалних правила у конкуренцији са локалним правом. То је, даље, омогућило да арбитражи, у одсуству сагласне воље о меродавном праву уговорних страна, примењују систем правила који (поред својег матичног права) најбоље познају. Редовна и једнообразна примена транснационалних правних правила од стране арбитража дозволило је успостављање правне праксе која обезбеђује правну сигурност примене *lex mercatoria* и у материјалном смислу.<sup>22)</sup> Кодификацијом правила међународног уговорног

20. *Ibidem*.

21. Члан 17(1) ИСС Правила арбитраже; члан 24 (1) Правилника Арбитраже институције Трговинске коморе у Штокхолму; члан 1054 Холандског законика и грађанској процедури; члан 187 Швајцарског статута о међународном приватном праву; Члан 50 (3) Закона о арбитражи.

права, која обухвата и правила конгентног карактера (уговорне стране не могу споразумно искључити њихово дејство) отклањена је основна критика противника непосредне примене *lex mercatoria* која се односи на његову фрагментарност, општост и правну несигурност у материјалном смислу. С обзиром на све ширу непосредну примену UNIDROIT начела или позивање на њих од стране међународних трговинских арбитража као суплеторног извора меродавних националних правима, јасно је да за пословни свет садржина и правно дејство правила *lex mercatoria* није непознаница и они редовно рачунају са његовом применом када уговарају институционалне арбитраже.

Према томе, аргумент да је непосредна примена *lex mercatoria* мимо аутономије воље *ultra vires* спорна је из најмање два разлога: (1) зато што одлучивање по правилима *lex mercatoria* није одлучивање према правичности, већ је доследна примена корпусу правних правила на правно релевантне чињенице конкретног спора, која правила су, при томе, адекватна да творе правну норму, и која су широко прихваћена од међународне заједнице трговаца као обавезујућа; (2) правила поступка највећег броја институционалних арбитража дозвољавају директ воие, односно примену правних правила (*régles de droit, legal rules*) као меродавних за меритум спора без колизионог упућивања, те се уговарањем њихове надлежности не може говорити о недостатку аутономије воље којом су стране дозволиле могућност примене *lex mercatoria*.

С друге стране, чак иако бисмо одбацили аргумент постојања међународне заједнице трговаца као фикцију, реалност је да правни поредак појединачног суверенитета, из објективних разлога, најчешће није подобан да твори право које одговара потребама пословања у међународном контексту. То је, најчешће случај и када се суверенитети координирају путем закључивања међународних мултилатералних конвенција, која су, уз изузетке, пре израз компромиса него израз правне умешности. Штавише, данас смо сведоци да се ново право ствара претежно у међународном контексту, тамо где се одвијају најкомпликованије трансакције и где се трага за правичним правним решењима која ће пружити правну подлогу за њихово сигурно одвијање. У том погледу мишљења смо да отвореност домаћих правних система према *lex mercatoria* јесте потреба и нужан услов њиховог развоја.

У овом делу текста покушали смо да укажемо на границе непосредне примене *lex mercatoria* у односу на институт јавног поретка и у контексту приговора *ultra vires* у односу на правну природу *lex mercatoria*, односно карактеру одлучивања на основу транснационалних правила међународне трговине. Међутим, констатовали

22. Овде видимо да прихватање аргумента против непосредне примене *lex mercatoria* (због његове правне несигурности) и истовремено спречавање правне могућности да се правна пракса *lex mercatoria* ствара, развија и успоставља, представља зачарани круг који онемогућава развој међународног привредног права. Верујемо да такво схватање заправо иде против правне сигурности међународних трансакција, јер је међународном пословном окружењу важније постојање једног транснационалног система правила који успоставља правну сигурност на транснационалном нивоу.

смо, исто тако, да се овде заправо ради о одбрани става да је *lex mercatoria* право које равноправно конкурише за примену у конкретном спору са правима националних поредака. Стога се поставља питање према којем критеријуму ће се арбитража определити за примену *lex mercatoria* у конкуренцији са националним правима у одсуству изричите воље уговорних страна.

### Границе непосредне примене *lex mercatoria* путем *voie directe*

Факт да стране нису уговориле меродавно право за предмет спора поставља арбитра у позицију да одређује право или правна правила која сматра најприкладнијим за његово решење.<sup>23)</sup> Али, не само то. Та чињеница арбитражу пружа и одређену информацију о степену сагласности воља уговорних страна у тренутку закључења уговора, односно о њиховим намерама.

Постоје различити разлози због којих уговорне стране не уносе клаузулу о меродавном праву, али једна од најчешћих околности је да стране нису дошле до позитивног споразума о праву које ће најбоље одразити равнотежу интереса успостављену уговором. Природно је да ће свака страна у преговорима о закључењу уговора настојати да наметне своје национално право као меродавно, за које претпоставља да најбоље штити њен интерес, због чега често не долази до споразума о том питању, али ипак долази до закључења уговора. При томе, иако уговорне стране, често, не долазе до позитивног консензуса око меродавног права, уговарањем арбитраже чија правила дозвољавају *voie directe*, оне преносе овлашћење на арбитра да одлучује о правилима која су „најприкладнија” за примену у конкретном случају, што може указивати на прећутни консензус уговорних страна да се на њихов уговор могу применити и правила *lex mercatoria* као меродавна у конкуренцији са националним правима.

Да ли ће се та могућност остварити зависи од процене арбитра која правна правила су најприкладнија за решавање спора у меритуму.

У једном случају пред Арбитражним институтом Штокхолмске привредне коморе<sup>24)</sup> где стране у спору (једна кинеска и једна европска компанија које су закључиле бартер аранжман чији је предмет била међусобна размена права на одређену интелектуалну својину путем узајамних лиценци) нису претходно одредиле меродавно право, арбитража је на сагласан захтев страна делимичном одлуком решила питање меродавног права/правних правила користећи се овлашћењем *voie directe* из члана 24 Правилника Арбитражног института.<sup>25)</sup>

Арбитража је у образлагању своје одлуке заузела став да, иако члан 24 даје овлашћење да изврши непосредну процену адекватности одређеног права или

23. У овој анализи полазимо од претпоставке да се на случај примењују арбитражна правила институције или *ad hoc* арбитраже која дозвољава *voie directe*, односно даје овлашћење арбитра да одређује меродавно право или правна правила непосредно без ослањања на количину норму.

24. SCC Case 117/1999.

правних правила не значи да се колизиона правила ситуса, односно Шведске могу унапред искључити као пут за изналагање најприкладнијег права/правних правила за предмет спора, полазећи од факта да су уговорне стране одабрале да седиште међународне арбитраже буде у Шведској. Стога је арбитража пошла од Конвенције о меродавном праву за уговорне односе (у даљем тексту: Римска конвенција) које је важеће право у Шведској и од начела најближе везе на којој је она заснована, односно од правне претпоставке најближе везе – седишта носиоца карактеристичне престације (Луксембург). С обзиром да ниједна страна није била носилац карактеристичне престације (узајамно лицензирање без новчане накнаде) арбитражни суд је одбацио ово везивање, јер би оно значило да би за лиценцу чији је давалац европска компанија било меродавно право Луксембурга, док би за лиценцу чији је давалац кинеска компанија било меродавно кинеско право. „У уговори-ма чији је предмет размена лиценци уговорних страна, не би била разумна претпоставка да се наводно кршење уговора једне стране третира другачије од исто таквог прекршаја друге стране, услед примене различитих права или правних правила као меродавних за облигацију сваке од уговорних страна“ закључује арбитражни суд.<sup>26)</sup>

С друге стране, арбитража је одбила и везивање према месту закључења уговора (Кина), закључивши да та тачка везивања не би могла бити одлучна чињеница, с обзиром да тако одређено право „не би било погодно да регулише како лиценцу коју је дао уговарач из Европе, тако и лиценцу коју је примио.“<sup>27)</sup>

Затим је арбитража поново анализирила релевантност избора места арбитраже али са становишта материјално-правног упућивања. Овде се арбитража ослонила на усаглашену праксу међународних трговинских арбитража која ово везивање не сматра поузданим, с обзиром да веома велик број практичних и техничких разлога могу утицати на избор места арбитраже из чега се не може имплицирати сагласна воља око меродавности материјалног права ситуса арбитраже. У овом случају стране су се, према процени арбитраже, определиле за Арбитражни институт SCC због његове праксе и угледа у решавању спорова између компанија са Истока и Запада, а не због њихове преференције ка шведском материјалном праву.<sup>28)</sup>

Након што је исцрпео разлоге због којих би нека од гравитирајућих националних јурисдикција била меродавна за предмет спора арбитража је утврдила правна правила UNIDROIT начела као најприкладнија за његово регулисање што је образложила на следећи начин:

25. За разлику од члана 17 Правилника ICC, Правилник Арбитражног института SCC у члану 24 предвиђа *voie directe* у односу на „право или правна правила“, а не само у односу на правна правила.

26. SCC Case 117/1999 [http://www.sccinstitute.com/\\_upload/shared\\_files/artikelarkiv/scc\\_case\\_117\\_1999.pdf](http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/artikelarkiv/scc_case_117_1999.pdf) (стр. 64).

27. *Ibidem*.

28. Врло је интересантно да су од тројице арбитра двојица били држављани Шведске.

Са становишта овог Трибунала, очигледно је да су се у овом случају стране *намерно суздржале* од усаглашавања по питању меродавног *права* за њихов Споразум из 1980. који иначе носи обележје једног веома добро припремљеног и стручно сачињеног уговора... Према мишљењу Трибунала, *разумно је претпоставити* да су уговорне стране *оčekивале* да би право, које коначно буде одабрано као меродавно, штитило њихове интересе на начин за који би *свако нормално пословно лице сматрало одговарајућим и разумним*, узимајући у обзир природу уговора и било које кршење које би отуда проистекло и без било каквих изненађења које би могло проистећи из примене домаћих права која недовољно познају (курзив аутора).

То наводи Трибунал на закључак да се питања која су спорна између страна преваходно морају решавати на темељу, не права било које посебне јурисдикције, већ на правним правилима која су нашла своје место у *међународним кодификацијама* или таквим документима *која уживају широко уважавање међу државама* које су укључене у међународну трговину. Поред међународних конвенција каква је Конвенција о међународној продаји робе (CISG) или друге конвенције које нису непосредно применљиве на споразуме о лиценци, једина кодификација за коју се може сматрати да има овакав статус јесу UNIDROIT начела међународних трговачких уговора (курзив аутора).<sup>29)</sup>

Уколико претресемо мисаони поступак арбитраже видећемо да је она анализирала све могуће индикације постојања прећутног споразума/воље уговорних страна (избор седишта арбитраже, избор места закључења уговора) и одбацивала их полазећи од дејства таквих тачака повезивања, односно од претпоставке да се стране са таквим ефектима (или бар једна од њих) не би сложиле. Заправо, ниједна од тих повезница не би довела до примене права које би било одраз равнотеже интереса успостављеним закључењем уговора.

Другим речима, она је настојала да конструише хипотетичку вољу уговорних страна објективизирајући је путем критеријума *нормалног пословног лица* и претпоставке да су уговорне стране управо *оčekивале* решење какво би на њиховом месту очекивало разумно пословно лице. При томе истраживање хипотетичке воље није значило и истраживање стварног, прећутног споразума, јер је разумно претпоставити да би свака страна прижељкивала да се на предмет спора примени право земље из које долази. Пре се радило о истраживању хипотетичког споразума, тј. сагласности воља до које би дошло да су уговорне стране одустале од својих крајњих позиција. Заправо, хипотетичка воља је воља која би довела до избора оног права или правних правила која доводе у равнотежу интересе уговорних страна, односно која би их равноправно штитила имајући у виду предмет уговора.

И поред тога, арбитража је да би појачала своју аргументацију, у светлу свих чињеница, закључила да су се уговорне стране *намерно суздржале од усаглашавања по питању меродавног права*, те према томе одсуство споразума о меродав-

29. *Ibidem*, стр 64-65.



ном праву није било случајно, већ је указивало на јасан „негативан избор“ уговорних страна да се искључе гравитирајућа национална права, којем избору се мора придати једнак значај као било којем „позитивном“ избору.<sup>30)</sup>

Применом стандарда *нормалног пословног лица* и полазећи од негативног консензуса, Трибунал правилно закључио да би правна правила UNIDROIT начела, као међународна кодификација која је широко призната *међу државама које су укључене у међународну трговину*, најадекватније штитила легитимне интересе (очекивања) обе уговорне стране.<sup>31)</sup>

То упућује на закључак, да ће, у одсуству изричите воље уговорних страна, приликом анализе предмету гравитирајућих права/правних правила односно њихове прикладности да буду примењена на материјално разрешење спора, арбитража истраживати право/правна правила која најбоље одговарају претпостављеним интересима уговорних страна, односно њиховој равнотежи успостављеној уговором.

Отуда и арбитар приликом одабира најприкладнијег права, односно правних правила, не поступа потпуно волунтаристички, већ је ограничен легитимним интересима уговорних страна, те ће у том погледу и непосредна примена *lex mercatoria* зависити од задовољења поменутог критеријума у сваком појединачном случају.

### Закључак

Правни послови су се одувек развијали као правни одговор за економске потребе тржишта. Међутим, тржиште данас, више него икад раније, није феномен везан за границе једне државне заједнице, већ навелико надилази њене уске оквице. Стога данас нова правна решења настају, пре свега у интернационалном контексту (било да представљају рецепцију решења неког светског правног система, националног правног поретка, или њихову мешавину, или чине оригинално решење настало у контексту неке уже или шире међународне заједнице професионалних трговаца), јер се у њему и генеришу нове економске потребе.

Без обзира на разноликости порекла правних решења, оно што им је заједничко, јесте њихова практичност и неутралност, због чега су општеприхваћени од стране међународне заједнице трговаца која их редовно примењује и којих се редовно придржава у пракси. Општеприхваћеност и свест о њиховој обавезности јесу основ због којих скуп тих правних правила творе право које називамо *lex mercatoria*.

---

30. Herbert Kronke, Observations on SCC Case 117/199, стр 68-69, [http://www.sccinstitute.com/\\_upload/shared\\_files/artikelarkiv/scc\\_case\\_117\\_1999.pdf](http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/artikelarkiv/scc_case_117_1999.pdf).

31. По нашем мишљењу, било би довољно да је своје опредељење арбитража засновала било на хипотетичкој вољи, било на истраженој прећутној вољи уговорних страна, уколико ова друга може са разумном сигурношћу да се утврди. Оно што је важно, јесте да избор најприкладнијег права/правних правила буде у складу са легитимним интересима уговорних страна.

Арбитража као метод решавања спорова из међународних трансакција је због своје флексибилности и близине међународној заједници трговаца, најбоље прилагођена да промене у међународном пословању и правним правилима која их регулишу прва идентификује и преточи у правну праксу која даје значајан ниво извесности у исход одређених спорова.

У том смислу *lex mercatoria* је алат међународне трговинске арбитраже у проналажењу правних норми за регулисање међународних трансакција као што су национални прописи инструмент националних судова у истом послу али на другом терену.

Стога смо уверени да, на овом ступњу развоја права, за разлику од признања, управо неприхватање од стране домаћег правног система факта постојања *lex mercatoria* као скупа правних правила које твори право, води ка правној несигурности како у процесном, тако и у материјално-правом смислу.

При томе, увек треба имати у виду, да је основ за непосредну примену *lex mercatoria*, претходна сагласност уговорних страна у погледу избора институције арбитражног судовања и њених процесних правила која дозвољавају директну примену правних правила. Сам избор арбитражне институције је пословни ризик уговорних страна чије последице не би требало да исправљају судови признања и извршења арбитражне одлуке.

Норма новог Закона о арбитражи, садржана у члану 50 став 3, иако не уводи у наш правни систем *voie directe*, отклања дилему око прихватљивости примене *lex mercatoria*, јер дозвољава арбитрама примену „правних правила” путем колизионе норме за коју нађу да је најприкладнија, што представља значајан корак у правцу прогресивног развоја домаћег права.

**Zoran Sretić,**  
**Advisor for legal harmonisation,**  
**Serbian European Integration Office**

#### **DIRECT APPLICATION OF THE LAW MERCHANT, AS APPLICABLE LAW FOR THE MERITS OF DISPUTE BEFORE THE INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION**

*At present time, majority of international arbitration institutions' rules of procedure convey the power to the arbitrator to directly determine the applicable "rules of law", which he deems "appropriate" for the merits of dispute, in absence of the explicit will of contracting parties regarding applicable law/rules of law for resolving differences that could arise from the contract, by means of bypassing application of any choice of law rule (voie directe). This, actually, provides possibility of the direct application of the law of the international merchant community (lex mercatoria, law merchant) on the merits of the dispute, in the deficiency of any such agreement, thus avoiding application of national laws that gravitate towards the subject of the legal argument which are assumed to di-*

*stort the balance stroke between the parties at the time of the contract's execution. However, in the legal theory, the question hovers to whether voie directe of law merchant is legally permissive whatsoever, as there are legal opinions that equate its application, in absence of explicit agreement, with ultra vires amiable compositeur. The author, in his quest for the solution of the abovementioned dilemma, sets off from the analysis of the lex mercatoria's legal nature and its relevance under provisions of the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards that lay limits for recognition and enforcement of awards. Simultaneously, the author inquires legal consequences of the parties' agreed choice of arbitration institution and its rules of arbitration and bears in mind the legitimate expectations of the international merchant community regarding application of lex mercatoria. The author's stance is that the confidence in the substantial credibility of the arbitral award is exhausted with free choice of the arbitration and with invested trust in the capabilities, knowledge, experience, and impartiality of the arbitrator to whom the decision-making is entrusted, which is nothing more than the business risk of the contractual will. Therefore, the author concludes that the interest of the international merchant community in the international transaction disputes is rather vested in the legal certainty of the procedural fate of the award than into the trust of its legal consistency. Thus, the author argues, while supporting his case with other legal arguments, that the direct application of lex mercatoria in arbitration proceedings is legally permissible since it bears no difference from application of any national law, as long as arbitrator, in absence of agreement of parties in the dispute, finds it as the most appropriate source of rules for the merits of dispute.*

**Key words:** *Rules of international merchant community/lex mercatoria, autonomous will, law/rules of law, voie directe, amiable compositeurs, public order, ultra vires, balance of interests, hypothetical will, negative choice, legitimate interests.*



## **ПРИЛОЗИ**



---

## МЕЂУНАРОДНО ПОСЛОВНО ПРАВО

---

### Решавање међународних спорова

#### О замени арбитра у току арбитражног поступка

Каква су решења у правилницима сталних арбитража и у законима о арбитражи у погледу замене арбитра у случају немогућности да учествују у поступку односно да врше своју функцију?

Дешава се у пракси да, у току поступка, због болести или смрти (или других оправданих разлога) дође до ситуације да арбитар не може да настави са испуњењем своје дужности. Шта се дешава у оваквом случају, какве су последице немогућности даљег учешћа арбитра у поступку на сам ток поступка?

У случају немогућности арбитра да настави са поступком приступа се именовању новог арбитра. То се чини у поступку који важи за именовање арбитра односно за конституисање арбитражног већа. Тако, према *UNCITRAL*-овом Арбитражном правилнику (члан 13), у случају смрти или оставке арбитра, нови арбитар (замена) именује се у поступку који важи за редовно именовање (који је уређен члановима 6 до 9 Правилника). Према одредбама овог Правилника о конституисању арбитраже, које се примењују и у случају замене арбитра, може се, у року од 15 дана, тражити изузеће новоименованог арбитра ако постоје разлози за сумњу у његову непристрасност.

У погледу понављања поступка у случају замене арбитра, у правилницима арбитражних институција, те у арбитражним прописима, наилази се на решење да се странке могу споразумети и о томе да ли је претходни поступак пуноважан и у којој мери; тек за случај да се оне ништа нису договориле, арбитражно веће (или орган арбитражне институције) могли би да одреде да ли је претходни поступак пуноважан и у којој мери (решење из енглеског Закона о арбитражи, члан 26). По Арбитражном правилнику МТК о томе да ли ће се и у ком обиму поступак поновити пред поново конституисаним арбитражним већем одлучује Међународни арбитражни суд МТК (као стални орган ове Арбитраже), а не арбитражно веће или

странке, с тим што Суд може саслушати коментар странака о овоме (члан 12 став 4). Ако немогућност наступи по завршетку поступка односно расправе (*closing of proceedings*), Арбитражни суд МТК може одлучити, у зависности од околности случаја, да преостали арбитрасти наставе арбитражу односно донесу одлуку; при одлучивању Суд ће узети у обзир мишљење странака и преосталих арбитраста (члан 12 став 5 Арбитражног правилника МТК). О понављању поступка у случају замене арбитра по неким правилницима одлучује арбитражно веће (у новом саставу); ако је замењен арбитар појединац, спроведени доказни поступак се мора спровести испочетка (*UNCITRAL*-ов Арбитражни правилник, члан 14). По члану 26 став 2 Правилника Међународног трговинског арбитражног суда при Трговинско-индустријској комори Руске Федерације, у случају потребе, и уз уважавање мишљења странака, измењени састав арбитражног већа може поново размотрити питања у предмету која су већ разматрана на претходним усменим расправама одржаним до замене. Швајцарски Закон о међународном приватном праву нема одредбе о овој ситуацији, већ упућује на договор странака (члан 179 став 1).

Српски Закон о арбитражи у члану 26 (под насловом „Именовање новог арбитра“) предвиђа да се нови арбитар, ако арбитру престане дужност, именује у складу са одредбама Закона о именовању арбитраста (у српски Закон је у основи унета одредба члана 15 *UNCITRAL*-овог модела закона о арбитражи). Правилник Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Србије садржи у члану 28 правила за замену арбитраста у случају немогућности да врше функцију. По овим правилима, ако за време мандата арбитар буде спречен у вршењу својих функција, странка која га је именovala именује другог арбитра најдоцније у року од 15 дана од дана пријема позива Арбитраже да га именује. Ако је арбитра који је спречен да врши функције именовао председник Арбитраже, на његово место председник Арбитраже именује другог арбитра у року од 15 дана. Исто правило важи и ако су спреченог арбитра (председника Већа) именovali арбитрасти – они су дужни да у року од 30 дана именују новог арбитра/председника већа.

### **Недостаци арбитражних клаузула у домаћој пракси**

У нацрту уговора који је био саставни део документације за надметање купаца друштвеног капитала у једном приватизационом аранжману, на коме су се очекивали и страни учесници, била је предвиђена клаузула о решавању спорова између Агенције за приватизацију и купца која је могла изазвати доста неспоразума у практичној примени. Анализом ове одредбе указује се на типичне и доста честе мањкавости у изради арбитражних клаузула у уговорима домаћих са страним лицима:

Нацрт уговора садржао је следећу арбитражни клаузулу:

**„10. 1. Споровадно решење спорова**



*У случају спорова који проистичу из овог уговора или су везани за његово тумачење, Уговорне стране треба да настоје да их реше споразумно, мирним путем.*

### **Решење спорова**

*Уколико стране не постигну решење спора на начин описан у претходном ставу, за решење спорова у вези важности, тумачења, прекршаја или раскида овог уговора, биће надлежна Међународна Трговинска Арбитража са седиштем у Београду. Сви спорови по овом уговору биће решавани по правилима Међународне Трговинске Арбитраже «ICC Rules». Језик арбитраже биће енглески. »*

Овако формулисана арбитражна клаузула у уговору о купопродаји друштвеног капитала има више мањкавости, које ваља анализирати.

Поједини аутори називају клаузуле о мирном или споразумном решавању спорова „замкама добрих намера“. У моменту закључења уговора странкама се чини неумесним да говоре о решавању спорова, па испред одредбе која и то питање регулише додају клаузулу којом изражавају своју добру вољу. Наравно да стране „треба да настоје“ да спор реше споразумно (чак и кад арбитражни поступак отпочне). Али, то не треба да уносе у уговор (то се подразумева, па је одредба о томе обична декларација). У том смислу, на овакву клаузулу не би требало трошити речи – међутим, то није обична „света водица“. Наиме, пракса међународне трговинске арбитраже пуна је случајева где је арбитражни поступак значајно успораван, и ометан, зато што је, код постојања оваквих клаузула о мирном решавању спорова, тужени стављао приговоре да је тужба преурањена, јер није покушан тај начин разрешења спора, односно да он није спроведен до краја и сл.

Отуда, најпаветније је ову одредбу о мирном решавању спорова потпуно избацити из текста арбитражних споразума. А ако у тексту и таква одредба ипак остане, онда се морају додати још два става: треба одредити колико траје поступак мирнења (на пример: „Ако спор не буде решен споразумом у року од 30 дана од када то затражи једна, страна, спор може бити изнет на решавање по одредбама става 10. 2.“), као и то да стране не морају прибегавати поступку мирнења односно да га могу у свако доба прекинути (на пример: „Страна може изнети спор на решавање по ставу 10. 2. и ако не затражи поступак мирнења, а започети поступак мирнења свака страна може прекинути писаном изјавом у свако доба“). Но, као што је напоменуто, нема никакве потребе да се одредбе о мирнењу уносе у текст уговора (код разумних страна то се подразумева, а у случају стварног спора који се не може мирно разрешити, једна страна може осујетити арбитражни поступак на основу те клаузуле).

Арбитражни споразуми (арбитражне клаузуле и посебни споразуми којима се предвиђа надлежност арбитраже за решење спорова) у којима није тачно означена арбитражна институција у чијим оквирима (по чијем правилнику, у чијој административној организацији) ће се поступак спровести називају се у теорији међународне трговинске арбитраже „патолошким“. Овакве клаузуле, иначе, нису уопште ретке (а отварају читав низ питања у вези са тумачењем и чест су разлог исти-

цања приговора ненадлежности арбитраже односно непостојања арбитражног споразума).

Формулација арбитражне клаузуле (према напред наведеном нацрту) могла би се сврстати у такве споразуме. Наиме, према датој формулацији, могло би бити спорно да ли се мисли на Спољнотрговинску арбитражу при Привредној комори Србије, чије је седиште у Београду, или на арбитражу по Арбитражном правилнику Међународне трговинске коморе (чије је седиште у Паризу), с тим да место арбитраже буде у Београду. Треба имати на уму да „седиште арбитраже“ и „место арбитраже“ код арбитражних институција није исти појам, односно да се не ради о синонимима. Истина, овде се у загради ставља да ће спор бити решаван по Правилима „Међународне Трговинске Арбитраже“ и у загради додаје скраћеница за енглески назив Међународне трговинске коморе (ICC), али остаје чињеница да ни назив те „међународне“ институције није тачно наведен, да седиште арбитраже МТК није у Београду, те да постоји међународна арбитражна институција чије је седиште у Београду.

Отуда, ваљало је прерадити клаузулу, али у обе варијанте (које су донекле помешане у нацрту): (1) за надлежност „наше“ арбитраже, или (2) за надлежност тзв. „париске“ арбитраже. При том треба узети у обзир препоруке самих арбитражних институција у погледу текста арбитражног споразума, као и савремену праксу, и то и арбитражних институција, али и редовних судова, јер се питање (не)надлежности арбитраже може и пред њима поставити.

Из више разлога, иначе, не треба преводити и у уговоре (као што су приватизациони уговори) уносити енглеску одредбу „о свим споровима који произађу из или у вези са уговором, његовим тумачењем, извршењем или раскидом“ (овај «казуистички» приступ већ изазвао проблеме када је оваква клаузула о предмету спора пред арбитражом „реконструисана“ пред домаћим судовима). Довољно је, наиме, рећи да се на арбитражу износи сваки спор који произилази из одређеног уговора. Поред овога, потребно је нагласити (и то препоручују и саме арбитражне институције) да је у питању коначно разрешење спорног питања пред арбитражом, итд.

### **Клаузула о надлежности Спољнотрговинске арбитраже при ПК Србије** **(прва варијанта)**

#### **10. Решавање спорова**

*10. 1. Сви спорови који настају из овог уговора и поводом њега коначно ће бити решени пред Спољнотрговинском арбитражом при Привредној комори Србије уз примену њеног Правилника.*

*10. 2. Место арбитраже биће Београд. Напомене: Арбитражни правилник предвиђа да се усмене расправе, по правилу, одржавају у седишту арбитраже – члан 37 став 1 Правилника. Правилник нема, међутим, одредбу о месту арбитраже, па то треба посебно навести у клаузули, јер се сматра да је одлука донета у месту арбитраже. Наиме, појмови „домаће“ и „стране“ арбитраже (наравно, у овом*

случају међународне), за сврхе поништења односно признања и извршења одлуке, одређују се према месту доношења одлуке.

*10. 3. Језик арбитраже биће српски. Напомене:* ако странке ништа не предвиде споразумом, језик арбитраже ће бити српски – члан 38 Правилника. Но странке могу предвидети да се поступак води и на неком другом језику. Према томе, начелно, одредба о српском језику не би морала да се уноси у текст клаузуле; одредба о језику има смисла само ако се предвиђа неки други језик, али се у пракси уноси у арбитражни споразум да би се избегли неспоразуми о томе од самог почетка (да би се чак и обраћање Секретаријату Арбитраже одвијало на српском језику).

*10. 4. Арбитража ће примењивати материјално право Србије. Напомена:* Ова одредба је потребна ако у клаузули о надлежном праву није јасно речено да се српско право примењује на уговор, укључујући и решавање спорова (чак и тада је могуће оставити овај став у клаузули, позивањем на одредбу о надлежном праву). Члан 48 Правилника предвидео је како се одређује материјално право за случај да га странке нису одредиле.

*Напомене:* Одредбе о броју арбитрара и неке друге није потребно уносити у клаузулу, јер се та питања решавају у складу са Правилником - на пример, број арбитрара зависи од вредности спора (члан 20), итд.

### **Клаузула о надлежности арбитраже МТК (алтернатива)**

#### **10. Решавање спорова**

*10. 1. Сви спорови који произађу из или у вези са овим уговором биће коначно решени по Арбитражном правилнику Међународне трговинске коморе од стране једног или три арбитра именована према том Правилнику. Напомена:* Овде је потребно одређивати број арбитрара, јер је то питање нешто друкчије решено (члан 8) од решења у Правилнику Спољнотрговинске арбитраже при ПКС.

10. 2. Место арбитраже биће Београд.

*10. 3. У поступку ће се примењивати српски језик. Језик комуникације са Секретаријатом Међународног арбитражног суда и са Међународним арбитражним судом биће енглески. Напомене:* Према Правилнику МТК (члан 16), језик арбитраже може бити и неки „егзотичнији“ језик (на пример, српски – МТК чак препоручује модел клаузуле и на овим језицима). Међутим, у комуникацији са Секретаријатом Међународног арбитражног суда и са самим Међународним арбитражним судом (Међународни арбитражни суд је стални орган МТК, и он не решава спор, већ то чини арбитар-појединац или арбитражно веће) може доћи до тешкоћа, па је могуће да се за ту сврху предвиди неки други језик, а не српски.

*10. 4. Арбитража ће примењивати материјално право Србије. Напомена:* Иста као горе. И у Правилнику МТК постоји одредба по којој арбитражи одређују надлежно право ако то не учине саме странке - члан 17 (решење идентично са решењем из „нашег“ правилника).



### **UNCITRAL-ов CLOUT и прегледи (Digests)**

Случајеве примене Бечке конвенције у судској пракси *UNCITRAL* (Комисија Уједињених нација за међународно привредно право) објављује у форми апстраката у серијама под насловом „CLOUT“ (*UNCITRAL Case Law on Uncitral texts*)<sup>1</sup>, који су доступни у електронској форми на званичном интернет сајту *UNCITRAL*-а [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law/abstracts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/abstracts.html). Још приступачнији и кориснији су *UNCITRAL*-ови прегледи (*digests*) судске праксе у примени Бечке конвенције, обзиром да су дати у форми јасног и концизног коментара постојеће судске праксе у примени Конвенције, те да су разврстани по члановима Конвенције (постоји преглед судске праксе у примени члана 1 конвенције, затим члана 2 итд). У овим прегледима истакнуте су истородне тенденције у тумачењу и примени Конвенције судова различитих држава, али и различитости. Док *CLOUT* представља само збирку апстраката судских одлука, прегледи се позивају на делове пуног текста одлука у циљу илустровања одређеног правног питања. *UNCITRAL*-ови прегледи судске праксе у примени Бечке конвенције доступни су у електронској форми на интернет сајту *UNCITRAL*-а, на интернет адреси [http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law/digests/cisg.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests/cisg.html).

### **Друге корисне бесплатне базе података**

Најпосећенија и најкомплетнија база података у вези са применом Бечке конвенције је свакако Годишњак о случајевима примене Бечке конвенције (*Case Law Yearbooks series*) који издаје Школа права Универзитета Пејс (*Pace University School of Law*) из Њујорка. Ова база података је у ствари својеврсна електронска библиотека о пракси примене Бечке конвенције са више од 2, 000 случајева и 5, 000 референци уз случајеве, а овај број стабилно расте. Годишњак о случајевима из периода 2000-2006 је доступан на интернет адреси

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/YB2006-2000.html>. На овој адреси доступни су и Годишњаци о случајевима примене Бечке конвенције из ранијих година. Референце уз случајеве које упућују на релевантну литературу, мишљења Саветодавног савета Бечке конвенције итд, разврстане према члановима Бечке конвенције, могу се наћи на интернет адреси <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/case-annotations.html>. Исто тако, на самом интернет сајту Пејс школе права доступно је више од стотину судских и арбитражних случајева у примени Бечке конвенције на адреси <http://cisgw3.law.pace.edu/cases>. Битно је да су на овом интернет сајту често обезбеђени преводи оригиналних текстова одлука на енглески језик.

База података коју нипошто не треба занемарити је сигурно и познати *UNILEX* који садржи и библиографију о Бечкој конвенцији.<sup>2</sup>) Поред судске праксе, на

1. У CLOUT серијама објављује се и судска пракса у примени других UNCITRAL-ових инструмената као што су закони земаља у области међународне трговинске арбитраже засновани на UNCITRAL Модел закону о међународној трговинској арбитражи из 1985 (измењеног 2006).

*UNILEX*-у је доступна и арбитражна пракса у примени Бечке конвенције, а одлуке су доступне и у интегралном тексту на оригиналном језику, поред апстраката. Претрага случајева врши се према више критеријума, а ова база података доступна је на интернет адреси [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

Од помоћи су још и база података на интернет адреси <http://lexmercatoria.org>, те база података Католичког универзитета у Лувену на адреси <http://www.law.kuleuven.be/ipr/eng/>. Друге базе података углавном покривају само праксу судова одређене државе, нпр. Канаде на [www.yorku.ca/osgoode/cisg/index.html](http://www.yorku.ca/osgoode/cisg/index.html), Француске на <http://witz.jura.uni-sb.de/CISG/cisglinks.htm>, Израела на <http://www.biu.ac.il/law/cisg>, Јапана на <http://www.law.kyushu-u.ac.jp/sono/cisg>.

На крају, неопходна помоћ за свакога ко има потешкоћа, али и иначе онога ко тумачећи односно применењује Бечку конвенцију су саветодавна мишљења Саветодавног савета Бечке конвенције који чине угледни коментатори и познаваоци Конвенције, доступна у електронској форми на интернет сајту већ поменуте Пејс школе права, на адреси <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC.html>. Ова мишљења имају велику ауторитативну снагу. Тренутно их има шест, а покривају правна питања у тумачењу и примени Бечке конвенције, и то: 1) питање електронских комуникација у режиму Конвенције, 2) питање прегледа робе и обавештења о њеној несаобразности, 3) питање дејства интеграционе клаузуле у уговорима о међународној продаји робе, 4) питање примене Конвенције на уговоре о продаји робе која тек треба да буде произведена и уговора мешовите правне природе, 5) питање купчевог права раскида уговора у случају несаобразне робе или документа, те 6) питање обрачуна штете према Бечкој конвенцији.

---

2. UNILEX садржи и судску и арбитражну праксу у примени UNIDROIT Принципа Међународних трговачких уговора.



---

требна једногласност већ позитиван глас чланова са 75 посто гласачких права, у неким случајевима није обавезно одржавања годишње скупштине друштва, олакшан је правни режим финансијске помоћи друштву и смањења капитала друштва. Исто тако, више се не захтева постојање одређеног овлашћеног капитала у друштву, те је поједностављена обавезна садржина оснивачког акта (*memorandum of association*).

Насупрот томе, правни режим отворених (јавних, котираних) друштава регулисан је у већој мери него раније. Посебно се налаже подношење потпунијег и детаљнијег прегледа пословања друштва која се котирају на берзи. Штавише, нови Закон налаже да преглед пословања таквог друштва садржи детаље лица са којима друштво има уговорне и друге аранжмане од суштинске важности за пословање друштва, а који захтев подразумева обелодањивање осетљивих комерцијалних информација које имају поверљиви карактер.

Потенцијално велика проблематична тачка новог енглеског Закона о привредним друштвима је његова неусклађеност са ЕУ Директивом о правима акционара и ЕУ Директивом о транспарентности (*Shareholder Rights Directive* те *Transparency Directive*), што ће највероватније морати да доведе до његових измена у циљу усклађивања са овим актима Европске уније.





утврђена је комбинована номенклатура робе по којој ће роба бити класификована у трговини, одређен је метод утврђивања базне царине као и разне мере смањења увозне царине. Забрањено је увођење нових увозних царина и сличних мера, те њихово повећање. Предвиђено је укидање извозних царина и сличних мера од дана ступања на снагу споразума, а увођење нових извозних царина и мера истог дејства је изричито забрањено. За одређене категорије производа који потичу из земаља чланица споразума предвиђен је посебан царински режим, који укључује чак и укидање свих увозних царина на трговину одређеним од тих производа. Посебно је наглашено да ће се међу чланицама Споразума примењивати свако смањење царине утврђено споразумом о царинама или преговорима о царинама у оквиру Светске трговинске организације (СТО), као и да ће од ступања на снагу СЕФТА-е 2006. чланице у међусобној трговини укинути царине и све сличне дажбине које су у супротности са релевантним чланом (чланом VIII) Општег споразума о царинама и трговини из 1994 (*GATT*).

Споразум, такође, предвиђа укидање квантитативних ограничења увоза и извоза и сличних мера у трговини између споразумних страна даном његовог ступања на снагу.

Даље, СЕФТА 2006. изричито предвиђа да ће права и обавезе земаља чланица у области примене санитарних и фитосанитарних мера бити регулисане Споразумом о примени санитарних и фитосанитарних мера у оквиру СТО. Исто тако, чланице су се споразумеле да ће у области техничких препрека у трговини примењивати СТО Споразум о техничким препрекама у трговини, нарочито тако што ће оне предузимати мере за утврђивање и уклањање непотребних препрека ове врсте у складу са тм споразумом.

Фискална дискриминација је забрањена Споразумом, а он предвиђа и ослобођење режима плаћања у вези са трговином између чланица од свих ограничења.

Значајно је да СЕФТА 2006. поставља правила у материји конкуренције међу којима се истиче забрана рестриктивних споразума и рестриктивних пракси, као и забрана злоупотребе доминантног положаја, у формулацији готово идентичној члановима 81 и 82 (бивши чланови 85 и 86) Споразума о европским заједницама (*Treaty on European Communities*). Штавише, изричито је предвиђено да ће свака пракса која је противна одредбама СЕФТА 2006. о заштити конкуренције бити цењена на основу принципа и правила о конкуренцији који се примењују у Европској заједници, а нарочито чланова 81, 82 и 86 Споразума о европским заједницама. Исто важи и за примену релевантних принципа и правила Европске заједнице – члана 87 Споразума о европским заједницама, обзиром да СЕФТА 2006. предвиђа његову примену у области државне помоћи у трговини међу државама чланицама.

Што се тиче антидампинг мера, општих заштитних и рестриктивних мера у случају тешкоћа у вези са платним билансом, њих ће стране потписнице примењивати у складу са релевантним режимом у оквиру СТО.

Важно је да СЕФТА 2006. изричито проширује примену мера из споразума и на трговину услугама, за коју трговину је такође предвиђена примена режима у окви-

ру СТО – Општег споразума о промету услуга (*GATS*). Чланице Споразума су посебно препознале потребу за међусобним унапређењем и подстицањем електронске трговине.

СЕФТА 2006. није пропустила да регулише режим страних улагања између споразумних страна. Поред тога што даје снагу постојећим билатералним споразумима о заштити инвестиција закљученим између земаља чланица, СЕФТА 2006. изричито налаже недискриминаторни и национални односно третман најповлашћеније нације страних улагања улагача из ових земаља.

У вези са заштитом интелектуалне својине, СЕФТА 2006. упућује на примену међународних стандарда, а посебно на примену Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (*TRIPS*) закључен у оквиру СТО, као и Париске конвенције о заштити индустријске својине (*Paris Convention for the Protection of Industrial Property*).

За спровођење и надгледање вршења права и испуњавања обавеза из Споразума задужен је заједнички комитет кога чине представници свих држава чланица споразума. Једна од битних функција овог комитета је и решавање спорова који проистекну у вези са СЕФТА-ом 2006, путем консултација и преговора у оквиру комитета. Ради успешног обављања те функције, Споразум предвиђа да овај комитет усвоји заједнички договорену листу коју ће чинити лица која су квалификовани миритељи према правилима *UNCITRAL*-а (*UNCITRAL Conciliation Rules*). Уколико заједнички комитет не успе да директним консултацијама реши настали спор у року од 90 календарских дана од датума пријема захтева за одржавањем консултација, било која страна у спору може изнети спор пред арбитражу. Према споразуму, арбитражни поступак водиће се према Изборним правилима Сталног арбитражног суда у Хагу за арбитражање спорова између две државе (*Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes between Two States*).

Ратификација СЕФТА-е 2006. добра је за Србију из више разлога. Као прво, то је свакако значајан корак Србије ка Европској унији, обзиром на препоруку ЕУ да будуће чланице треба да између себе створе зону слободне трговине и тако се припреме за јединствено тржиште Европске уније и пуноправно чланство у њој. Све бивше чланице СЕФТА-е (Пољска, Словенија, Чешка, Словачка, Мађарска, Бугарска, Румунија) постале су чланице ЕУ и Србија је на том путу приступањем СЕФТА-и 2006. учинила први корак. Такође, СЕФТА 2006. има изгледе да у Србији учврсти трговински правни режим утемељен Уругвајском рундом СТО кроз своје многобројне одредбе које упућују на примену споразума у оквиру СТО.



### Одлука о образовању огранка

донета \_\_. \_\_\_\_\_ 200\_\_, на основу одредби члана 3 Закона о привредним друштвима Србије, од стране \_\_\_\_\_ *Limited*, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, рег. број \_\_\_\_\_ (у даљем тексту "Оснивач")

Предмет Одлуке

#### Члан 1

Оснивач овом Одлуком образује у Србији свој огранак (у даљем тексту „Огранак“).

#### Члан 2

Ова Одлука је акт о образовању Огранка у смислу Закона о привредним друштвима, Закона о страним улагањима и Закона о регистрацији привредних субјеката.

Правна форма, пословно име, седиште, лого, овлашћења у правном промету, одговорност

#### Члан 3

Огранак је део Оснивача и нема својство правног лица.

Огранак има овлашћења у правном промету која произилазе из ове одлуке и закона.

Огранак има посебан обрачун резултата пословања и посебне рачуне у складу са прописима Србије.

#### Члан 4

Огранак послује под пословним именом Оснивача.

Пословно име Огранка је: \_\_\_\_\_ *Limited*, \_\_\_\_\_ (*земља*), Огранак у Србији, Ул. \_\_\_\_\_ број \_\_\_\_\_, Београд.

Одлуку о промени пословног имена Огранка доноси Оснивач.

#### Члан 5

Огранак може користити лого Оснивача.

Огранак има печат и штамбил, чији облик и садржај одређује директор.

#### Члан 6

Место пословања Огранка је Београду, у Ул. \_\_\_\_\_ број \_\_\_\_\_.

Одлуку о промени места пословања Огранка доноси Оснивач.

#### Члан 7

Огранак има овлашћења да у правном промету закључује уговоре у оквиру делатности Огранка утврђене овом Одлуком.

Огранак има овлашћења да у правном промету закључује уговоре и предузима друге правне радње које су потребне за функционисање Огранка.

---

Огранак у правном промету, према ст. 1 и 2 ово члана, наступа у име и за рачун Оснивача.

### **Члан 8**

Огранак нема своју имовину односно имовина Огранка је имовина Оснивача.

Оснивач одговара за обавезе Огранка неограничено солидарно, својом целокупном имовином.

### **Делатност**

#### **Члан 9**

Огранак развија делатности у оквиру делатности Оснивача, а у следећим областима (према подгрупама Класификације делатности из Закона о класификацији делатности и о регистру јединица разврставања):

\_\_\_\_\_  
Претежна делатност Огранка је: \_\_\_\_\_.

Поред делатности из става 1 овог члана, Огранак се бави и спољнотрговинским пословањем које обухвата: \_\_\_\_\_.

Поред делатности из ставова 2 и 3 Огранак обавља и друге делатности које служе тим делатностима, које се уобичајено обављају уз те делатности, у мањем обиму или привремено, или које служе рационалном коришћењу имовине Оснивача у Огранку.

Одлуку о промени делатности Огранка доноси Оснивач.

### **Управљање**

#### **Члан 10**

Огранком управља Оснивач, на начин предвиђеним његовим статутарним и другим општим актима.

Оснивач доноси све одлуке наведене у овој Одлуци, као и друге одлуке неопходне за функционисање Огранка, осим оних које су стављене Овом одлуком у надлежност директору Огранка.

Оснивач може овластити одређено лице у Србији да доноси одлуке према ставовима 1 и 2 овог члана.

Одлуке Оснивача уносе се у књигу одлука Огранка коју води директор Огранка. Одлуке се воде по годинама и морају бити нумерисане.

Одлуке Оснивача су пуноважне од дана доношења.

## **Заступање**

### **Члан 11**

Заступник Огранка, који представља и заступа Огранак, је директор Огранка.  
Директор заступа Огранак без ограничења.  
Директор Огранка и у пословима спољне трговине, без ограничења.

### **Члан 12**

Директора Огранка именује и разрешава Оснивач.  
Оснивач одређује накнаду за рад директора, те друге услове за његово ангажовање. Уговор о раду са директором Огранка склапа Оснивач.

За првог директора Огранка именује се \_\_\_\_\_, држављанин Републике Србије, лични број \_\_\_\_\_, лична карта број \_\_\_\_\_.

### **Члан 13**

Директор Огранка, поред других послова и обавеза утврђених овом Одлуком и законом:

1. организује и руководи процесом рада и пословања Огранка,
2. одговоран је за законитост рада Огранка, припрема предлоге одлука Оснивача у вези са активностима Огранка, припрема годишње рачуноводствене исказе, извештаје о пословању у спровођењу пословне политике, доноси оперативне планове рада, предлаже основе пословне политике, план и програм рада, те мере за њихово спровођење,
5. стара се о извршењу односно извршава одлуке Оснивача,
6. одлучује о запошљавању и отпуштању радника, те о другим радноправним питањима у складу са прописима,
7. склапа уговоре о раду у име Огранка,
8. закључује уговоре са банкама о отварању рачуна Огранка,
9. закључује уговоре о осигурању имевине Оснивача коју користи Огранак,
10. закључује и друге уговор еи предузима друге правне радње које су неопходне за свакодневно функционисање Огранка.

### **Члан 14**

Директор Огранка може бити разрешен дужности било када, без образложења.

У том случају директор има права и обавезе у складу са уговором који је закључио са Оснивачем.

### **Члан 15**

Огранак, поред директора, могу заступати и друга лица у складу са општим актима Оснивача, односно Огранка, ако их има (пуномоћници по запослењу).

### **Члан 16**

Директор Огранка може, по свом нахођењу, другом лицу издати писано пуномоћје за заступање Огранка у пословима из надлежности директора односно у пословима које Огранак предузима по члану 7 ове Одлуке.

Пуномоћје из става 1 овог члана садржи услове издавања и границе овлашћења пуномоћника.

## **Унутрашња организација**

### **Члан 17**

Унутрашњу организацију Огранка утврђује Оснивач.

## **Трајање Одлуке, престанак Огранка**

### **Члан 18**

Огранак се оснива на неодређено време, па и период трајања ове Одлуке није ограничен.

### **Члан 19**

Ова Одлука односно Огранак ће престати ако наступи неки од разлога за престанак огранка предвиђен прописима Србије.

Ова Одлука односно Огранак ће престати ако Оснивач одлучи да Одлука престане да важи односно да ликвидира Огранак и о томе донесе одлуку.

## **Општи акти**

### **Члан 20**

Огранак има опште акте који су потребни по прописима Србије или неопходни за функционисање Огранка.

Опште акте Огранка доноси Оснивач.

Изузетно од ст. 2 овог члана опште акте Огранка доноси директор у вези са питањима за која је надлежан по члану 14 ове Одлуке, када је на то овлашћен законом или када га на то овласти Оснивач.

## **Надзор, контрола**

### **Члан 21**

Контролу над пословањем и активностима Огранка спроводи Оснивач.

Огранак може имати интерног ревизора, са правима и обавезама утврђеним прописима и општим актом који доноси Оснивач.



Интерног ревизора и ревизора именује и разрешава Оснивач.

Уговор са интерним ревизором и уговор са ревизором склапа директор, према условима које утврђује Оснивач.

#### **Члан 22**

Директор је одговоран за уредно вођење пословних књига Огранка и унутрашњи надзор пословања, у складу са законом.

#### **Члан 23**

Директор обезбеђује услове да се Оснивач редовно и потпуно обавештава о раду Огранка, о рачуноводственим исказима, о извештајима о пословању и другим документима, те о чињеницама од значаја за пословање Огранка и остварење права и обавеза Оснивача.

Оснивач има право да прегледа пословне књиге и друга документа Огранка. Директор је дужан да обезбеди захтевани преглед пословних књига и докумената, као и стручне раднике за давање потребних обавештења Оснивачу.

### **Пословни искази**

#### **Члан 24**

Огранак води пословне књиге и саставља, подноси и објављује рачуноводствене и друге исказе у складу са прописима на снази у Србији.

### **Обавештавање, јавност рада**

#### **Члан 25**

Оснивач ће донети општи акт којим ће се нарочито утврдити:

- које се исправе и подаци имају сматрати пословном тајном Огранка, чије би одавање неовлашћеном лицу било противно пословању Огранка и штетило интересима и пословном угледу Огранка и Оснивача, те како се утврђују те исправе и подаци, као и која су лица дужна да чувају пословну тајну Огранка, те

- која су лица овлашћена да саопштавају другим лицима садржај исправа и податке који имају значај пословне тајне Огранка.

#### **Члан 26**

Поред примене одредби прописа и ове одлуке које се односе на обавештавање свих субјеката који имају овлашћење или правни интерес за праћење пословања Огранка (запослени, повериоци), директор је дужан и да обезбеди да се о битним чињеницама о пословању Огранка обавештавају и трећа лица односно јавност.

До давања информација из става 1 овог члана може доћи на иницијативу директора или по упиту трећих лица.

---

О облицима и обиму обавештавања из става 1 и 2 овог члана одлучује директор, водећи рачуна о интересима Огранка, те о одредбама ове Одлуке и општег акта о пословној тајни.

#### **Члан 27**

Директор не може у Србији бити директор или члан управног или надзорног одбора неког друштва, нити бити прокуриса или запослен у неком друштву које има делатност сродну делатности Огранка или делатност која је конкурентна делатности Огранка. Директор не може ни као предузетник вршити делатност која је конкурентна Огранку.

Забрана из става 1 овог члана важи и 2 године после престанка својства директора.

Претходну сагласност за стицање својства из става 1 овог члана може дати Оснивач.

#### **Члан 28**

Директор Огранка не може за свој рачун закључивати правне послове са Огранком.

Изузетно од одредбе става 1 овог члана, директор може са Друштвом закључити уговоре уз претходно одобрење за закључење уговора које даје Оснивач.

### **Мисија и друштвена одговорност Оснивача, заштита животне средине (природне околине) и др.**

#### **Члан 29**

Оснивач ће све своје активности у Огранку и активности Огранка организовати тако да се увек поштују највиши стандарди у областима заштите људских права и испуњења најшире прихваћених циљева шире друштвене заједнице у којој је Огранак основан и у којој делује.

#### **Члан 30**

Оснивач ће све своје активности у Огранку и активности Огранка обављати, те сва своја права у Огранку, укључујући и право управљања и право контроле, вршити на начин да се максимално штити животна средина (природна околина) у свим њеним аспектима.

### **Права запослених**

#### **Члан 31**

Запослени имају права у Огранку у складу са прописима, општим актом и/или колективним уговором.

### **Члан 32**

Општим актом који доноси Оснивач утврђује се начин обавештавања запослених о раду и пословању Огранка, а посебно о питањима која имају утицаја на економски и социјални положај запослених, те на заштиту и безбедност на раду.

### **Измене и допуне Одлуке**

#### **Члан 33**

Измене и допуне ове Одлуке ваљане су ако су сачињене у писаној форми и ако их је потписао Оснивач у происаној форми.

### **Ступање Одлуке на снагу**

#### **Члан 34**

Ова Одлука ступа на снагу на дан потписивања и овере потписа на Одлуци.

### **Примерци одлуке**

#### **Члан 35**

Овај Одлука потписује се у 5 примерака који се користе у поступку овере потписа на Одлуци, пријаве Агенцији за привредне регистре околности које произилазе из ове Одлуке, те служе за друге потребе Огранка и Оснивача.

за \_\_\_\_\_ *Limited*  
\_\_\_\_\_, по пуномоћју  
(овера потписана у суду)

---

## ПРАВНА ПРАКСА

---

*Милица Ђосовић-Кишић*  
*секретар Суда части при Привредној комори Београда*

### Извод из праксе Суда части при Привредној комори Београда

- 1. Привредно друштво за кабловску дистрибуцију које од друге уговорне стране – интернет корисника, захтева исплату накнаде за услуге кабловског интернета по накнадно, једнострано промењеним елементима из основног уговора, наметањем и додатних обавеза, користећи при том неравноправан положај саговорача, чини више повреда добрих пословних обичаја и пословног морала.**

#### **Образложење:**

Тужилац Суда части је на основу пријаве тржишног инспектора покренуо поступак против привредног друштва за кабловску дистрибуцију због тога што је искључио оштећеног са мреже кабловске интернет услуге позивајући се да је претплатнички пакет за месец децембар 2006. године требало да буде плаћен до 5. 12. 2006. године, што је у супротности одредбама закљученог уговора, по којој накнада за услугу доспева на крају текућег месеца.

У поступку пред Судом части окривљени се бранио доказујући да је оштећеног благовремено обавестио о новим условима плаћања интернет услуге, и то до 5. у месецу за текући месец, тако што је објавио на интернет страни свога сајта и приложио важећи ценовник.

Суд је у поступку на несумљив начин утврдио да је надлежна инспекција, поступајући по пријави оштећеног поднетој због проблема насталих у пружању интернет услуге од стране окривљеног, извршила проверу поднете пријаве и том приликом утврдила: да је окривљени искључио оштећеног са интернета из разлога што није извршио уплату обавезе по рачуну за децембар месец 2006. године; која је оштећеном фактурисана 20. 11. 2006. године, да је оштећени обавезу по рачуну платио 9. 12. 2006. године и да је окривљени исту уплату прокњижио 11. 12. 2006. године.

Чланом 5. Уговора о пружању интернет услуга, прописано је да се претплатнички пакет интернет услуга плаћа на крају месеца и да окривљени задржава право да корисницима искључи интернет уколико се не придржавају рокова плаћања. Такође, наведеним одредбама уговора окривљени је оставио места за сумњу у смисао значења истих, задржавајући право на једнострану промену ценовника интернет услуга.

Из изведених доказа Суд је на несумљив начин утврдио да се окривљени у свом раду није придржавао одредби закљученог уговора у делу који се односи на рокове плаћања и супротно тим одредбама самовољно изменио рок за плаћања интернет услуге без сагласности воље друге уговорне стране – оштећеног као корисника услуге, стављајући га у неповољнији положај од првобитно утврђеног уговором и условљавајући на тај начин пружање услуге.

Овакво понашање окривљеног супротно је Кодексу пословне етике, па је на основу наведеног Суд части нашао да су се у радњама окривљеног стекла обележја повреда добрих пословних обичаја и пословног морала, те га је огласио кривим и изрекао одговарајућу меру друштвене дисциплине.

Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 30/07 од 14. 05. 2007. године

- 2. Одбијање продаје хлеба, који је стављен у промет, у количини коју потрошач тражи, а која представља уобичајени минимум у промету те врсте робе, супротно је Кодексу пословне етике ("Сл. Гласник РС", бр. 1/06) и одредбама Посебних узанси у промету робе на мало ("Сл. лист СФРЈ", бр. 12/78)**

#### **Образложење:**

Тржишни инспектор је у продавници привредног друштва које се бави продајом прехранбене робе, по пријави грађана да не могу да купе пола хлеба, извршио проверу и констатовао да хлеб који је изложен за продају и упакован у папирну кесу која покрива две трећине хлеба, констатовао да запослени у продавници не дозвољавају сечење хлеба, нити на месту где је хлеб изложен, као ни на другом месту у продавници.

Тужилац Суда части је због тога што се не обезбеђује количина робе коју потрошач тражи, иако је количина на располагању, покренуо поступак због повреде добрих пословних обичаја и пословног морала.

Окривљени није спорио да недозвољава да се сече хлеб на пола у прилог чега је навео разлоге хигијенске и здравствене заштите потрошача, техничку немогућност деобе хлеба на два једнака дела, као и то да немају у каси шифру за продају половине хлеба типа „авала”.

На основу признања окривљеног и изведених доказа Суд је утврдио да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из члана 52. став 1. Кодекса пословне етике, којим је прописано да се не може одбити продаја потрошачу изложене робе у продајном простору или на други начин припремљен за продају, односно одбити услуга која се може обавити, а у вези са одредбом члана 42. став 2 Посебних узанси у промету робе на мало, по којој је обавеза продавца, да у случају појединачног паковања, прода тражену количину робе, до граница уобичајеног минимума у промету одређене врсте робе на мало.

Имајући у виду утврђено чињенично стање окривљени је оглашен кривим и изречена му одговарајућа мера по Правилнику о организацији, саставу и раду Суда части при Привредној комори Београда.

Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 53/07 од 16. 04. 07. године

**3. Привредни субјект чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала када уз гаранцију пуне правне сигурности, позива грађане да пласирају свој капитал уз месечну камату од 5%, па супротно лажном обећању посредује у закључењу уговора о позајмици с трећим лицем, односно закључењу фиктивног уговора, наметањем типског уговора и пратећих образаца.**

**Образложење:**

Оптужним предлогом Тужиоца Суда части при Привредној комори Београда, окривљеном привредном друштву стављено је на терет да је преко свог одговорног лица довело у заблуду оштећене на тај начин што је у дневном листу објавило оглас и позвало грађане да уз пуну правну сигурност пласирају свој капитал, на који су се јавили оштећени које је окривљени довео у везу са трећим лицем, својим пријатељем као зајмопримцем, са којим су оштећени закључили, у просторијама окривљеног, фиктивни уговор о купопродаји стана, чије ванкњижни власник зајмопримац, и предали зајмопримцу 5.000,00 еура као позајмицу, а на штету своје имовине, са обавезом зајмопримца да исту враћа са 5% месечне камате до враћања главнице, који износ главнице није враћен до закључења главног претреса.

У своју одбрану директор окривљеног привредног друштва, негирао је наводе у оптужном предлогу, наводећи да су се оштећени јавили на оглас, објављен у

дневној штампи, да су дошли на информативни разговор где су се упознали са предлогом окривљеног, односно са правилима под којима ће се узети, односно дати позајмицу, па је окривљени у писаној форми саставио услове под којим се обавља позајмица, које су потписали зајмопримац и оштећени.

Међусобни договор је био да се потпише и овери пред судом предуговор о купопродаји непокретности – стана, чији је ванкњижни власник зајмопримац, анекс истог, заложно хипотекарна изјава као и пуномоћје, све као посебан вид заштите позајмљеног новца.

Окривљени је тврдио да је био само поседник, да је договор између странака ставио на папир, да је као посредник само спровео оно што су се странке договориле и да са зајмодавцем и зајмопримцем нема никакав уговор, те да није обећао ни писмено ни усмено да ће исплаћивати камату. Што се тиче обећања у огласу да „гарантује пуну правну сигурност“ објаснио је да то значило његову обавезу да обезбеди постојање писаног трага о закљученом послу овером код суда, односно потврду да је неко некоме дао одређени износ новца.

Суд је утврдио да је окривљени учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области обављања агенцијских и посредничких услуга, посредовањем у закључењу фиктивног уговора у пословним просторијама окривљеног, довођењем у везу оштећених са својим пријатељем, коме су предали 5.000,00 евра наводно на име позајмице, а на штету своје имовине, са обавезом да им новац буде враћен са 5% камате месечно, до исплате главнице у целини.

Како оштећенима новац није враћен до закључења главног претреса, а окривљени свесно посредовао: у закључењу фиктивног уговора, сачињавању потврде о праву на упис заложног права – хипотеке у земљишним књигама на стану иако је знао да је зајмопримац ванкњижни власник стана и да није могуће уписати хипотеку на истом, као и прикривајући чињеницу да је иста непокретност више пута залогана на исти начин под истим околностима само другим лицима, а све ради противправног присвајања новца оштећених, окривљени је оглашен кривим и изречена му одговарајућа мера друштвене дисциплине.

Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 108/05 од 01. 11. 06. године

- 4. Када власник аутоперионице, који поред уобичајених средстава за прање возила, употреби и непроверено абразивно средство у виду течног „ајакса“ које се не употребљава за прање возила и тиме оштети фарбу на возилу корисника услуге, по извршеној услузи не изда фискални рачун, нити усвоји оправдану рекламацију, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала.**

#### **Образложење:**

Власник самосталне занатске радње за прање и подмазивање возила примио је на прање путничко возило црвене боје, па је услед неадекватног третмана при-

ликом прања оштећена боја на аутомобилу у виду појаве белих флека, рачун није издао, а услугу је наплатио и одбио рекламацију за извршену услугу.

Окривљени је у своју одбрану навео да је примио спорно возило на прање које је било испрљано цементним млеком, да му је том приликом оштећена дала течни „ајакс” рекавши да је тиме раније скидала флеке од цементног млека, па је приликом прања аута по сугестији оштећене користио течни „ајакс” али флеке није скинуо, услугу је наплатио а фискални рачун није издао, јер га оштећена није тражила.

Ради утврђивања квалитета извршеног прања возила, односно да ли је до оштећења боје и појаве флека дошло услед неадекватног третирања приликом прања, одређено је вештачење којим је утврђено да је предметни ауто поред уобичајеног начина додатно опран и течним „ајаксом”, као абразивним средством, при чему је коришћена вода под великим притиском, услед чега су кристалићи који су били на површини аута делимично оштетили боју, а на неким местима у потпуности.

Суд је на основу изведених доказа закључио да је окривљени прање возила извршио течним „ајаксом” као абразивним средством, што је противно правилима струке, јер се то средство не примењује за прање возила у аутоперионицама, односно да до оштећења аута није дошло услед неадекватног третмана приликом прања, већ употребом неадекватног непровереног абразивног средства којим је оштећио фарбу на возилу оштећене, уз то није издао фискални рачун, нити усвојио рекламацију, чиме је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала из области пружања услуга.

Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 138/06 од 12. 03. 07. године

- 5. Окривљени је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала јер је супротно претплатничком уговору о пружању одабраних услуга из понуде ГСМ дигиталне мобилне телефонске мреже, који је закључио са оштећеним-корисником услуге, пропустио да реагује правовремено, у року у коме је дужан, па је искључио одлазни саобраћаја и онемогућио оштећеног да користи услуге ГСМ мреже.**

#### **Образложење:**

Тужилац Суда части ставио је на терет окривљеном да је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала на тај начин што није испунио обавезе из уговора закљученог са оштећеним, због чега оштећени није могао да користи мобилни телефон који му је био неопходан, па је због тога одложио путовање за Грчку.

Представник окривљеног је оспорио наводе из оптужног предлога и тврдио да је поступљено по уговору.



По спроведеном поступку Суд је утврдио да су окривљени и оштећени закључили дана 4. 05. 2006. године претплатнички уговор о пружању одабраних услуга из понуде јавне ГСМ дигиталне мобилне телефонске мреже, чији саставни део су Општи услови уговора о претплати, које је утврдио окривљени.

У члану 3. тачка 12. Општих услова прописано је да окривљени има право да у случају доцније у плаћању рачуна или неуредне уплате, по свом избору ограничи услуге обустављањем излазног саобраћаја, уз најаву учињену најмање 12 сати пре наступања ограничења, или да привремено укине услуге, уз најаву на 24 часа пре привременог укидања.

Како је као неспорно утврђено да је оштећени благовремено платио рачун за јуни месец, дана 20. 07. 2006. године, који дан је окривљени означио као дан доспелости обавезе, али да је уплату окривљени прокњижио тек 24. 07 2006. године и тог дана оштећеном упутио поруку о искључењу са међународног саобраћаја, то је окривљени оштећеног онемогућио да тог дана успостави везу преко свог мобилног са хотелом у Атини, ради потврде резервације, због чега му је резервација пропала и принудио да пут у Грчку одложи.

Суд је закључио да је окривљени не реагујући правовремено и у складу са Општим условима, у року у којем је дужан да учини најаву о привременом ограничењу у пружању услуга, онемогућио оштећеног да користи услуге ГСМ мреже, на који начин је учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, па га је огласио кривим и изрекао одговарајућу меру друштвене дисциплине.

Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 127/06 од 14. 02. 07. године

**6. Жалбу коју је оштећени изјавио на одлуку донету у поступку који се води по оптужном предлогу тужиоца Суда части (а не односи се на трошкове поступка), одбацио је председник првостепеног већа као недозвољену, јер оштећени није странка у поступку.**

**Образложење:**

На одлуку првостепеног већа Суда части оштећени је изјавио жалбу Другостепеном већу, као другостепеном органу због непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Другостепено веће Суда части је по констатовању да је жалба поднета од стране оштећеног у предмету у коме је поступак вођен по оптужном предлогу тужиоца Суда части, проследило списе предмета председнику првостепеног већа на одлучивање као надлежном, са образложењем да Правилником о организацији, саставу и раду Суда части при Привредној комори Београда („Сл. лист града Београда”, бр. 16/03) није изричито регулисано питање надлежности за одлучивање по неблагоприятним и недозвољеним жалбама, али чланом 5. истог Правилника, прописана је сходна примена одредби ЗКП-а ако нису у супротности са одредбама

овог Правилника, те отуда сматра да је по неблагоприятним и недозвољеним жалбама надлежан да одлучује председник првостепеног већа а сходном применом одредби члана 372, 386 и 387 ЗКП-а.

Председник првостепеног већа је имајући у виду став Другостепеног већа, као и чињеницу да је жалба поднета од стране учесника у поступку који нема легитимацију за подношење жалбе, је на основу члана 78. Правилника, којим је прописано да жалбу на одлуку-решење првостепеног већа Суда части, могу да изјаве само странке, а то су у конкретном предмету окривљени и тужилац Суда части, па како оштећени није странка, жалбу одбацио као недозвољену.

Решење Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 105/06 од 20. 06. 2007. године

**7. Привредни субјект који приликом продаје робе наплати и амбалажу-кесу у коју потрошачу спакује купљену робу, а на којој је отштампан рекламни лого фирме, чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала.**

**Образложење:**

Тужилац Суда части тужио је окривљено привредно друштво због тога што је у свом дистрибутивном центру продавало потрошачима рекламне кесе са логом фирме.

Окривљени, преко свог представника, се бранио да је рекламне кесе продавао у складу са пословном политиком окривљеног и да није учинио повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, јер је кесе продавао на каси по цени која је била видно истакнута и обележена тако да је сваки купац пре куповине био упознат са продајном ценом, као и да то чине и други трговински ланци у Београду.

Суд није прихватио одбрану окривљеног из разлога што је нашао да у ситуацији када окривљено привредно друштво у својим продајним објектима, на каси не понуди купцима обичну (уобичајену) амбалажу за паковање робе, већ само рекламне кесе са логом фирме које при том наплаћује, без обзира што истакне цену ових кеса, по оцени Суда чини повреду добрих пословних обичаја и пословног морала, јер таквим понашањем доводи у ситуацију своје потрошаче да плаћају рекламу продавца и тако преваљује трошак који треба да представља саставни део пословања фирме и присиљава потрошаче да мимо своје воље купе кесу, јер не оставља могућност избора.

Под претпоставком да је окривљени потрошачима понудио обичне бесплатне кесе, као и рекламне кесе које се плаћају, по оцени Суда, не би се могло говорити о

повреди добрих пословних обичаја и пословног морала, јер би потрошач био у ситуацији да бира између бесплатне амбалаже и рекламних кеса, а не да му се намеће да уз купљену робу финансира рекламу окривљеног, па је Суд окривљеног огласио кривим и изрекао му одговарајућу меру друштвене дисциплине.

Одлука Суда части при Привредној комори Београда С. бр. 44/06 од 18. 10. 2006. године

*Снежана Вујиновић  
Министарство рада, запошљавања и социјалне политике*

## **Мишљења Министарства рада, запошљавања и социјалне политике**

**Са запосленим који је био у радном односу на одређено време послодавац након истека рока од 12 месеци на који је био закључен уговор о раду, може поново да закључи уговор о раду ради обављања других послова.**

У складу са чланом 37. Закона о раду („Службени гласник РС”, бр. 24/05 и 61/05) радни однос заснива се на време чије је трајање унапред одређено када су у питању: сезонски послови, рад на одређеном пројекту, повећање обима посла који траје одређено време и сл., за време трајања тих потреба, с тим што тако заснован радни однос непрекидно или с прекидима не може трајати дуже од 12 месеци.

Под прекидом радног односа, у смислу наведеног члана Закона, не сматра се прекид рада краћи од 30 радних дана.

Према томе, радни однос може да се заснује на одређено време, док постоји потреба послодавца да се одређени послови обаве (сезонски послови, рад на одређеном пројекту и повећан обим посла), али не дуже од 12 месеци непрекидно или са прекидима краћим од 30 радних дана.

Трајање радног односа на одређено време од 12 месеци се односи на посао који се обавља, а не на запосленог који тај посао обавља у периоду од 12 месеци. Нема сметњи да са запосленим који је био у радном односу на одређено време посло-

давац након истека рока од 12 месеци на који је био закључен уговор о раду, поново закључи уговор о раду ради обављања других послова.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-616/2007-02 од 25. 07. 2007. године)

**Ако запослени користи годишњи одмор пре истека шест месеци има право на дванаестину годишњег одмора (сразмеран део) за месец дана рада у календарској години.**

Закон о раду („Службени гласник РС”, бр. 24/05 и 61/05) у члану 68. утврђује начин и услове стицања права на коришћење годишњег одмора у пуном трајању. Запослени стиче право на коришћење годишњег одмора у пуном трајању после шест месеци непрекидног рада, а под непрекидним радом се сматра континуирани рад са прекидима до 30 дана или без прекида, време проведено ван рада због привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању и одсуства са рада уз накнаду зараде.

Према члану 72. Закона, запослени има право на дванаестину годишњег одмора (сразмеран део) за месец дана рада у календарској години:

1) ако у календарској години у којој је први пут засновао радни однос нема шест месеци непрекидног рада;

2) ако у календарској години није стекао право на годишњи одмор због прекида радног односа у смислу члана 68. став 2. овог закона.

Према томе, запослени који је био на одслужењу војног рока, и имао прекид радног односа дужи од 30 радних дана, за 2007. годину стиче право на коришћење годишњег одмора у пуном трајању након шест месеци непрекидног рада од престанка мировања радног односа.

Ако запослени користи годишњи одмор пре истека шест месеци има право на дванаестину годишњег одмора (сразмеран део) за месец дана рада у календарској години.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-522/2007-02 од 30. 07. 2007. године)

**Упис података о стажу осигурања, у радну књижицу за лица која обављају привремене и повремене послове, преко омладинске задруге, није у надлежности министарства рада и социјалне политике, већ ове податке треба да уписује организација за пензијско и инвалидско осигурање, у складу са Правилником о радној књижици.**

У складу са чланом 18. став 1. тачка 2) Правилника о радној књижици („Службени гласник РС”, број 17/97), податке о стажу осигурања за лица која нису

у радном односу, а осигурана су у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању, у радну књижицу уписује организација за пензијско и инвалидско осигурање.

Полазећи од чл. 197. и 198. Закона о раду, уговор о привременим и повременим пословима који послодавац закључи са лицем које је члан омладинске или студентске задруге је уговор који се закључује ван радног односа. Према томе, привремени и повремени послови се обављају ван радног односа.

Лица која обављају привремене и повремене послове као чланови омладинске и студентске задруге су осигурана у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању.

У складу са наведеним, на упис података у радну књижицу за лица која обављају привремене и повремене послове, примењују се одредбе члана 18. став 1. тачка 2. Правилника о радној књижици, односно ове податке треба да уписује организација за пензијско и инвалидско осигурање, јер су ово пре свега, права из пензијског и инвалидског осигурања. Ове податке организација за пензијско и инвалидско осигурање уписује на основу потврде омладинске задруге о обављању привремених и повремених послова и података из матичне евиденције.

Према томе, упис података о стажу осигурања, у радну књижицу за лица која обављају привремене и повремене послове, преко омладинске задруге, није у надлежности министарства рада и социјалне политике, већ ове податке треба да уписује организација за пензијско и инвалидско осигурање, у складу са Правилником о радној књижици.

Министарство рада и социјалне политике (број: 113-04-40/2007-01 од 11. 07. 2007. године)

**Под радним искуством које представља услов за заснивање радног односа, подразумева се време проведено на раду на пословима који су услов за заснивање радног односа.**

Сагласно члану 47. став 1. Закона о раду („Службени гласник РС”, бр. 24/05 и 61/05) прописано је да послодавац може да заснује радни однос са лицем које први пут заснива радни однос, у својству приправника, за занимање за које је то лице стекло одређену врсту и степен стручне спреме, ако је то као услов за рад на одређеним пословима утврђено законом или правилником.

Полазећи од наведене одредбе Закона о раду, радни однос у својству приправника може да заснује лице које је стекло одређену врсту и степен стручне спреме и ако је обављање приправничког стажа као услов за рад на одређеним пословима утврђено законом или правилником о организацији и систематизацији послова код послодавца.

Према томе, радни однос у својству приправника може да се заснује само ако је то као услов предвиђено законом или актом послодавца.

Услов да се радни однос заснује први пут подразумева да је у питању радни однос у занимању у оквиру стручне спреме коју има одређено лице.

Из вашег захтева произлази да имате одређено радно искуство, стечено у иностранству, што се види из потврде коју сте приложили.

Под радним искуством које представља услов за заснивање радног односа, подразумева се време проведено на раду на пословима који су услов за заснивање радног односа. Према томе, уколико конкуришете за послове које сте обављали у иностранству, потврду о стеченом радном искуству, послодавац може прихватити, али није дужан да исту прихвати.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-455/2007-02 од 5. 07. 2007. године)

**Коришћење годишњег одмора по истеку рока на одређено време не може бити основ за прерастање у радни однос на неодређено време.**

Закон о раду („Служени гласник РС”, број 24/05 и 61/05) у члану 68. утврђује начин и услове стицања права на коришћење годишњег одмора у пуном трајању. Запослени на неодређено и одређено време стиче право на коришћење годишњег одмора у пуном трајању после шест месеци непрекидног рада, а под непрекидним радом се сматра континуирани рад са прекидима до 30 дана или без прекида, време проведено ван рада због привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању и одсуства са рада уз накнаду зараде.

У погледу остваривања права из радног односа, па и права на коришћење годишњег одмора, радни однос на одређено време је изједначен са радним односом на неодређено време.

Према томе, запослени који су засновали радни однос на одређено време, имају сва права, обавезе и одговорности из радног односа, као и запослени који су засновали радни однос на неодређено време. Тако да, запослена која је радила на одређено време ради замене привремено одсутног запосленог непрекидно од 2005. године, има право на пун годишњи одмор за 2007. годину у којој јој престаје радни однос. Запослени који су засновали радни однос на одређено време могу годишњи одмор да користе у току трајања радног односа на одређено време, непосредно пре истека рока за који је заснован радни однос и по истеку тог рока. Напомињемо да коришћење годишњег одмора по истеку рока на одређено време не може бити основ за прерастање у радни однос на неодређено време.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-327/2007-02 од 9. 05. 2007. године)

**Извештај о повреди на раду не може се сматрати потврдом о привременој спречености за рад у смислу члана 103. Закона о раду.**

Према члану 103. Закона о раду („Сл. гласник РС”, бр. 24/05 и 61/05) запослени је дужан да, најкасније у року од три дана од дана наступања привремене спре-

чености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању, о томе достави послодавцу потврду лекара која садржи и време очекиване спречености за рад.

У случају теже болести, уместо запосленог, потврду послодавцу достављају чланови уже породице или друга лица са којима живи у породичном домаћинству.

Ако запослени живи сам, потврду је дужан да достави у року од три дана од дана престанка разлога због којих није могао да достави потврду.

Лекар је дужан да изда потврду из става 1. овог члана.

Ако послодавац посумња у оправданост разлога за одсуствовање са рада у смислу става 1. овог члана, може да поднесе захтев надлежном здравственом органу ради утврђивања здравствене способности запосленог, у складу са законом.

Начин издавања и садржај потврде о наступању привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању споразумно прописују министар надлежан за рад и министар надлежан за здравље.

Правилником о начину издавања и садржају потврде о наступању привремене спречености за рад запосленог у смислу прописа о здравственом осигурању („Сл. гласник РС”, бр. 1/02), утврђена је обавеза лекара да запосленом изда потврду о привременој спречености за рад на прописаном обрасцу ЗОР- X.

Према томе, потврду о привременој спречености за рад издаје лекар на прописаном обрасцу која садржи и време очекиване спречености за рад. Извештај о повреди на раду не може се сматрати потврдом о привременој спречености за рад у смислу члана 103. Закона о раду.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-313/2007-02 од 18. 04. 2007. године)

**Послодавац не може запосленом који ради скраћено радно време, да одреди да у једном периоду у току године ради дуже, а у другом краће (прерасподела радног времена).**

Чланом 52. Закона о раду („Служени гласник РС”, број 24/05 и 61/05) прописано је да запосленом који ради на нарочито тешким, напорним и за здравље штетним пословима, утврђеним законом или општим актом, на којима и поред примене одговарајућих мера безбедности и заштите живота и здравља на раду, средства и опреме за личну заштиту на раду постоји повећано штетно дејство на здравље запосленог - скраћује се радно време сразмерно штетном дејству услова рада на здравље и радну способност запосленог, а највише 10 часова недељно (послови са повећаним ризиком).

Скраћено радно време утврђује се на основу стручне анализе, у складу са законом. Запослени који ради скраћено радно време има сва права из радног односа као да ради са пуним радним временом.

Законом о раду је утврђено да на захтев послодавца, а у случају више силе, изненадног повећања обима посла и у другим случајевима када је неопходно да се у одређеном року заврши посао који није планиран, запослени је дужан да ради ду-



же од пуног радног времена. Прековремени рад не може да траје дуже од осам часова недељно, нити дуже од четири часа дневно по запосленом (члан 53. Закона).

Што се тиче прерасподеле радног времена, послодавац може да изврши прерасподелу радног времена само када то захтева природа делатности, организација рада, боље коришћење средстава рада, рационалније коришћење радног времена и извршење одређеног посла у утврђеним роковима. Прерасподела радног времена врши се тако да укупно радно време запосленог у периоду од шест месеци у току календарске године у просеку не буде дуже од пуног радног времена а недељно радно време не може да траје дуже од 60 часова недељно. Прерасподела радног времена не сматра се прековременим радом. Законом о раду је прописана забрана прерасподеле радног времена на пословима на којима је уведено скраћено радно време, у складу са чланом 52. овог закона (чл. 57-60).

У члану 108. Закона је прописано да запослени за прековремени рад има право на увећану зараду у висини утврђеној општим актом и уговором о раду, а најмање 26% од основице.

Према томе, на пословима под посебним условима рада на којима је скраћено радно време у смислу члана 52. Закона, изричито је забрањена прерасподела радног времена. Послодавац не може запосленом који ради скраћено радно време, да одреди да у једном периоду у току године ради дуже, а у другом краће. Напомињемо да се прерасподела радног времена не сматра прековременим радом, те се у том смислу за рад у прерасподели не може исплаћивати увећана зарада. Што се тиче прековременог рада запослених који раде на пословима на којима је скраћено радно време, мишљења смо да на овим пословима не треба уводити прековремени рад, јер се у супротном не постиже циљ скраћивања радног времена у погледу скраћивања штетних услова рада на радну и здравствену способност запосленог. Ако је запослени радио прековремено у законом прописаним случајевима, има право на увећану зараду сходно члану 108. Закона.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-376/2007-02 од 25. 05. 2007. године)

**Посебну заштиту од отказа уговора о раду у смислу члана 187. Закона о раду, не може имати запослена жена у току трајања уговореног пробног рада.**

Закон о раду („Сл. гласник РС”, бр. 24/05 и 61/05) у члану 187. прописује посебну заштиту од отказа уговора о раду запосленој жени за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета односно, у овим случајевима послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду. Запосленој која је засновала радни однос на одређено време, без обзира што остварује неко од напред наведених права, престаје радни однос истеком рока за који је заснован.

Према члану 36. Закона, уговором о раду може да се уговори пробни рад. Пробни рад може да траје најдуже шест месеци. За време пробног рада послода-

вац и запослени могу да откажу уговор о раду са отказним роком који не може бити краћи од пет радних дана. Запосленом који за време пробног рада није показао одговарајуће радне и стручне способности престаје радни однос даном истека рока одређеног уговором о раду.

У случају када је предвиђен пробни рад, радни однос на неодређено време је условљен показаним резултатима рада запосленог, односно његовим стручним и радним способностима за рад на одређеним пословима. Значи да запослени заснива радни однос на неодређено време тек ако је на основу оцене и мишљења послодавца у току периода уговореног пробног рада, показао стручне и радне способности за рад на одређеним пословима. Тако да посебну заштиту од отказа уговора о раду у смислу члана 187. Закона, не може имати запослена жена у току трајања уговореног пробног рада.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-310/2007-02 од 25. 05. 2007. године)

**Запослени има право на регрес само за искоришћени годишњи одмор, односно сразмеран делу искоришћених дана, а за преостали део годишњег одмора који није искористио кривицом послодавца има право на накнаду штете сходно члану 76. Закона о раду.**

Чланом 76. Закона о раду („Сл. гласник РС”, бр. 24/05 и 61/05) предвиђено је да ако кривицом послодавца запослени не користи годишњи одмор, има право на накнаду штете у висини просечне зараде у претходна три месеца, утврђене општим актом и уговором о раду.

Према томе, обавеза је послодавца да запосленом обезбеди коришћење годишњег одмора. Запосленом се не може ускратити право на одмор, нити он може да се одрекне тог права (члан 68. став 4. Закона). Уколико послодавац запосленом ускрати коришћење годишњег одмора, дужан је да му накнади штету за неискоришћени годишњи одмор у висини просечне зараде у претходна три месеца, утврђене општим актом и уговором о раду. Ову обавезу послодавац има само ако је крив што запосленом није омогућио коришћење годишњег одмора (члан 76. Закона).

Послодавац сноси одговорност за неискоришћени годишњи одмор запосленог и у том смислу има обавезу накнаде штете запосленом ако је запосленом престао радни однос од стране послодавца по основу вишка (члан 179. тачка 9. Закона), а да запосленом није пре престанка радног односа омогућено право на коришћење годишњег одмора. У случају да је запослени искористио део годишњег одмора, послодавац је дужан да накнади штету запосленом за преостали део годишњег одмора који није искористио кривицом послодавца.

Сходно члану 118. тачка 6. Закона о раду, запослени има право на накнаду трошкова у складу са општим актом и уговором о раду за регрес за коришћење годишњег одмора. Запослени ово право има само уколико користи годишњи од-

мор. Значи да у конкретном случају запослени има право на регрес само за искоришћени годишњи одмор, односно сразмеран делу искоришћених дана, а за преостали део годишњег одмора који није искористио кривицом послодавца има право на накнаду штете сходно члану 76. Закона.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-645/2007-02 од 30. 07. 2007. године)

**Независно од тога да ли је у питању делатност за коју је по закону неопходно утврдити минимум процеса рада пре почетка штрајка, штрајкачки одбор и запослени који учествују у штрајку дужни су да штрајк организују и воде на начин којим се не угрожава безбедност лица и имовине и здравље људи, онемогућава доношење непосредне материјалне штете и омогућава наставак рада по окончању штрајка(члан 7. Закона о штрајку).**

Закон о штрајку („Сл. лист СРЈ”, бр. 29/96, „Сл. гласник РС”, бр. 101/05) у члану 9. утврђује да се минимум процеса рада као услов за остваривање права на штрајк мора остварити у делатностима од јавног интереса или у делатности чији би прекид рада због природе посла могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера.

Делатност од јавног интереса, у смислу овог закона, јесте делатност коју обавља послодавац у области: електропривреде, водопривреде, саобраћаја, информисања (радио и телевизија), ППТ услуга, комуналних делатности, производње основних прехранбених производа, здравствене и ветеринарске заштите, просвете, друштвене бриге о деци и социјалне заштите.

Делатности чији би прекид рада по природи посла, у смислу овог закона, могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера су: хемијска индустрија, индустрија челика и црна и обојена металургија.

Значи да, у осталим делатностима остваривање права на штрајк није условљено обезбеђивањем минимума процеса рада у смислу члана 10. Закона о штрајку.

Међутим, независно од тога да ли је у питању делатност за коју је по закону неопходно утврдити минимум процеса рада пре почетка штрајка, штрајкачки одбор и запослени који учествују у штрајку дужни су да штрајк организују и воде на начин којим се не угрожава безбедност лица и имовине и здравље људи, онемогућава доношење непосредне материјалне штете и омогућава наставак рада по окончању штрајка (члан 7. Закона о штрајку).

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-496/2007-02 од 6. 07. 2007. године)

**Решење инспектора рада је привременог карактера и коначну одлуку самостално доноси суд на основу спроведених доказа и изнетих чињеница у судском поступку.**

Према члану 195. Закона о раду („Служени гласник РС”, број 24/05 и 61/05) против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом. Рок за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права.

Запослени у року од 30 дана од дана покретања радног спора може да поднесе захтев инспекцији рада. Ако инспектор рада нађе да је решењем послодавца о отказу уговора о раду очигледно повређено право запосленог, на захтев запосленог одложиће решењем извршење тог решења до доношења правноснажне одлуке суда (члан 271. Закона).

Према томе, против решења о отказу уговора о раду за које сматрате да вам је повређено право, могли сте да покренете спор пред надлежним судом у року од 90 дана од дана достављања решења. Рок од 90 дана за подношење тужбе је преклузиван, те у случају пропуштања овог рока, запослени губи право на заштиту пред надлежним судом. Захтев за заштиту права који запослени поднесе суду (тужба) је услов за подношење захтева инспекцији рада за доношењем решења о одлагању извршења решења о отказу уговора о раду. Напомињемо да је решење инспектора рада привременог карактера и да коначну одлуку самостално доноси суд на основу спроведених доказа и изнетих чињеница у судском поступку. Значи да ово министарство рада па и инспектор рада не може „наложити послодавцу да вас коначно врати на посао”. Инспектор рада може само да донесе решење о одлагању извршења решења послодавца о отказу уговора о раду, а правоснажну одлуку доноси суд. Међутим, из Вашег захтева се не види да ли сте се обраћали инспекцији рада поводом отказа уговора о раду, као и да ли је поступак који сте покренули пред судом окончан.

Министарство рада и социјалне политике (број: 164-03-735/2007-02 од 7. 08. 2007. године)

**Уколико је запосленом радни однос престао на основу споразума са послодавцем а не због остваривања права на инвалидску пензију, нема право на исплату отпремнине у смислу члана 119. став 1. тачка 1. Закона о раду.**

Према члану 119. став 1. тачка 1. Закона о раду („Сл. гласник РС”, бр. 24 /05, бр. 61/05) послодавац је дужан да запосленом у складу са општим актом, исплати отпремнину при одласку у пензију, најмање у висини три просечне зараде. Ово право има запослени коме престаје радни однос ради остваривања права на старосну, инвалидску или породичну пензију.

Према томе, запослени има право на отпремнину у смислу члана 119. став 1. тачка 1. Закона само ако му је радни однос престао ради остваривања права на старосну, инвалидску или породичну пензију. С обзиром да се из захтева види да је вама радни однос престао на основу споразума са послодавцем, а не због остваривања права на инвалидску пензију, немате право на исплату отпремнине у смислу члана 119. став 1. тачка 1. Закона.

Министарство рада и социјалне политике (број: 120-08-00161/2007-02 од 10. 08. 2007. године)

**Упућивање запосленог на рад код другог послодавца у случају закључења уговора о пословној сарадњи тако да запослени остане у радном односу код првог послодавца, односно да код другог послодавца обавља рад без заснивања радног односа на одређено време, је супротно Закону о раду.**

У складу са чланом 174. Закона о раду („Служени гласник РС”, број 24/05 и 61/05) запослени може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца на одговарајући посао ако је закључен уговор о пословној сарадњи и у другим случајевима, док трају разлози за његово упућивање, а најдуже годину дана. Запослени може, уз своју сагласност, и у другим случајевима утврђеним општим актом или уговором о раду, да буде привремено упућен на рад код другог послодавца и дуже од годину дана, док трају разлози за његово упућивање.

Запослени са послодавцем код кога је упућен на рад закључује уговор о раду на одређено време. По истеку рока на који је упућен на рад код другог послодавца запослени има право да се врати на рад код послодавца који га је упутио.

У члану 79. Закона о раду прописано је да запосленом мирују права и обавезе које се стичу на раду и по основу рада, осим права и обавеза за које је законом, општим актом, односно уговором о раду друкчије одређено, ако одсуствује са рада због привременог упућивања на рад код другог послодавца у смислу члана 174. закона.

Према томе, ако послодавац закључи уговор о пословној сарадњи са другим послодавцем, може да упути запосленог на рад код другог послодавца само у смислу члана 174. Закона. Упућивање запосленог на рад код другог послодавца у случају закључења уговора о пословној сарадњи тако да запослени остане у радном односу код првог послодавца, односно да код другог послодавца обавља рад без заснивања радног односа на одређено време, је супротно Закону о раду.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-736/2007-02 од 15. 08. 2007. године)

**1. Оснивање, унутрашња организација и сва друга питања везана за лица овлашћена за заступање и представљање синдиката, утврђују се општим актом синдиката.**

**2. Послодавац је дужан да синдикату који је основан у складу са законом и уписан у регистар, независно од тога да ли је репрезентативан или не, обезбеди услове рада неопходне за рад. Ови услови уређују се колективним уговором или споразумом између синдиката и послодавца.**

1. У члану 215. Закона о раду („Службени гласник РС”, бр. 24/06 и 61/05) прописано је да синдикат, у смислу члана 6. овог закона, може да се оснује у складу са општим актом синдиката.

Према томе, оснивање, унутрашња организација и сва друга питања везана за лица овлашћена за заступање и представљање синдиката, утврђују се општим актом синдиката.

2. У члану 209. Закона о раду прописано је да синдикат има право да буде обавештен од стране послодавца о економским и радно-социјалним питањима од значаја за положај запослених, односно чланова синдиката.

Послодавац је дужан да синдикату обезбеди техничко-просторне услове и приступ подацима и информацијама неопходним за обављање синдикалних активности. Техничко-просторни услови за обављање активности синдиката утврђују се колективним уговором или споразумом послодавца и синдиката (члан 210. Закона).

Према томе, синдикат има право да буде обавештен од стране послодавца о економским и социјалним питањима од значаја за положај запослених без обзира да ли је репрезентативан или не.

Осим тога, послодавац је дужан да синдикату који је основан у складу са законом и уписан у регистар, независно од тога да ли је репрезентативан или не, обезбеди услове рада неопходне за рад. Ови услови уређују се колективним уговором или споразумом између синдиката и послодавца.

Министарство рада и социјалне политике (број: 011-00-77/2007-02 од 28. 05. 2007. године)

---

**ШЕСНАЕСТИ СУСРЕТ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ**  
**(Врњачка Бања, 16–18. мај 2007. године)**

---

Шеснаести Сусрет правника у привреди Србије одржан у Врњачкој Бањи од 16. до 18. маја 2007. године, са темом *Право и заштитна инвестициона*, пред више од 500 учесника (правника из привреде, правосуђа, управе и других организација), уз учешће око 90 референата из земље и професора и адвоката из Аустрије, Немачке, Русије, Црне Горе и Републике Српске усвоја следеће

### **П О Р У К Е**

1. Трајна и узорна правна заштита инвеститора као универзална правна вредност, која обезбеђује повољну инвестициону климу и инвестиционо поверење, нужна је претпоставка стабилне, развојне и конкурентне привреде. За постојање такве заштите нужно је обезбедити неопходне претпоставке политичке стабилности (државни оквир, регуларне редовне а не ванредне изборе, стабилне и одговорне парламенте, стабилне и одговорне владе, транспарентне и држави и народу одговорне политичке странке, професионалну и одговорну државну управу), као и неопходне правне претпоставке (довољан квантитет права, објективан квалитет права и независно и праву одговорно правосуђе).
2. Правници у привреди су уверења да у нашој земљи још увек нису обезбеђене све претпоставке политичке стабилности за заштиту инвеститора, као и да је углавном обезбеђена само прва правна претпоставка за узорну и конкурентну заштиту инвеститора: *довољан квантитет права* – похвална је ефикасност Владе и Парламента, који су у последње две године усвојили преко 200 закона, од којих је већина управо из области привреде. Ипак, ово се не може констатовати за друге две опште претпоставке заштите инвеститора и тиме и правне сигурности: објективан квалитет права и објективну примену права. *Објективан квалитет права* није могуће обезбедити без транспарентнијег поступка доношења нових закона, уз веће укључивање стручних и научних институција, независних експерата, активнију улогу привредних комора у поступку доношења закона који се тичу привреде, као и уз постепено развијање *институције ауторитива* *предлога нацрта закона*, која би појачала одговорност, професионализам и квалитет закона. *Објективну примену права* могуће је обезбедити само уз дизање прага одговорности праву и јачање професионализма судства и управе, уз неговање механизма за обезбеђење истинске независности судства од политичке власти, али и од економске власти, као и неговање

---

култа права и својеврсне културе судске независности, као подкултуре правне културе. Обезбеђење системских претпоставки за ово укључује свакако и завршетак реформе правосуђа, оснивање недостајућих судова, растерећење судова, развој алтернативних начина решавања спорова (арбитраже, медијације, мирења, изабраних судова и слично), као и трајније решење питања достојног финансирања судова и судија.

3. Правници у привреди посебно упозоравају да је за дизање нивоа заштите инвеститора у нашој земљи потребно унапређење регулативе у области давања разних дозвола и сагласности у свим сферама привредног живота (преширок круг је доказ високе бирократизованости државе и високог прага корупције), као и режима својине и регистрације својинских права (не оцењују позитивним напуштање земљишнокњижног система регистрације својинских права, као и недоношење закона о реституцији и денационализацији и постојање још увек монопола државне својине на градском грађевинском земљишту). Уређење својинских односа у свим аспектима (титулари државне својине, урбанистичко и просторно планирање, грађевинске дозволе, изградња објеката, заједничко финансирање, тзв. бесправна градња и слично) хронично представља кључни сегмент незадовољства инвеститора и захтева одлучну реакцију законодавца, како би пословна и судска пракса у овој области биле стабилизоване и како би се оправдана потреба унапређења заштите инвеститора у овој области учинила конкурентном и инвестиционо подстицајном. Предлаже се и увођење посебне наставно-научне дисциплине на правним факултетима Право урбанизма и грађења.
4. Правници у привреди истичу да заштита инвеститора налаже унапређење заштите уговора као основног правног инструмента промета права, како у случају кад су уговорне стране јавноправни субјекти, тако и у случају кад су то приватноправни субјекти. Такве заштите нема у условима другог трајања спорова за заштиту права уговорних поверилаца и у условима постојања било које врсте приговора у извршном поступку. Потреба унапређења заштите уговора актуелизује се посебно у условима промене карактера права које уређује пословне односе, које све више излази из законске сфере и улази у сферу аутономне регулативе («меко право»), што подстиче тржишне односе и предузетништво, а у условима недовољне заштите уговора отвара простор за бројне злоупотребе и неповерење озбиљних инвеститора.
5. Правници у привреди наглашавају потребу већег изучавања и познавања и међународних прописа, међу којима за пословне односе има посебан значај Бечка конвенција о уговорима о међународној продаји робе, коју наши струковни и пословни људи недовољно познају, посебно са становишта наших објективних потреба. Уз то, посебно се истиче потреба објективне примене и познавања и домаћих прописа и прописа ЕУ из обла-



сти заштите конкуренције, државне помоћи предузећима, прописа о унификацији међународног приватног права и прекограничних спајања друштава капитала. Констатовано је да у примени ових прописа постоје још увек бројна отворена питања, како у теорији, тако и у пословној и судској пракси. У сваком случају, унапређење прописа у овим областима стална је потреба, како исти не би били антиинвеститорски, каткад и сумљиве уставне валидности и како би били увек у функцији заштите општег интереса и тиме и појединачног интереса који се поклапа са тим општим, у функцији заштите конкуренције као општег интереса а не конкурената, против елиминисања конкуренције и демотивисања за тржишну утакмицу.

6. Правници у привреди оцењују добром праксом доношење нових Стандарда (Кодекса), попут Кодекса пословне етике и Кодекса Корпорацијског управљања Привредне коморе Србије и захтевају јачање тог процеса, будући да аутономна регулатива више одговара потребама привреде за флексибилношћу од посебних закона који се често доносе за регулисање појединих правних института без посебне потребе.
7. При доношењу нових прописа мора се више водити рачуна о домаћој правној традицији и континенталној школи права, без обзира на потребе хармонизације нашег права са правом ЕУ, које и само настоји да се одбрани од непотребног трансплантирања англосаксонског права у континентално право. У овом погледу оцењује се значајним улазак у поступак доношења Грађанског законика Србије, који би требало да створи правни споменик трајније вредности, који диже ниво правне свести и правне културе и врши утицај на окружење, чиме се показује и одлучност државе да се престане са поступком доношења прописа за једнократну употребу, који не остављају трага у српској правној мисли и доприносе правном хаосу и нереду.
8. Правници у привреди се залажу за јачање свих форми правне едукације ради дизања општег нивоа правне културе, као својеврсне субкултуре, чије обележје мора бити култура примене права, а не својеврсна «култура» изигравања закона или тражења пута за непримену закона. У том контексту, наглашава се и посебна потреба развоја едукације из области управљања пројектима у функцији заштите инвеститора.
9. Правници у привреди указују на потребу бржег заокружења процеса приватизације уз комплетирање недостајуће регулативе и институција, попут неопходности доношења новог Закона о посебним правилима приватизације јавних предузећа и оснивања јединственог Националног приватизационог фонда за дистрибуцију акција грађанима који то право нису до сада остварили (бесплатне акције). Указује се да у области приватизације и даље постоје бројна отворена правна питања, која су у доброј мери последица некомплетне регулативе, нејасно дефинисане правне природе угово-

---

ра о продаји капитала и имовине (управноправни или грађанскоправни уговори), прешироке интервенције Владе у подзаконској регулативи и честој супротности те регулативе са законском (посебном у сфери приватизације или општом у уговорној сфери).

10. Правници у привреди се залажу за прихватање европског социјалног модела као дела европске културе рада, који полази од концепта државе социјалне правде, као и концепта друштвене одговорности предузећа (компанија).
11. Правници у привреди указују на бројне недостатке и противречности Закона о раду, кад се ради нарочито о индивидуалним људским правима, која захтевају највиши степен законске и судске заштите, за шта су у таквим околностима недовољни изгледи, те је потребно њихово уклањање, како би се обезбедила и индивидуална правна сигурност и заштита сигурности капитала од неизвесности које радни спорови носе са собом. Доношење посебног Закона о штрајку и Закона о савету запослених показује се ургентном потребом.
12. Правници у привреди се залажу за јачање финансијског тржишта и регулативе овог тржишта и истичу недовољно учешће струковне јавности и релевантних институција у поступку доношења нове регулативе, што свакако умањује њихов квалитет и ауторитет. Уз то, правници у привреди указују и на потребу јачања овлашћења Комисије за хартије од вредности на финансијском тржишту, посебно у надзорној сфери и сфери заштите интереса акционара, нарочито мањинских. Најзад, потребно је наставити са креирањем нових инструмената на финансијском тржишту или са развојем тржишних функција постојећих инструмената, као и са комплетирањем недостајућих институција и професија на овом тржишту.
13. Правници у привреди указују да развој науке и технологије омогућује лакше и брже искоришћавање права интелектуалне својине и злоупотребу тих права, што угрожава права стваралаца и тиме друштвене заједнице, чиме се намеће потреба јачања практичне заштите права интелектуалне својине, без чега није могуће очекивати пријем у ЕУ и Светску трговинску организацију. Предлаже се, отуда, формирање посебног националног Савета за заштиту права интелектуалне својине, састављеног од познатих професионалних стваралаца из свих области интелектуалног стваралаштва, који би имао саветодавну улогу у заштити ових права, као и улогу предлагача унапређења регулативе и праксе заштите ових права. У основи, правници у привреди констатују да наши прописи из сфере интелектуалне својине не заостају за компаративним стандардима и на задовољавајући начин уређују заштиту инвеститора у овој области, али је потребно унапређење праксе њихове примене, како би се штете због неовлашћеног коришћења интелектуалних добара свеле на разумну меру, с обзиром на то да се ова појава нигде у свету није у потпуности искоренила.

14. Правници у привреди се залажу за даље унапређење система пореза у циљу подстицања запошљавања и инвестирања (реформисање пореза на зараде и повезаних доприноса, увођење синтетичког пореза на доходак грађана, преиспитивање система уређења пореза на капитални добитак у трговини хартијама од вредности, доследност и стабилност пореских ослобађања и подстицаја и слично). Потребно је и озбиљно реформисање пореске администрације и већа транспарентност пореског законодавства и поједностављивање администрирања порезима, како би се, између осталог, унапредила ефикасност, смањила евазија пореза и корупција.
15. Правници у привреди указују да и нова посебна статусна регулатива финансијских организација својим неадекватним уређењем односа са општом регулативом акционарских друштава значајно и недозвољиво угрожава њихову правну сигурност, као и сигурност њихових акционара и корисника њихових услуга.
16. Правници у привреди упозоравају да наши прописи из сфере заштите потрошача не задовољавају наглашену потребу за делотворном правном заштитом у овој области. Потрошачко законодавство би требало унапредити имајући у виду достигнути степен развоја заштите потрошача у упоредном праву и пракси. Унапређењу заштите потрошача свакако би допринело уграђивање минимума стандарда такве заштите у нови Грађански законик Србије, полазећи од којих би био донет нови Закон о заштити потрошача.
17. Правници у привреди позивају све посленике своје професије да у свом професионалном раду не нарушавају дигнитет правничког образовања и правничке струке, чиме и сами доприносе урушавању начела правне државе и владавине права и тиме доприносе и правној несигурности у привреди и снижавању потребних стандарда заштите инвеститора.

ПРЕДСЕДНИК УДРУЖЕЊА  
проф. др Мирко Васиљевић



## НАРУЏБЕНИЦА

Овим се неопозиво претплаћујемо на \_\_\_\_ примерака часописа "ПРАВО И ПРИВРЕДА" за 2008. годину по цени од 9.100,00 динара за правна лица (4.550,00 за физичка лица, 100 USA \$ за иностранство) на име аконтације годишње претплате с тим да се претплата продужује и за следеће године, уколико се изричито – писмено не откаже пре истека текуће године.

Износ од \_\_\_\_\_ динара уплатићемо у законском року по пријему рачуна на текући рачун број 355-1028874-46 (Војвођанска банка Београд) УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ Београд, Трг Николе Пашића 1/II

Тел/факс 3234-985 • е-mail: [udruzrip@eunet.yu](mailto:udruzrip@eunet.yu) • ПИБ - 100052829

Часопис слати на адресу:

\_\_\_\_\_

са назнаком за \_\_\_\_\_ службу.

Молимо да ову наруџбеницу оверену и потписану од стране овлашћеног лица пошаљете на адресу УДРУЖЕЊЕ ПРАВНИКА У ПРИВРЕДИ СРБИЈЕ, Београд, Трг Николе Пашића 1/II

М.П.

Потпис наручиоца

ПИБ

\_\_\_\_\_