

ГЛАСНИК ПРАВА

**часопис из области права
и сродних друштвених наука**

ИЗДАВАЧ: Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу
Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац
Република Србија
е-mail: faculty@jura.kg.ac.rs

УРЕДНИШТВО др Славко Ђорђевић, ванредни професор
ГЛАВНИ И Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
ОДГОВОРНИ Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац,
УРЕДНИК: Република Србија
е-mail: slavko@jura.kg.ac.rs
Тел. +381 34 306 539
Факс +381 34 306 540

РЕДАКЦИОНИ ОДБОР: проф. др Снежана Соковић,
проф. др Драган Вујисић,
проф. др Срђан Владетић,
проф. др Славко Ђорђевић,
доц. др Вељко Влашковић.

СЕКРЕТАР Александра Павићевић, асистент
РЕДАКЦИОНОГ Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
ОДБОРА: Тел. +381 34 306 585
е-mail: apavicevic@jura.kg.ac.rs

КОНТАКТ АДРЕСА Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
УРЕДНИШТВА: Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац
е-mail: glasnik@jura.kg.ac.rs
тел. +381 34 306 539

ИЗДАВАЧКИ САВЕТ: Prof. Emeritus Dr. Dr. hc. Günter Püttner (Правни
факултет Универзитета у Тибингену, СР
Немачка), prof. Emeritus Dr. Hans Ankum
(Холандија), проф. др Хрвоје Качер (Правни
факултет Свеучилишта у Сплиту, Република
Хрватска), Dr. Christa Jessel-Holst (Макс Планк
институт за упоредно и међународно приватно

право у Хамбургу, СР Немачка), проф. др Станко
Бејатовић (декан Правног факултета
Универзитета у Крагујевцу), адвокат Звонко
Марковић (председник Адвокатске коморе у
Крагујевцу).

ИНТЕРНЕТ АДРЕСА <http://www.jura.kg.ac.rs/gp>

УДК ЧЛАНАКА: Драгана Лекић, виши књижничар
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Тел. +381 34 306 532
е-mail: dlekic@jura.kg.ac.rs
Весна Максимовић, библиотекар
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Тел. +381 34 306 518
е-mail: vesnamax@jura.kg.ac.rs

WEB Емил Матић, администратор мреже
е-mail: emil@jura.kg.ac.rs

UDK 34(05)

ISSN 0351-2207

Часопис излази од месеца марта 2010. године

ГЛАСНИК ПРАВА

Година VII, бр. 1, 2016

САДРЖАЈ

ЧЛАНЦИ

1. Синиша Варга
СУБЈЕКТИ, ФОРМА И ПРЕДМЕТ ОЗБИЉНЕ
УПОТРЕБЕ ЖИГА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ 1
2. Мирјана Кнежевић
ИЗВРШЕЊЕ НА АКЦИЈАМА И УДЕЛИМА 19
3. Јасмина Лабудовић Станковић
ИНСТРУМЕНТИ ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ
И КРИЗА У ЕВРОЗОНИ 37
4. Драган Златовић, Маја Билић
КОЛИЗИЈА ИЗМЕЂУ ОЗНАКА ЗЕМЉОПИСНОГ ПОДРИЈЕТЛА
И НАЗИВА ИНТЕРНЕТСКИХ ДОМЕНА КРОЗ АНАЛИЗУ ОДЛУКЕ
ИНТЕРНЕТСКЕ КОРПОРАЦИЈЕ ЗА ДОДЈЕЛУ ИМЕНА И БРОЈЕВА
(ICANN) О УВОЂЕЊУ НОВИХ ГЕНЕРИЧКИХ ВРШНИХ
ДОМЕНА „WINE“ И „VIN“ 53
5. Давор Трлин
СУДСКА КОНТРОЛА У САД И НЕКИМ ЕВРОПСКИМ
УСТАВНИМ СИСТЕМИМА 69

HERALD OF LAW

Year VII, No. 1, 2016

CONTENTS

ARTICLES

1. Siniša Varga
ENTITIES, FORM AND SUBJECT OF GENUINE USE
OF EUROPEAN UNION TRADEMARK 1
2. Mirjana Knežević
ENFORCEMENT ON STOCKS AND SHARES 19
3. Jasmina Labudović Stanković
EUROPEAN CENTRAL BANK INSTRUMENTS
AND EUROZONE CRISIS 37
4. Dragan Zlatović, Maja Bilić
COLLISION OF BETWEEN GEOGRAPHICAL INDICATION AND
INTERNET DOMAIN NAME THROUGHTOUT DECISIONS
OF INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES (ICANN)
ON INTRODUCTION OF „WINE“ AND „VIN“ DOMAIN NAMES 53
5. Davor Trlin
JUDICIAL CONTROL IN USA AND SOME EUROPEAN
CONSTITUTIONAL SYSTEMS 69

СУБЈЕКТИ, ФОРМА И ПРЕДМЕТ ОЗБИЉНЕ УПОТРЕБЕ ЖИГА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ**

Да би жиг Европске уније био одржан, жигом заштићена робна и услужна ознака мора бити реално коришћена у промету на јединственом тржишту од стране титулара права или уз његову сагласност у изгледу у којем је регистрована или варијацији тог изгледа, под условом да се формом која је коришћена не мења дистинктивни карактер форме у којој је ознака регистрована, а ради обележавања роба и услуга за чије обележавање је право признато.

Кључне речи: право жига, Европска унија, озбиљна употреба ознаке

I УВОД

Да би право било одржано, жигом заштићени робни и услужни знак мора бити коришћен, осим ако не постоје оправдани разлози за некоришћење ознаке. Имајући у виду да је жиг субјективно право искључујућег карактера у смислу да жигом заштићени знак, на територији за коју је жиг признат, у погледу роба и услуга за чије је обележавање регистрован, без сагласности титулара права у комерцијалне сврхе не може користити нико други, прописивање обавезе коришћења жига мотивисано је „привредном функцијом жига и практичним разлозима као нпр. релативном лимитираношћу могућих комбинација речи, као и чињеницом претрпаности регистара жиговима који су изван употребе (тзв. гробља жигова).“¹

Међутим, чак и у случају употребе жига, ако је ова спорадична, повремена, симболична, једном речју симулована, право неће бити одржано. Да би право било одржано употреба жига мора бити озбиљна односно таква да је усмерена на очување препознатљивости и дистинктивности робног и услужног знака² тј. остваривање његове

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

** Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.

¹ D. Zlatović, *Žigovno pravo*, Zagreb 2008, 389/390.

² R. Sacoff, *The Trademark Use Requirement in Trademark Registration, Opposition and Cancellation Proceedings*, Trademark Reporter Vol. 76/1986, 131.

основне привредне функције – указивање на извор одакле потиче обележена роба или услуга, како би потрошач или други купац могао без забуне разликовати робу и услуге различитог комерцијалног порекла,³ ради стицања или очувања комерцијалне позиције односно удела на релевантном тржишту производа обележених регистрованом ознаком.⁴ То значи да није свака употреба жига озбиљна и да одржање права подразумева испуњавање услова који употребу жига чине квалификованом за ту правну последицу. Ти услови се између осталог тичу: субјекта, форме и предмета употребе жигом заштићеног робног и услужног знака. Предмет рада је регулисање ових услова који су у праву Европске уније прописани Регулацивом о жигу Европске уније.⁵ Рад садржи и преглед одговарајуће судске праксе и праксе Уреда за интелектуалну својину Европске уније.

II СУБЈЕКТИ ОЗБИЉНЕ УПОТРЕБЕ ЖИГА

Жиг се мора користити од стране титулара права или уз његову сагласност.⁶ Сагласност за употребу жига другом лицу мора бити дата пре него што је друго лице започело са употребом жига. „Накнадна сагласност се не прихвата“.⁷ Исто тако, „овлашћење у овом смислу не постоји ако титулар жига не може да забрани коришћење жига од стране трећег лица, већ мора да га толерише.“⁸ Према томе, коришћење жига од стране другог лица противно или мимо воље титулара права је правно ирелевантно по питању озбиљне употребе жига.

Друга лица чијом употребом жига се задовољава услов озбиљне употребе су најчешће стикаоци лиценце,⁹ мада то могу бити и повезана друштва као у случају *Now Wireless*¹⁰ у којем су титулар права (*Sturbucks*)

³ C-40/01 *Ansul v. Ajax Brandbeveiliging*, [2003] ECR I-02439, тач. 36.

⁴ *Ibid.*, тач. 37.

⁵ *Council Regulation (EC) No 207/2009 of 26 February 2009 on the Community trade mark* (OJ L 78, 24.3.2009, p. 1) *amendend with Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015* OJ L 341, 24.12.2015, 21).

⁶ J. Davis, *Intellectual Property Law*, Oxford, 2008, 229. Коришћење жига Европске уније уз сагласност титулара права сматра се коришћењем жига од стране титулара права (Регулатива о жигу Европске уније, чл. 15 ст. 2).

⁷ *Guidelines for Examination of European Union Trade Marks*, European Union Intellectual Property Office, Part C - Opposition, Section 6 - Proof of Use, version 1.0 од 23. марта 2016. године, 59.

⁸ С. Спасојевић, *Престанак жига због некоришћења*, у: „Правна мисао у срцу Шумадије“ (ур. Б. Влашковић), Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2012. године, 550.

⁹ „Али само уступање лиценце није довољан доказ озбиљне употребе жига“ (P. Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford, 2008, 427).

¹⁰ T-278/13 од 30. јануара 2015. године.

и корисник жига (*UK Broadband*) били зависна друштва истог контролног привредног друштва. У оваквом случају, случају економски повезаних лица, установљава се правна претпоставка да се жиг употребљава уз сагласност титулара права. У ствари, кад год титулар права поднесе доказе о употреби жига од стране другог лица, претпоставља се да је корисник ознаке овлашћен за употребу спорног жига, јер се сматра да титулар права не би био у могућности да од другог лица прибави доказе о употреби жига (нпр. фактуре, ценовнике, фотографије, оверене изјаве овлашћеног лица, етикете с паковања и сл.) кад би то лице ознаку употребљавало противно вољи титулара права.¹¹ Ипак, ако противна страна оспори да се жиг употребљава сагласно вољи титулара права, на титулару права је терет доказивања да се сагласио са употребом свог жига од стране другог лица.¹²

Сагласност да други правни субјект користи жиг титулара права мора бити недвосмислено демонстрирана. Сагласност да други правни субјект користи жиг титулара права је недвосмислено демонстрирана онда када је изричито дата. Међутим, замисливо је да закључак о томе да је саглашавање титулара права по питању употребе жига од стране другог лица недвосмислено демонстрирано, у неким случајевима, може бити изведен из околности које претходе, истовремене су или следе употреби жига.¹³ Али просто постојање пословног односа, као у случају жига *LAMBRETTA*, не значи да се жиг користи по прећутној сагласности титулара права.¹⁴

¹¹ C-416/04 *Sunrider v. OHIM (VITAFRUIT)* [2006] ECR I-04237, тач. 46. У овом случају титулар жига био је *Mr. Espadafor Caba*, а жиг је коришћен од стране *Industrias Espadafor SA*.

¹² *Ibid.*, тач. 44. Овим се, по схватању појединих аутора, одступа од општег правила процесног права по којем је тужилац дужан доказати истинитост својих тврдњи – *Probatio incubit actori* (D. Zlatović, *op. cit.*, 390).

¹³ *Now Wireless*, тач. 35.

¹⁴ R 351/2015-1 од 23. септембра 2015. године, тач. 35. У овом случају титулар права (*Scooters India Limited*) у пословном је односу са предузећем регистрованим за поправку мотоцикала (*Scooter Restorations*) којем испоручује резервне делове. Поред тога доказано је да је *Scooter Restorations* у часопису *Scooter Trader* објавио оглас о продаји *Lambretta* резервних делова. Међутим, титулар права резервне делове испоручује под ознаком: *Scooters India Limited original spares*, а од купца никад није захтевао да користи жиг *LAMBRETTA* приликом продаје испоручених резервних делова (тач. 36), па је *OHIM (Office for Harmonization of Internal Market* – сада *EU IPO – European Union Intellectual Property Office*) овакву употребу предметног жига окарактерисао као дескриптивну – продаја резервних делова који одговарају *Lambretta* мотоциклима – свдећи предметни пословни однос титулара права и купца на купопродају резервних делова и ништа више од тога.

III ФОРМА ОЗБИЉНЕ УПОТРЕБЕ ЖИГА

Сасвим је разумно очекивати да ће титулар права у промету употребљавати онај робни и услужни знак који је регистровао. У пракси се, међутим, показало да титулари права понекад у промету користе ознаке које нису истоветне онима које су регистровали. У праву жига се ово одступање толерише, али само донекле. Наиме, да би се употреба жига сматрала озбиљном, робни и услужни знак мора бити коришћен у форми којом се не мења дистинктивни карактер жига какав је регистрован,¹⁵ што је у складу са чл. 5Ц2 Париске конвенције из 1883. године. Измена изгледа робне ознаке дозвољава се ради прилагођавања маркетиншким и промотивним условима националног тржишта на којем титулар права намерава да стекне тржишни удео.¹⁶ Због тога се коришћење ознаке која није истоветна регистрованој, али се од регистроване не разликује у битним карактеристикама, рачуна као коришћење регистроване ознаке.¹⁷ Јасно је да између тржишних субјеката спорови настају поводом различитих ставова по питању да ли се коришћеном ознаком мења дистинктивни карактер регистрованог жига или не.

Да би се на ово питање одговорило потребно је претходно установити у чему се састоји одн. шта чини дистинктивни карактер регистрованог изгледа жига, а пре свега који су елементи ознаке дистинктивни и доминантни. Тек након тога се утврђује у чему се састоји разлика и да ли је разлика између регистроване и коришћене форме жига правно релевантна.¹⁸ С обзиром да разлика између регистроване и коришћене форме жига може бити последица: а. изостављања или б. промене регистрованог или в. додавања нерегистрованог елемента, јасно је да изостављање или промена дистинктивног елемента знака представља

¹⁵ A. Michaels with A. Norris, *TradeMark Law*, Oxford, 2010, 107/108.

¹⁶ T-215/13 od 15. јула 2015. године (*not yet published*), тач. 27; R 2445/2014-5 od 22. септембра 2015. године (THERAFORM), тач. 22. Тржиште на којем се користити измењени робни и услужни знак је, по правилу, неко друго, а не тржиште порекла титулара права.

¹⁷ P. Torremans, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford, 2008, 428.

¹⁸ Поједини аутори тврде да се том приликом, за разлику од поређења сличних жигова ради+ утврђења вероватноће забуне, не узима у обзир схватање релевантног дела јавности већ пракса у привредној грани у којој титулар права обавља делатност јер је мало вероватно да ће потрошачи приступити регистру жигова ради поређења регистроване и коришћене форме знака (T. M. Aaron & A. Norderman, *The Concepts of Use of a Trademark under European Union and United States Trademark Law*, Trademark Reporter Vol. 104/2014, 1218). У Водичу EU IPO се међутим, наводи да се у обзир узимају како пракса у привредној грани у којој титулар права обавља делатност (тј. тржишно понашање конкурената) тако и схватање релевантног дела јавности одн. потрошача (*Guidelines for Examination of European Union Trade Marks...*, 29).

промену дистинктивног карактера регистроване ознаке. Но кренимо редом.

Додаци. Додати елементи могу бити вербални и графички. По правилу, додавањем вербалних елемената, дистинктивни карактер регистрованог знака се мења. Од овог правила постоје три изузетка и то: 1. ако додати вербални елементи нису доминантни (пре свега по питању уочљивости и позиционираниости), 2. ако су додати елементи генерични или дескриптивни и 3. ако су додати вербални елементи небитни (цртице, тачке и сл.). Тако је у случају вербалног комунитарног жига *Pi*¹⁹ утврђено да је у промету коришћен у следећим облицима: *Pi-SUITE*, *Pi-DESIGN* и *Pi-SYSTEMS INTERNATIONAL S.A.* У варијанти са *Pi-SYSTEMS INTERNATIONAL S.A.* коришћено је и грчко слово π . Жалбено веће *OHIM*-а је закључило да дистинктивни карактер регистроване форме жига овим додацима није промењен јер је регистрована форма жига од додатака била одвојена цртицом. Што се тиче грчког слова π , чак и да се допусти да коришћење овог слова, чији је изговор регистрован као предметни комунитарни жиг, не представља озбиљну употребу жига *Pi*, у овом случају грчко слово није било коришћено самостално, већ је било уписано у горњи (шири) део латиничног слова *Pi*.

Променом једнине или множине, те додавањем ознаке привредног друштва (ад, доо) не мења се дистинктивни карактер регистроване ознаке. Додавање графичких елемената је, по правилу, правно ирелевантно када је графички додатак украсног карактера.

Изостављање. Изостављањем секундарно позиционираних, недистинктивних, генеричних, дескриптивних, небитних вербалних и баналних графичких елемената не мења се дистинктивни карактер регистрованог знака. Пример из праксе би био случај жига *VIETA*.²⁰ Жиг *VIETA* је регистрован као вербални робни знак са графизмом у смислу да је доминантни вербални део знака био уоквирен оквиром чија су лева и десна страна биле подебљане. У промету је жиг међутим углавном коришћен без графизма или у другачијем оквиру (обојеном у целисти). Суд је утврдио да свођење коришћења знака на употребу речи представља прихватљиву варијацију жига.²¹

Промена. Правно ирелевантне промене вербалних жигова су, по правилу, промене типа или боје слова,²² те употреба великих уместо малих слова и обратно. Међутим, уколико је вербални жиг регистрован нарочито стилизованим словима, коришћењем слова уобичајених облика

¹⁹ R-52/2015-1 од 11. јануара 2016. године.

²⁰ T-690/14 *Sony Computer Entertainment Europe Limited v. OHIM* [not yet published] од 10. децембра 2015. године.

²¹ Тач. 51.

²² За шта је у случају *VIETA* утврђено да стварају само „панорамски ефекат“ (тач. 50).

дистинктивни карактер жига мења се. Промене делова графичких жигова су, по правилу, битне. У случају вербалних жигова са графизмом, по правилу се променом вербалног елемента много више утиче на дистинктивни карактер ознаке, него променом графичког елемента „јер ће се просечни потрошач лакше позвати на предметну робу изговарањем речи него описивањем графичког елемента жига.“²³ Тако је у случају вербалног жига са графизмом *ALBUSTAN* утврђено да се разликом између регистроване и коришћене форме ознаке састојећом само у броју приказаних плодова парадајза, дистинктивни карактер регистрованог робног знака не мења.²⁴

Пример промене форме жига заменом вербалних елемената је случај комунитарног жига *THERAFORM*.²⁵ У овом случају регистровани израз *La Plastithérapie* у промету је био замењен изразом *L'Amincissement Maitrise* (контролисано мршављење). Спорни изрази су у регистрованом односно коришћеном облику жига били секундарно позиционирани и то испод доминантног елемента робног и услужног знака садржаног у речи *THERAFORM*, при чему је доминантни елемент (*THERAFORM*) био написан великим, а спорни изрази, сем великог почетног слова, малим словима. И поред тога, подносилац захтева за престанак комунитарног жига *THERAFORM* због некоришћења, тврдио је да је израз *La Plastithérapie* дистинктиван елемент жига чијом се променом мења дистинктиван карактер жига *THERAFORM*. Своју тврдњу је заснивао на чињеницама да је реч *La Plastithérapie* фантастична реч, реч без значења – неологизам, као и да је као таква регистрована као национални француски жиг, што не би могла бити ако не би била дистинктивна. Жалбено веће *OHIM*-а није прихватило тврдњу да се заменом речи *La Plastithérapie* мења дистинктивни карактер жига *THERAFORM* како због дескриптивног значења речи *La Plastithérapie* (указује на метод мршављења па упућује на сврху њиме обележених производа), тако и због њеног секундарног позиционирања у изгледу жига и слабије уочљивости – што све истовремено важи и за израз којим је реч *La Plastithérapie* замењена.

Жигови у боји се морају користити у боји која је регистрована. Може се толерисати једино промена нијансе.

За процену измене дистинктивног карактера регистроване ознаке од значаја је снага обележавања жига. Генерално, што је снага обележавања жига мања, то ће се додавањем, променом или изостављањем елемената ознаке више утицати на измену дистинктивног карактера регистроване форме знака.²⁶ Дистинктивни карактер жигова са већом снагом

²³ VIETA, тач. 49.

²⁴ T-454/11 од 19. априла 2013. године, тач. 48.

²⁵ R 2445/2014-5 од 22. септембра 2015. године.

²⁶ T. M. Aaron & A. Norderman, *op. cit.*, 1218.

обележавања је мање подложен изменама него што ће то бити случај са жиговима ограничене дистинктивности.²⁷

У судској пракси Европске уније забележен је и случај када су у промету коришћени и регистровани и измењени облик регистроване ознаке. Тако је у случају вербалног комунитарног жига *ANNAPURNA*²⁸ утврђено да је титулар права у промету користио жиг у облицима: *5+1_ANNAPURNA* и *ANNAPURNAPULSE*. Подносилац захтева за престанак жига је тврдио да се додатком *5+1_* мења дистинктивни карактер регистрованог изгледа жига пошто се додаток налази на почетку ознаке и привлачи пажњу потрошача више него вербални наставак коришћеног робног знака, док се додатком *PULSE* укупан изглед регистрованог знака знатно мења, па самим тим и његов дистинктивни карактер. Суд у принципу није оспорио ове тврдње, али је жиг одржао јер је титулар права у промету углавном користио жиг у изгледу у којем је регистрован. Коришћење у измењеној форми је било спорадично тако да то не може представљати основ за престанак жига због некоришћења. Према томе, ако је жиг реално коришћен у изгледу у којем је регистрован и то коришћење се признаје као озбиљно, коришћење у форми која се разликује од изгледа у којем је жиг регистрован, не узима се у обзир.

Осим додавања нових елемената, те изостављања или измене регистрованих елемената ознаке, постоји још један вид употребе жига којом се може утицати на дистинктивни карактер робног и услужног знака. То је коришћење жига уз пословно име или други жиг. Коришћење жига уз пословно име сматра се уобичајеним у промету и тиме се дистинктивни карактер регистрованог жига не мења. Слично је када титулар жига робу или услуге обележава са више жигова. Уобичајено је, нпр. да зависна привредна друштва користе уз свој жиг такође и жиг групе привредних друштава (тзв. *house mark*). Ни у овом случају дистинктивни карактер регистрованог жига није измењен. Оваква тржишноправна ситуација схвата се као аутономно коришћење два регистрована жига истовремено. Међутим, ситуација се вишеструко компликује кад је варијација коју титулар права употребљава на тржишту такође регистрована као жиг. Питање је да ли се озбиљним коришћењем једног може одржати право на други робни и услужни знак (сличан коришћеном)? У првом наврату, Суд правде Европске уније (даље у тексту: *ECJ*) је у случају *BAINBRIDGE*²⁹ заузео став да није прихватљиво дозволити да заштита права призната по основу регистрације жига буде проширена на други жиг, чија употреба није доказана, само зато што је

²⁷ *Guidelines for Examination of European Union Trade Marks.*, 29.

²⁸ T-71/13 *Anapurna GmbH v. OHIM* [not yet published] од 6. марта 2014. године.

²⁹ C-234/06 P *Bainbridge*, [2007] ECR I-07333.

други незнатна варијација првог.³⁰ У овом случају титулар права на италијанске националне жигове *THE BRIDGE* и *Bridge* (и читаву серију жигова на тему моста попут: *Old Bridge*, *The Bridge Basket*, *FOOTBRIDGE*, *The Bridge Wayfarer*, *OVER THE BRIDGE*...укупно једанаест) поднео је приговор против пријаве комунитарног жига *BAINBRIDGE*, а све у вези са обележавањем робе из класа 18 и 25 Ничанске класификације. Титулар права на италијанске националне жигове је тврдио да је озбиљно користио жиг *Bridge* подносећи доказе о употреби жига *THE BRIDGE*. Првостепени суд је, међутим, утврдио да жиг *THE BRIDGE* није био у озбиљној употреби током релевантног периода (па самим тим ни под каквим условима, по природи ствари, није могла бити доказана ни озбиљна употреба жига *Bridge*). Отуда је упитно зашто се *ECJ* у овом случају упустио у формулисање презентованог правила имајући у виду чињенични исход случаја. Просто није морао, али је и могао с обзиром да је тужилац озбиљну употребу некоришћеног жига покушао доказати озбиљном употребом сличног жига. Дакле *ECJ* је у овој пресуди заузео став да то није дозвољено што се донекле може бранити. Сваки признати жиг је самостално субјективно право са јединственим предметом заштите за обележавање роба и услуга за које је регистрован особеног дистинктивног карактера. Када се томе дода да су **исти** жигови **истог** титулара права у различитим државама међусобно правно независни, некако је нелогично да се признато право може одржати употребом неког другог жига. Тиме би се свакако олакшало одржање права на баражне жигове чиме би се допринело и олакшању злоупотребе права жига. Ипак, правнодогматски гледано, ова забрана нигде није изричито прописана. Оно што међутим јесте прописано, то је да се право може одржати употребом жига у изгледу којим се не мења дистинктивни карактер изгледа у којем је жиг регистрован. И све то без обзира да ли је форма у којој је жиг коришћен и сама регистрована као жиг – све док дистинктивни карактер жига чија се употреба доказује није промењен. Корекција је уследила пет година касније одлуком *ECJ* у случају *PROTI*.³¹

Према томе, кључни критеријум по којем се утврђује да ли је доказана озбиљна употреба жига је разлика у дистинктивном карактеру регистрованог и коришћеног знака. Ако она постоји, озбиљна употреба жига који није коришћен, не може се доказати па макар он био део

³⁰ Тач. 86.

³¹ C-553/11 *Bernhard Rintisch v. Klaus Eder* [PROTI] од 25. октобра 2012. године, тач. 30. У овом случају тужилац је као титулар ранијег права на ознаку PROTI за обележавање производа на бази протеина захтевао поништај каснијег жига Protifit регистрованог за обележавање додатака исхрани, витаминских препарата и дијететских производа. Тужилац је употребу жига PROTI доказивао употребом жигова PROTIPLUS и Protipower.

коришћеног жига као у случају *FRUIT OF THE LOOM*³² у којем је титулар права на жигове *FRUIT* и *FRUIT OF THE LOOM* тврдио да се коришћењем жига *FRUIT OF THE LOOM* истовремено користи и жиг *FRUIT* као саставни део жига *FRUIT OF THE LOOM*. Суд, прихватајући став Жалбеног већа *OHIM*-а, није био таквог мишљења наводећи да реч *loom*, сем у енглеском, у другим језицима Европске уније нема лингвистички еквивалент због чега привлачи пажњу потрошача,³³ па стога додатак *OF THE LOOM*, пошто уз све то није ни секундарно позициониран,³⁴ и те како мења дистинктивни карактер жига *FRUIT*.³⁵

Но шта ако је регистровани жиг у промету коришћен заједно са другим регистрованим жигом, а комбинација тих жигова је такође регистрована као жиг? У питању су случајеви *Levi Straus*³⁶ и *Specsavers*.³⁷ У случају *Levi Straus, Levi Straus & Co.* је титулар више, што комунитарних што националних, жигова и то: комунитарног вербалног жига *LEVI'S*, немачког националног вербалног жига са графизмом у виду кроја џепа са малом правоугаоном етикетом црвене боје ушивеном до горњег левог угла џепа на којој се налази натпис *LEVI'S* и комунитарног позиционог³⁸ графичког жига у виду слике џепа истог облика и кроја као што је немачки жиг, плаве боје са малом правоугаоном етикетом црвене боје ушивеном при горњем левом углу (на истом месту као и у случају немачког жига, али без натписа). У промету је коришћен жиг у изгледу који одговара немачком вербалном жигу са графизмом који практично представља комбинацију комунитарних жигова титулара права, а сам је као њихова комбинација регистрован као жиг. У случају *Specsavers, Specsavers* група је била титулар права на комунитарни вербални жиг *Specsavers*, комунитарних вербалних жигова са графизмом где се вербални елемент састојао од централно позициониране речи *Specsavers*, а графички од две

³² T-514/2010 *Fruit of the Loom, Inc. v. OHIM* од 21. јуна 2012. године.

³³ Тач. 37.

³⁴ Тач. 39.

³⁵ Тач. 40.

³⁶ C-12/12 *Colloseum Holding AG v. Levi Strauss & Co.* од 18. априла 2013. године.

³⁷ C-252/12 *Specsavers International Healthcare Ltd. v. Asda Stores Ltd.* од 18. јула 2013. године.

³⁸ Позициони жигови су жигови који сами по себи нису дистинктивни, а дистинктивност стичу употребом у промету захваљујући посебном позиционирању тј. просторном распоређивању односно постављању на робу за чије обележавање служе тако да пажњу потрошача привлаче својим нарочитим положајем у простору (C. Rideau, *Position Mark, A category of signs eligible for trade mark protection? Different standards of examination, different scope of protection?* <file:///C:/Documents%20and%20Settings/Korisnik/My%20Documents/Downloads/RIDEAU%20Camille.pdf>, јул 2016. године, 5; *New Types of Marks*, WIPO Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications, SCT 16/2, Geneva, 2006, 8).

делимично преклапајуће елипсе која одају утисак наочара (жиг је и био регистрован за обележавање оптичких производа); жигови су се разликовали по томе што је један био осенчен, а други са црном позадином (мада се у промету користио у зеленој боји) и комунитарног графичког црно-белог жига у виду две делимично преклапајуће елипсе налик на наочаре, попут осталих комунитарних жигова, само без вербалног елемента. У промету је коришћен вербални жиг са графизмом који практично представља комбинацију вербалног и графичког жига с тим што је у тој комбинацији вербални жиг постављен преко графичког. И у једном и у другом случају поставило се питање да ли коришћење комбинације жигова, тј. прецизније речено сложеног жига, који се састоји од регистрованих знакова, засебно некоришћених, а сам је регистрован као жиг може бити основ за закључак о озбиљном коришћењу жигова од којих се састоји. Према ставу *ECJ* услов озбиљне употребе може бити испуњен „када се регистровани жиг, који је стекао дистинктивност као резултат употребе другог сложеног жига чији је део, користи само као део сложеног жига или у комбинацији са другим регистрованим жигом, а њихова комбинација је и сама регистрована као жиг“³⁹ „...у мери у којој разлике између форме у којој је жиг коришћен и у којој је регистрован не мењају дистинктивни карактер изгледа у којем је жиг регистрован.“⁴⁰

Али шта ако комбинација жигова која се користи у промету, сама за себе није регистрована као жиг? Да ли се тиме нешто мења? У случају ламбда⁴¹ *Recticel SA* је био титулар права на вербални робни знак са графизмом садржаном у грчком слову ламбда λ беле боје уписаном у црвени круг, признатом ради обележавања изолационог материјала у грађевинарству. Међутим, у промету је жиг коришћен у оквиру других вербалних комунитарних жигова титулара права и то: *EUROFLOOR*, *EUROTHANE*, *EUROWALL*, *POWERDECK*, *POWERLINE* и *POWERROOF* тако што је прво слово о у овим жиговима било замењено словом ламбда. Суд је заузео став да је спорни жиг озбиљно коришћен. Прво, коришћење вербалних жигова у којима је инкорпориран спорни жиг рефлектује комерцијалну потребу да се спорни жиг у промету изрази орално, а без губитка његовог дистинктивног карактера и препознатљивости.⁴² Друго, спорни жиг није измењен, њиме је само замењено слово о у другом жигу, чиме спорни жиг задржава самосталност не конституишући елемент другог жига (рекли бисмо: не „утапајући“ се у други жиг губећи своју

³⁹ C-12/12 *Colloseum Holding AG v. Levi Strauss & Co.* од 18. априла 2013. године, тач. 36.

⁴⁰ C-252/12 *Specsavers International Healthcare Ltd. v. Asda Stores Ltd.* од 18. јула 2013. године, тач. 31.

⁴¹ T-215/13 *Deutsche Rockwool Mineralwoll GmbH & Co. OHG v. OHIM* од 15. јула 2015. године.

⁴² Тач. 56.

посебност и препознатљивост). Уосталом, грчко слово ламбда се у физици користи као јединица за топлотну проводљивост⁴³ (грађевинских материјала). Треће спорни жиг је понекад коришћен и у изгледу у којем је регистрован, а не искључиво у оквиру других вербалних жигова⁴⁴ и као четврто, суд се позива на случајеве *Levi Straus* и *Specsavers*⁴⁵ (дакле не мења).

IV ПРЕДМЕТ ОЗБИЉНЕ УПОТРЕБЕ ЖИГА

Озбиљна употреба жига ограничава се на употребу жига за обележавање оних роба и услуга за чије обележавање је жиг регистрован. Изузетно, озбиљна употреба жига постоји и онда када се у промет стављају компоненте које представљају интегрални део састава или структуре робе за чије обележавање је жиг регистрован, као и роба и услуге које су у директној вези са том робом, под условом да је роба за чије је обележавање жиг признат претходно била стављена у промет, а све ради задовољења потреба власника купљене робе.⁴⁶ Изузев овог „коришћење жига за обележавање робе за чије обележавање није регистрован, не сматра се озбиљном употребом жига.“⁴⁷ С обзиром на начело специјалности и на то да је правни монопол титулара жига ограничен на обележавање тачно одређених врста роба и услуга, ово правно становиште сматра се прихватљивим и основаним.

Како међутим третирати употребу жига за обележавање роба и услуга које су сличне робама и услугама за чије обележавање је жиг регистрован? Обимом признатог права обухваћена је заштита и у односу на робе и услуге које су сличне онима за чије обележавање је жиг регистрован (додуше само у случају вероватноће забуне у релевантном делу јавности), што се даље преноси у домен судске заштите права од повреде. И поред тога, коришћење правно заштићеног робног и услужног знака у односу на робе и услуге за чије обележавање жиг није регистрован, а које су сличне

⁴³ Тач. 57.

⁴⁴ Тач. 58.

⁴⁵ Тач. 59.

⁴⁶ *C-40/01 Ansul v. Ajax Brandbeveiliging*, [2003] ECR I-02439, тач. 43. *Ansul* је 15. септембра 1971. године стекао вербални жиг *Minimax* за обележавање апарата за гашење пожара. Титулару права 1988. године истиче дозвола за продају апарата за гашење пожара и он 2. маја 1989. године дефинитивно престаје да их продаје. Али наставио је да продаје резервне делове за апарате и супстанце за гашење пожара. Поред тога вршио је услуге одржавања, контроле и поправке апарата. ECJ је заузео став да је тиме титулар своје право одржао.

⁴⁷ C. Colston, & J. Galloway, *Modern Intellectual Property law*, Abingdon, 2010, 692.

онима за чије обележавање је регистрован, не сматра се озбиљном употребом жига.⁴⁸

Спорна може бити и употреба жига за обележавање промотивне робе. Уобичајено је у промету да се купци привлаче или награђују мајицама кратких рукава на којима је одштампан жиг титулара права, бејзбол капама, привесцима, упаљачима итд. Нема сумње да су рекламирање и тржишно комуницирање изузетно важне функције робних и услужних знакова, те да промотивна роба, обележена жигом заштићеним знаком, уз промовисану робу, служи као идентификатор комерцијалног порекла робе за чије обележавање је жиг регистрован.⁴⁹ Међутим, коришћење ознаке **само** на промотивној роби, не сматра се озбиљном употребом жига,⁵⁰ па макар промотивна роба била регистрована као роба за чије обележавање је титулар права регистровао жиг.⁵¹

Дакле правно релевантна је само она употреба жига која се односи на робе и услуге за чије обележавање је жиг регистрован. Међутим, титулар права жиг може регистровати за широк асортиман роба и услуга, а да га озбиљно користи за обележавање само неких од њих. У том случају ће право престати у односу на само оне робе и услуге за чије обележавање регистровани жиг није озбиљно коришћен.⁵² Колико год просто звучало ово правило, његова примена није ни изблиза тако једноставна, чему су доказ и бројни спорови укључујући и судске одлуке прецедентног карактера. Целокупан преостали део овог поглавља биће посвећен примени правила о делимичном престанку права.

Најједноставније је решити оне случајеве делимичног престанка права када је жиг регистрован за више класа роба и услуга, а утврђено је да је коришћен за обележавање роба и услуга које припадају само неким од класа за које је жиг регистрован. На пример у случају *L'Eclaireur*⁵³ жиг је регистрован за обележавање роба из класа 3, 4, 9, 14, 18, 20 и 25 Ничанске класификације (НК), али је доказано да није коришћен за робу из класа 3, 4, 9, 14, 18 и 20, па је у односу на те класе НК и престао да важи. Исто тако у случају *Now Wireless*⁵⁴ жиг је био регистрован за услуге из класа 35, 41 и 42 НК, али је доказано да није коришћен за услуге из класа 35 и 41 НК па је у односу на услуге из тих класа престао да важи.

⁴⁸ L. Bently & B. Sherman, *Intellectual Property Law*, Oxford, 2004, 892.

⁴⁹ T. M., Aaron & A. Norderman, *op. cit.*, 1231.

⁵⁰ *Ibid.*, 1230. Аутори се позивају на одлуку ОНМ-а у случају: *Henrique & Oliveira v. Twelve Islands Shipping* (No. 374/2001 од 14. фебруара 2001. године).

⁵¹ C-495/07 *Silberquelle GmbH v. Maselly Strickmode GmbH* [2009] ECR I-00137 (WELLNESS). Више о овом случају види у: С. Спасојевић, *op. cit.*, 554-556.

⁵² *Regulativa o žigu Evropske unije*, чл. 51 ст. 2.

⁵³ R 2266/2014-1 од 3. септембра 2015. године (*L'ECLAIREUR INTERNATIONAL v. Les Eclaires*).

⁵⁴ T-278/13 од 30. јануара 2015. године.

Такође, кад је жиг коришћен само за неке робе унутар исте класе НК, а за друге не, престаће само у односу на оне робе за које није коришћен. Примера ради у случају *ANNAPURNA*⁵⁵ жиг је регистрован за обележавање: торби, футрола, кофера и путних торби из класе 18 НК, а одржан је само за торбе. Исто тако у случају *THERAFORM*⁵⁶ жиг је био регистрован за: средства за бељење и друге супстанце за употребу у перионицама веша, препарате за чишћење, полирање, рибање и нагризање, сапуне, парфеме, етерична уља, козметику, лосионе за косу и пасте за зубе из класе 3 НК, а установљено је да је коришћен само за козметику, па је само за обележавање козметике и одржан. То значи да се озбиљна употреба жига мора се доказати у односу на сваки навод робе или услуге са списка. Нпр. ако се у списку наводи да се жиг региструје за обележавање: одеће, кошуља, мајица, панталона, сукњи, чарапа и рукавица из класе 25 НК, титулар права мора доказати да је све прецизиране врсте одеће ставио у промет. Ако је у промет пустио само кошуље, у односу на остале врсте одеће право престаје.

У оваквим случајевима врши се скраћивање списка роба и услуга. Да ли је то и једини облик корекције списка роба и услуга у случајевима делимичног престанка жига? Постоји још један вид корекције списка роба и услуга, који представља природну последицу регистрација жигова за обележавање широко дефинисаних врста роба и услуга. У том случају је могуће вршити преформулисање списка.⁵⁷

Дакле, од значаја за разматрање делимичног престанка жига због некоришћења је степен прецизности у одређивању роба и услуга за чије обележавање се жиг региструје. Што је роба и услуга прецизније одређена то је лакше установити да ли је жиг коришћен за обележавање регистрованих роба и услуга. Оно што ову правну материју чини компликованом, то су уопштене формулације роба и услуга. У случајевима уопштене формулације роба и услуга за чије обележавање се жиг региструје, ствара се потреба одређења подскупова роба и услуга за чије је обележавање жиг стварно коришћен, а све то у складу са смерницама одређеним у случају *ALADIN*.⁵⁸

У овом случају подносилац пријаве робне и услужне ознаке захтева признање права на вербални жиг *ALADIN* за обележавање роба из класа 1 и 3 и услуга из класа 35, 37 и 42 НК. Три месеца по објављивању пријаве титулар права на национални шпански жиг *ALADDIN* регистрован за обележавање средстава за полирање метала из класе 3 НК подноси приговор. Подносилац пријаве захтева од подносиоца приговора да

⁵⁵ T-71/13 *Anapurna GmbH v. OHIM* [not yet published] од 6. марта 2014. године.

⁵⁶ R 2445/2014-5 од 22. септембра 2015. године.

⁵⁷ C. Colston, & J. Galloway, *op. cit.*, 692.

⁵⁸ T-126/03 *Reckitt Benckiser (España) SL v. OHIM* [2005] ECR II-02861.

докаже озбиљну употребу жига. Подносилац приговора доказује да је жиг озбиљно употребљен за обележавање памучне тканине импрегниране агенсом за полирање метала (тзв. магичне крпе). *ОНИМ* одбија приговор сматрајући да је озбиљна употреба жига доказана у односу на врло специфичан производ, што је недовољно да би правна заштита била одржана у односу на сва средства за полирање метала. Титулар ранијег права подноси тужбу. Суд усвајајући тужбени захтев поставља следеће правило: *Ако је жиг регистрован за скуп роба и услуга који је довољно широк да би унутар њега било могуће идентификовати низ посебних подскупова, доказ да је жиг озбиљно коришћен у односу на неке од роба и услуга за чије је обележавање регистрован, обезбеђује одржање права само за онај подскуп којем припада роба или услуга за чије обележавање је жиг стварно употребљен.*⁵⁹ У том смислу је у случају *CAMPING*⁶⁰ утврђено да је титулар права у промет пуштао месне прерађевине од: ћуретине, живинског и говеђег меса пошто су циљну групу потрошача чинили припадници муслиманске вероисповести,⁶¹ па је у оквиру регистроване категорије куваних кобасица жиг одржан за халал кобасице које нису произведене од свињетине.

*Међутим, ако је жиг регистрован за робу или услугу која је дефинисана тако прецизно и уско да унутар ње није могуће формирати било какав значајан подскуп, онда доказ о озбиљној употреби жига неизоставно покрива целокупан скуп роба и услуга којем припада роба у односу на коју је жиг стварно употребљен.*⁶² С обзиром да у овом случају роба за чије обележавање је национални шпански жиг *ALADDIN* регистрован (средства за полирање метала) већ представља подскуп у оквиру ширег скупа (средства за полирање), то је озбиљном употребом жига за обележавање памучне тканине импрегниране агенсом за полирање метала право одржано у односу на све политуре за метал.

То значи да подскупови роба и услуга не могу бити арбитрерно формиран. Прво, обавеза озбиљне употребе жига у односу на робу и услуге за чије обележавање је регистрован не значи да је титулар права обавезан да жигом заштићени робни знак употребљава за обележавање свих замисливих варијација робе или услуге за чије је обележавање знак регистрован.⁶³ Примера ради, ако је жиг регистрован за обележавање славина, то не значи да титулар права мора да докаже да је у промет

⁵⁹ *ALADIN*, тач. 45.

⁶⁰ R 2623/2014-1 од 3. септембра 2015. године, тач. 23.

⁶¹ Роба је пласирана или у областима са већинским муслиманским становништвом (Сјута (*Ceuta*) – марокански део Шпаније) или у местима у Француској где Муслимани живе у знатном броју.

⁶² *ALADIN*, тач. 45.

⁶³ T-307/13 *Capella EOOD v. OHIM* од 9. децембра 2014. године (*ORIBAY*), тач. 22.

ставио: и једноручне и дворучне и сензорне славине, те славине: и за лавабо и за каду и за судоперу и за дворишну чесму. Довољно је да докаже да је у промет ставио било коју врсту славина. Због тога се издвајање подскупа којег би чинио производ који није идентичан производу за који је утврђено да је у промету био обележен жигом титулара права, али који се од тог производа суштински не разликује, па још припада и истој врсти производа, сматра произвољним.⁶⁴ И друго, одређивање подскупова роба и услуга врши се посебно у сваком конкретном случају према критеријумима: намеравање употребе, крајњих корисника и дистрибутивних канала.⁶⁵ Имајући то у виду, Жалбено веће *OHIM*-а је у случају *ELTIMID*⁶⁶ укинуло првостепену одлуку којом је у оквиру скупа 'машински елементи' произвољно издвојен подскуп пластичних машинских компонената. Првостепена одлука се базирала на сазнању да титулар права жиг употребљава за обележавање машинских компонената израђених од пластике отпорне на високе температуре. Међутим, Жалбено веће је нагласило да је један од основних критеријума за формирање подскупова роба и услуга сврха и намеравана употреба.⁶⁷ Бројне пластичне машинске компоненте које у промет ставља титулар права, попут зупчаника, лежајева, округлих шипки и др. могу бити израђене и од метала, а да се избором производног материјала не утиче на промену сврхе машинског елемента.⁶⁸ Поред тога, сужавањем регистрације жига на обележавање само оних машинских компонената које су израђене од пластике негативно би се утицало на технолошки развој титулара права.⁶⁹ Наиме, у одлуци Суда у случају *ALADIN* изричито је наведено да обим делимичног укидања жига мора бити усклађен са легитимним интересом титулара права да у будућности прошири асортиман роба и услуга које нуди, унутар граница регистрованих роба и услуга, користећи се правном заштитом проистеклом из признања жига, а што је нарочито случај кад су роба и услуге уско и прецизно дефинисане.⁷⁰ Имајући у виду да је у овом случају (*ELTIMID*) титулар права већ почео у промет стављати машинске компоненте које нису у потпуности израђене од пластике, већ садрже 15% графита⁷¹ (а опште је познато да је графит минерал, а не пластика),

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *ALADIN*, тач. 58.

⁶⁶ R 453/2015-1 од 8. октобра 2015. године (*Albert Handtmann ELTEKA Verwaltungs-GmbH v. Texmag GmbH Vertriebsgesellschaft*).

⁶⁷ Тач. 26.

⁶⁸ Тач. 27.

⁶⁹ Тач. 28.

⁷⁰ T-126/03 *Reckitt Benckiser (España) SL v. OHIM* [2005] ECR II-02861, тач. 51.

⁷¹ Тач. 29.

Жалбено веће *ОНИМ*-а је у случају *ELTIMID* правилно применило цитирано правило из судске одлуке донете у случају *ALADIN*.

V ЗАКЉУЧАК

Да би право било одржано, признати жиг мора бити озбиљно коришћен. Прописивањем обавезе озбиљне употребе жига спречавају се вештачки спорови и нарушавање конкуренције. Сем титулара права, озбиљну употребу жига може предузети и друго лице, под условом да се титулар са тим унапред сагласи. Сматра се да таква сагласност постоји ако жиг користе лица која су правно или економски повезана са титуларом права. Најчешће ће то бити стицалац лиценце или са титуларом права повезано привредно друштво.

Жигом заштићени знак не мора у промету бити коришћен у изгледу у којем је регистрован, под условом да се формом која је коришћена на тржишту не мења дистинктивни карактер жига онаквог какав је регистрован. Одступање од регистроване форме знака може бити двојако: а. додавањем нових, изостављањем или променом постојећих елемената регистрованог знака и б. коришћењем жига уз други знак, израз или симбол попут пословног имена или другог жига истог титулара права. У првој варијанти озбиљност употребе се просуђује према томе да ли су додати, изостављени, промењени или замењени елементи знака били дистинктивни, доминантни и централно позиционирани елементи жига, док се у другом случају, упоредна употреба жигова или жига и пословног имена, по правилу, схвата као аутономна употреба два посебна знака истовремено. Ситуација се компликује када се уместо жига који је регистрован користи сличан жиг истог титулара права. Ако међу њима не постоји разлика у дистинктивном карактеру, онда се и озбиљном употребом сличног жига може одржати право на ознаци која није коришћена у промету. Коначно, у ситуацијама када се предметни жиг користи у комбинацији са другим жигом, није битно да ли је комбинација и сама регистрована као (сложени) жиг све док се њоме не мења дистинктивни карактер изгледа у којем је регистрован жиг за који се утврђује да ли је био озбиљно употребљен.

Кад је реч о озбиљној употреби жига, списак роба и услуга је од нарочитог значаја због тога што се озбиљном употребом жига сматра само она употреба када се жиг користи за обележавање роба и услуга за чије обележавање је регистрован. Употреба жига за обележавање роба и услуга изван регистрованог списка, па макар биле и сличне робама и услугама за чије обележавање је жиг регистрован, не сматра се озбиљном употребом жига. Такође се ни употреба жига само на промотивној роби не сматра озбиљном употребом жига, па макар жиг био регистрован за обележавање робе која је, међутим, коришћена само ради поспешивања продаје друге

робе. Изузетно, озбиљна употреба жига постоји када се у промет стављају компоненте које представљају интегрални део састава или структуре робе за чије обележавање је жиг регистрован, као и роба и услуге које су у директној вези са том робом, под условом да је роба за чије је обележавање жиг признат претходно била стављена у промет.

Уколико је жиг коришћен за неке од роба и услуга за чије обележавање је регистрован, право ће престати само у односу на оне робе и услуге за чије обележавање жиг није озбиљно коришћен. Делимичан престанак права врши се на два основна начина: скраћивањем и преформулисањем списка роба и услуга. Преформулисање списка роба и услуга врши се, пре свега, у оним случајевима у којима је жиг регистрован за скуп роба и услуга који је довољно широк да би унутар њега било могуће идентификовати низ посебних подскупова. У таквим случајевима се списак роба и услуга преформулише применом критеријума: сврхе и намераване употребе, крајњих потрошача и дистрибутивних канала.

Siniša Varga, LL.D*

ENTITIES, FORM AND SUBJECT OF GENUINE USE OF EUROPEAN UNION TRADEMARK

Summary

Trademark rights are exclusive in their nature and if trademark owner does not use protected sign and at the same time no one is allowed to do that, the sign is not used on market and its unavailability may represent restriction of competition. That is why trademark must be used on market to maintain registration. But it is not any usage of trademark on market is qualified for preserving of granted rights. Legally, only genuine use of trademark is relevant. Genuine use of trademark is use of a trademark in the course of trade by trademark owner or with their consent, in a registered form or form differing in elements which do not alter the distinctive character of the registered form of trademark, in connection with the goods and services in respect of which the trademark is registered.

Key words: *Trademark Law, European Union, genuine use*

* Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac.

ИЗВРШЕЊЕ НА АКЦИЈАМА И УДЕЛИМА**

Предмет овог рада је ново извршно законодавство које треба да допринесе јачању правног положаја извршног повериоца у поступку извршења на акцијама и уделима, као начину његовог намирења. У раду је дат приказ општих карактеристика поступка извршења и обезбеђења са посебним освртом на поступак извршења на акцијама и уделима и правна дејства реализације овог поступка.

Посебним одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу регулисан је поступак извршења на акцијама као финансијским инструментима и уделима, уз сходну примену одредби које важе и за извршење на другим средствима обезбеђења (одредбе о преносу новчаног потраживања, продаји покретне ствари и продаји непокретности), уз извесне специфичности.

Спровођење поступка извршења и обезбеђења на акцијама као финансијским инструментима и уделима доводи до окончања спора између извршног повериоца и извршног дужника, а у случају намирења повериоца и до промене власника капитала. Капитал мења титулара својине, односно из својине извршног дужника прелази у својину купца који, поред власничких стиче и управљачка права. Ефекти овог поступка огледају се у већој правној сигурности привредних субјеката, укрупњавању капитала и бржем привредном расту.

Кључне речи: поступак извршења и обезбеђења, акције, удели

I УВОД

Проблем ликвидности и немогућности наплате потраживања један је од највећих проблема домаћих привредних субјеката. Законско уређење питања наплате потраживања од изузетне је важности за уредно остваривање права и обавеза унутар једног правног система. Уколико не би постојала законом уређена материја извршења са прописаним системом

* Ванредни професор Економског факултета Универзитета у [Крагујевцу](#),
e-mail: mknezevic@kg.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту Филозофског факултета у Косовској Митровици: „Косово и Метохија између националног идентитета и евроинтеграција“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (Број пројекта: 47023).

принудне наплате потраживања, поставило би се питање ефеката и дејства правне сигурности уопште.

Предметна област је регулисана Законом о извршењу и обезбеђењу¹ чијим је доношењем престао да важи закон из 2011. године.² Најважнији циљеви доношења новог закона били су повећање ефикасности поступка и заштита правне сигурности, пре свега извршних поверилаца кроз извеснију могућност наплате потраживања, увођењем новог института „јавни извршитељ“. Законодавац је за разлику од претходно важећег закона нагласио јавну функцију института извршитеља.³

Правно окружење пословања привредних друштава ствара ситуације у којима се привредно друштво често појављује као извршни дужник. У случају да привредно друштво располаже новчаним средствима на пословном рачуну, штедним улозима у банци, поседује покретне ствари, непокретности, акције и уделе у другим привредним друштвима, извршење се спроводи без тешкоћа.⁴

Због либерализације услова за оснивање привредних друштава према Закону о привредним друштвима⁵ често се у пракси дешава да постоје тзв. „фантомска“ привредна друштва која немају никакву имовину и на којима није могуће спровести извршење.⁶ Кад рачун привредног друштва није у блокади најефикаснији начин наплате новчаног потраживања је спровођење извршења на средствима са текућег рачуна, преносом новчаних средстава која се воде на рачуну код банке (средстава из штедних улога или са текућег рачуна).

Наплата новчаних потраживања на покретним стварима најчешће се примењује кад извршни поверилац сматра да извршни дужник нема довољно средстава на рачуну из који се може извршити целокупно намирење, тако да поред преноса новчаних средстава која се воде на рачуну код банке, супсидијарно предложи и продају покретних ствари извршног дужника да би се на тај начин извршни дужник намирио у целисти. У ситуацији кад извршни дужник не послује ликвидно и кад се може очекивати отежана наплата новчаног потраживања, извршни поверилац најчешће предлаже извршење на целокупној имовини извршног дужника што подразумева не само новчана средства и покретне ствари и

¹ Закон о извршењу и обезбеђењу „Сл. гласник РС“ бр. 106/2015.

² Закон о извршењу и обезбеђењу „Сл. гласник РС“ бр. 31/2011 и 99/2011 (у даљем тексту: ЗИО).

³ Н. Бодирога, *Положај јавног извршитеља у Новом Закону о извршењу и обезбеђењу*, Право и привреда бр. 4-6, 2016, 440 и даље.

⁴ Н. Шаркић, М. Николић, *Извршење у трговинским стварима*, Правна ријеч бр. 20, 2009, 111 и даље.

⁵ Закон о привредним друштвима „Службени гласник РС“ бр. 36/2011 и 99/2011, 83/2014 - др. (у даљем тексту: ЗОПД).

⁶ М. Васиљевић, *Компанијско право: право привредних друштава*, Београд, 2015, 30.

непокретности, већ и уделе, хартије од вредности, акције и друге финансијске инструменте извршног дужника у другим привредним субјектима.

Процес приватизације који још увек траје у Републици Србији утицао је да велики број друштвених предузећа за титуларе својине добије физичка лица или привредна друштва са приватним капиталом, односно акцијама и уделима у приватној својини.⁷ Као средство извршења све чешће се појављује извршење продајом акција као финансијских инструмената извршног дужника, продајом удела извршног дужника у привредним субјектима. Из наведених разлога законодавац је прописао посебна правила која регулишу ову врсту извршења.

Питање извршења на акцијама и уделима по мишљењу аутора, представља једно од сложенијих начина намирења повериоца у извршном поступку, посматрано са аспекта законодавне регулативе и могућности њене потпуне имплементације у пракси. Из тог разлога, централно место у раду након указивања на опште карактеристике поступка извршења и обезбеђења, заузима приказ специфичности поступка извршења на акцијама и уделима и његовом реализацијом насталих правних дејстава.

II ОПШТА РАЗМАТРАЊА О ПОСТУПКУ ИЗВРШЕЊА И ОБЕЗБЕЂЕЊА

Поступак извршења и обезбеђења је посебна врста судског поступка у коме судови и јавни извршитељи намирују потраживања извршних поверилаца принудним путем.⁸ Овај поступак се базира на начелима која су иначе заступљена у парничном поступку.⁹ Да би поступак извршења и обезбеђења уопште био покренут, лице које покреће поступак мора доказати свој правни интерес постојањем извршне или веродостојне исправе, из ког разлога је начело правног интереса једно од основних начела извршног поступка.

У складу са начелом писмености, поступак извршења и обезбеђења покреће се подношењем предлога за извршење и обезбеђење, од стране извршног повериоца на основу извршне или веродостојне исправе које се као прилог достављају уз предлог. Предлог за извршење поред означања извршног повериоца и извршног дужника, висине потраживања, извршне или веродостојне исправе и средства извршења и обезбеђења, мора да

⁷ Е. Јакопин, М. Кнежевић, *Post-Crisis Structural Imbalance - the Case of Serbia*, у: *Contemporary Issues in Economics, Business and Management - ЕВМ 2012* (ур. В. Бабић), Економски факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац 2013, 241 и даље.

⁸ Вид. чл. 1 ЗИО.

⁹ Н. Шаркић, М. Николић, *Начела извршног поступка*, у: *Извршавање одлука* ур. (Н. Шаркић), Глосаријум, Београд 2008, 7-14.

садржи све остале законом прописане елементе. Извршна исправа мора да буде снабдевана клаузулом извршности. У поступку извршења и обезбеђења сходно начелу формалног легалитета не може се преиспитивати или мењати извршна исправа, односно судска одлука донета у парничном или другом поступку.

Предлог за извршења, односно обезбеђења као и решење о извршењу и обезбеђењу достављају се извршном дужнику. Подношење предлога у искључивој је надлежности извршног повериоца и представља његово диспозитивно право које се огледа у томе да сам извршни поверилац одлучује да ли ће против извршног дужника поднети предлог за извршење или уопште неће поднети предлог за извршење.

Извршни поступак се може покренути и по службеној дужности само у законом предвиђеним случајевима када је искључено начело диспозитије и ступа на снагу начело официјелности. Поступак извршења и обезбеђења по службеној дужности покреће орган који је донео извршну исправу (нпр. због неплаћања новчане казне или судских казни, због неодржавања сведока на судски позив, идр.).

Према ранијој законској регулативи у извршни поступак су били укључени судски извршитељи и приватни извршитељи. Суд је одређивао извршење осим у случајевима прописаним законом (наплате потраживања за извршене комуналне и сродне услуге и извршења ради предаје и одузимања детета и враћања радника на рад). Извршни поверилац је одређивао начин спровођења извршења и у предлогу за извршење изјашњавао се ко ће спровести извршење: суд или извршитељ. Оваква законска одредба и на овакав начин дефинисано право извршног повериоца имало је циљ стварање правне праксе која би омогућила препознавање бољег решења.¹⁰ Судска наплата потраживања се показала као неефикасна, неизвесна и неекономична што је имало за последицу фаворизовање дужника у односу на повериоца.¹¹ Један од разлога промене извршног законодавства је управо тај што се даје предност у заштити извршног дужника, што је у супротности са тржишним принципа економије једне земље.

Нов Закон о извршењу и обезбеђењу питање надлежности је уредио тако да јавног извршитеља одређује као носиоца искључиве надлежности за спровођење извршења код највећег броја средстава извршења.¹² Са

¹⁰ Н. Бодирога, *op.cit.*, 441.

¹¹ Н. Шаркић, М. Николић, *Остварење новчаног потраживања у трговинским стварима*, у: Функционисање правне службе у привредним друштвима (ур. З. Петровић), Привредна комора Београд, Београд 2008, 182-221.

¹² Реч је наставку тенденције која је присутна и упоредном праву, а која се назива „дејудисијализација извршења”. Видети А. Јаневски, *Dejudicialization of Enforcement Function: Comparative Legal Study*, у: Civil law forum for South East Europe : collection of studies and analyses (ур. А. Нуни, М. Орлић, С. Перовић), Centre for South East European

друге стране, суд је искључиво надлежан за спровођење извршења код појединих средстава извршења.¹³ О предлогу за извршење одлучује искључиво суд, осим извршења ради наплате потраживања за извршене комуналне и сродне услуге. Суд одлучује о предлогу за извршење на основу извршне или веродостојне исправе и предлогу за обезбеђење, док јавни извршитељ одлучује о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе ради намирења новчаног потраживања насталог из комуналних услуга и сродних делатности.¹⁴ Нов закон у односу на претходно важећи, није ништа ново донео по питању одређивања извршења и расподела надлежности између суда и јавног извршитеља. Али, јасно је да проширивање надлежности, повећање одговорности и поштравање услова именовања јавних извршитеља за спровођење извршења, може да се тумачи као пристрасан став законодавца да је такав систем бољи.

Када суд донесе решење о извршењу или обезбеђењу, спроводи се извршење. У решењу о извршењу одређује се да извршење спроводи јавни извршитељ кога је извршни поверилац назначио у предлогу за извршење. У решењу се обавезује извршни дужник да намири потраживање извршног повериоца у року од осам дана од дана достављања решења са одмереним трошковима поступка и одређују средство и предмет извршења ради намирења потраживања извршног повериоца и трошкова поступка.¹⁵ Извршни поступак је хитан и није дозвољен застој у поступку у складу са начелом хитности. Такође су предвиђени кратки рокови за поступање странака и суда,¹⁶ односно јавног извршитеља у складу са начелом заштите права на суђење у разумном року¹⁷ на које суд пази по службеној дужности.

У поступку извршења и обезбеђења суд и јавни извршитељ одлучују доношењем решења и закључака. Решењем се одлучује о предлогу за извршење или обезбеђење, о приговору, о жалби и о другим случајевима које закон предвиђа. Закључком се налаже предузимање извршних радњи и управљање извршним поступком.

Гаранција заштите права и поштовања закона су правни лекови: жалба и приговор, као одраз начела двостепености поступка. Жалбом се побија првостепено решење осим ако законом није другачије предвиђено. Приговор се подноси против решења донетог о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе, против других решења првостепеног суда

Law School Network, Skopje 2014, 401-409.

¹³ Вид. чл. 4, ст.1 ЗИО.

¹⁴ Вид. чл. 3 ст. 2-3 ЗИО.

¹⁵ Вид. чл. 397 ст. 2 ЗИО.

¹⁶ Вид. чл. 15 ст. 4 ЗИО.

¹⁷ Вид. чл. 16 ст. 2 ЗИО.

или јавног извршитеља одређених законом и као приговор трећих лица.¹⁸ Приговор и жалба на решење дозвољени су само изузетно у законом предвиђеним случајевима.¹⁹ Против закључка нису дозвољени ни приговор ни жалба. Приговор или жалба који су поднети против закључка одбацују се у решењу или закључку којим се окончава извршни поступак.²⁰ Једино правно средство које преостаје у овој ситуацији јесте захтев за отклањање неправилности. Странка и учесник у поступку могу захтевати да се отклоне неправилности које су настале у току и поводом спровођења извршења. Неправилности могу да се састоје од недоношења одлуке и предузимања или пропуштања радње.²¹ Враћање у пређашње стање и прекид поступка могући су само изузетно.²²

Начелом приоритета у извршном поступку регулисан је однос између више извршних поверилаца који конкуришу у остварењу потраживања према истом извршном дужнику или на истом предмету извршења. Предмети се узимају у рад према редоследу пријема. Више извршних поверилаца која имају потраживања према истом извршном дужнику и на истом предмету извршења намирују се према редоследу којим су стекли право на намирење.

Средства извршења су радње којима се намирује потраживање извршног повериоца: продаја непокретности, продаја покретне ствари извршног дужника, пренос новчаног потраживања извршног дужника, пренос зараде извршног дужника, пренос новчаних средстава извршног дужника код банке, пренос средстава са штедног улога или текућег рачуна извршног дужника, продаја финансијских инструмената извршног дужника, продаја удела у привредним субјектима и пренос потраживања извршног дужника да му се предају или испоруче покретне ствари или преда непокретност.

Предмет извршења су ствари и права извршног дужника на којима се спроводи извршење осим оних која су законом изузети од извршења. Финансијски инструменти и удели се јављају као предмет извршења у случају када извршни дужник располаже финансијским инструментима, односно уделима у неком привредном друштву, а поверилац у предлогу за извршење као средство извршења определи продају финансијских инструмената извршног дужника и/или продају удела извршних дужника у привредним субјектима.

¹⁸ Вид. чл. 108 ЗИО.

¹⁹ Вид. чл. 10 ст. 2 ЗИО.

²⁰ Вид. чл. 24 ЗИО.

²¹ Вид. чл. 148 ЗИО.

²² Вид. чл. 28-29 ЗИО.

III ИЗВРШЕЊЕ НА АКЦИЈАМА

Законским уређењем питања преноса хартија од вредности и доношењем Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената,²³ усвојен је нов термин “финансијски инструмент” (енгл. *Financial instrument*, фран. *instrument finansier*) и на тај начин омогућено увођење хартија од вредности које немају више материјални облик.²⁴

Финансијски инструменти представљају предмет трговања на финансијском тржишту и од њихове квантитативне и квалитативне карактеристике (разуђености) зависи степен развијености финансијског система једне тржишне економије.²⁵ Уз стабилно и савремено финансијско тржиште, са уређеним правним системом заштите свих учесника на њему, могуће је створити предуслове одрживог привредног раста једне земље.²⁶

У савременим условима пословања, због брзине привредне трансакције и поштовања начела ефикасности све више је присутно правило да се хартије од вредности електронски издају и у тој форми воде у централним регистрима. Нове информатичке технологије мењају традиционално правило да хартија на симболичан начин представља одређено право и да без одређеног писмена не може да постоји хартија од вредности (процес дематеријализације хартије од вредности). Одговор на питање како правно одредити инструменте који могу да постоје у виду електронског записа, без самог писмена, је извршено управо усвајањем термина “финансијски инструменти”.²⁷ На тај начин се у хартије од вредности уводе и оне хартије од вредности које немају више материјални облик. Треба напоменути да се у теорији предлажу другачији термини за хартије од вредности као што су “вредносни запис”,²⁸ или “преносиве вредности”.²⁹

Израз „финансијски инструменти“ омогућава да се под овај појам подведу сви инструменти које Комисија за хартије од вредности одреди као хартије од вредности, а то су: финансијски инструменти са којима се

²³ Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, “Службени гласник РС” бр. 47/2006.

²⁴ С. Дабих, *Банкарски послови и послови са хартијама од вредности у Преднацрту Грађанског законика*, Правни живот бр. 11, 2014, 578.

²⁵ М. Јакшић, *Финансијско тржиште - инструменти и институције*, Крагујевац, 2016, 5-7.

²⁶ В. Огњановић, *Стање тржишта хартија од вредности - озбиљно ограничење за рационално пословање привредних друштава*, Право и привреда бр. 1-3, 2016, 17-20.

²⁷ М. Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац, 2010, 529.

²⁸ Н. Јовановић, *Емисија вредносних папира*, Београд, 2001, 19.

²⁹ М. Бартуловић, *Правно-теоријска и практична проблематика дематеријализације хартија од вредности*, Београд, 1996, 11.

може трговати на организованом тржишту; инструменти који се издају у серији и који имаоцима дају идентична права; инструменти који доспевају у дужем року, као и инструменти чијим се прибављањем не стиче било какво имовинско право, већ право на стицање других хартија од вредности. За разлику од финансијских инструмената, хартије од вредности се издају појединачно и искључиво се односе на неко право имовинско правне природе чији се промет обавља ван берзанског тржишта и које имају за циљ испуњење текућих обавеза (меница, теретница, складишница).

У Закону о извршењу и обезбеђењу законодавац различито дефинише финансијске инструмента и хартије од вредности и за њих прописује различите поступке извршења.

Законодавац под финансијским инструментима подразумева инструменте тржишта новца и друге финансијске инструменте у дематеријализованом облику одређене законом којим се уређује тржиште капитала, који су уписани у Централни регистар, депо и клиринг хартија од вредности.

За разлику од финансијских инструмената, хартије од вредности су одређене као писмене исправе којима се њихов издавалац обавезује да испуни обавезу уписану на тој исправи њеном законитом имаоцу.³⁰

Полазећи од дефиниције финансијских инструмената по Закону о извршењу и обезбеђењу, најзначајнији финансијски инструменти су акције. Акције, као и право из акција, осим личног права гласа, се налазе у слободном промету.

С обзиром да акције одражавају део власништва над одређеним привредним друштвом, захваљујући својој особини да су лако преносиве, представљају погодно средство извршења.

Извршни поверилац уз предлог за извршење предаје и доказ о власништву извршног дужника на акцијама. У поступку одлучивања о предлогу за извршење ради намирење новчаног потраживања продајом акција као финансијских инструмената месно је надлежан суд који је надлежан за извршење на новчаном потраживању извршног дужника.³¹ Решење о извршењу поред извршног дужника и извршног повериоца доставља се и Централном регистру хартија од вредности и инвестиционом друштву које води рачун финансијских инструмената извршног дужника.

За разлику од извршења на хартији од вредности где пленидбу врши јавни извршитељ који одузима хартију од вредности извршном дужнику и исту задржава, код извршења на акцијама суд у решењу о извршењу налаже Централном регистру хартија од вредности упис забране

³⁰ Вид. чл. 2, ст. 10-11 ЗИО.

³¹ Вид. чл. 256 ЗИО.

располагања финансијским инструментима који су предмет извршења и заложно право извршног повериоца на њима, и одређује њихову продају.

Решење о извршењу на акцијама обавезно садржи пословно име, име инвестиционог друштва које води рачун финансијских инструмената извршног дужника и податке о наменском новчаном рачуну извршног повериоца на који се уплаћују новчана средства добијена продајом акција. Инвестиционо друштво као овлашћени учесник на тржишту капитала, представља брокерско-дилерско друштво и овлашћену банку, према закону којим се уређује тржиште капитала, којима је Комисија за хартије од вредности издала дозволу за обављање инвестиционих услуга и активности.

Из решења о извршењу у Централни регистар хартија од вредности уписују се други подаци предвиђени законом (назив суда, односно име извршитеља који је донео решење, односно закључак; број решења; датум доношења решења; емитента акција на којима се уписује заложно право; *CFI (Classification of Financial Instruments)* код и *ISIN (International Securities Identification Number)* број акција које су предмет заложног права; пословно, односно лично име заложног дужника; висину потраживања за које се врши обезбеђење).³²

Централни регистар хартија од вредности истовремено са уписом решења о извршењу, уписује и забрану располагања акцијама које су предмет извршења и заложног права извршног повериоца. О продаји акција закључак доноси јавни извршитељ након што га Централни регистар хартија од вредности обавести да је извршен упис забране располагања и заложно право. Продају акција врши инвестиционо друштво које води рачун финансијских инструмената инвестиционог дужника, у складу са прописима који уређују тржиште капитала, тј. на регулисаном тржишту или на мултилатералној трговачкој платформи.

У свим осталим питањима везаним за продају финансијских инструмената и намирења извршног повериоца из продајне цене, Закон о извршењу и обезбеђењу предвиђа сходну примену одредби о извршењу ради намирења новчаних потраживања на покретној ствари (чл. 218-255).³³

За разлику од финансијских инструмената који нису предмет трговине на регулисаном тржишту или на мултилатералној трговачкој платформи, који се по претходно извршеној процени њихове вредности искључиво продају на ОТС тржишту,³⁴ акције се продају на ОТС тржишту само

³² Вид. чл. 314 ЗИО.

³³ Вид. чл. 317 ЗИО.

³⁴ ОТС тржиште је секундарно тржиште за трговање финансијским инструментима које не мора да има организатора тржишта и чији систем трговања, подразумева преговарање између продавца и купца финансијских инструмената у циљу закључења трансакције.

изузетно, по претходно извршеној процени њихове вредности под условом да продаја на регулисаном тржишту или на мултилатералној трговачкој платформи буде неуспешна. Под вредношћу финансијских инструмената који се котирају на берзи подразумева се њихова просечна цена на берзи у последњих тридесет дана пре процене, утврђена на основу берзанског извештаја. У осталим случајевима јавни извршитељ поверава процену лицима овлашћеним према прописима којима се уређује питање привредних друштава.

Купци акција из емисије акција, као и купци акција на секундарном тржишту, или стицаоци акција по основу извршење у извршном поступку, или по другом основу уписују се у Централни регистар хартија од вредности у складу са Законом који уређује тржиште хартија од вредности. Акције су хартије од вредности на име, али се не преносе по правилима за пренос такве врсте хартија од вредности. У овом случају не примењује се цесија, већ индосирање са уписом на рачун у Централном регистру.

У теорији постоје различита схватања по питању правне природе уписа. Мишљења су подељена око тога да ли је код уписа акција реч о једностраном правном акту, две независне изјаве воље или друштвено-правном заједничком акту. Највише аргумената има становиште да је упис акција, као правило, понуда за извршење уписаног уговора.³⁵

IV ИЗВРШЕЊЕ НА УДЕЛИМА

Извршење на уделима у привредном друштву подразумева спровођење извршних радњи које се односе на пленидбу удела, упис заложног права на уделу, процену вредности удела и продају удела.

Извршење на уделу може се спровести када се као извршни дужник појави друштво са ограниченом одговорношћу, командитно друштво и ортакко друштво.

Решење о извршењу на уделу доставља се извршном повериоцу, извршном дужнику и Агенцији за привредне регистре, која у регистар залог уписује решење о извршењу са свим елементима које закон предвиђа (назив суда који је донео решење о извршењу; пословни број решења о извршењу; висину потраживања; пословно име привредног друштва на чијем уделу се спроводи извршење; удео који је предмет извршења; пословно име или име и презиме извршног дужника; датум доношења решења о извршењу).³⁶

Истовремено са решењем о извршењу на уделу, у Регистар залог уписује и заложно право извршног повериоца на уделу док се у Регистар

³⁵ З. Арсић, *Упис акција и уписни уговор*, Право и привреда бр. 4-6, 2016, 41-42.

³⁶ Вид. чл. 319 ст. 2 ЗИО.

привредних субјеката за извршног дужника уписује пленидба удела, забележба покретања извршног поступка ради продаје удела.

Као и код процене покретних ствари, на процену вредности и продају удела сходно се примењују одредбе о извршењу ради намирења новчаног потраживања на покретним стварима.³⁷

Удео члана друштва може се слободно преносити ако законом, оснивачким актом или уговором чланова друштва није другачије одређено.³⁸

Чланови друштва са ограниченом одговорношћу имају право прече куповине код намирења новчаног потраживања продајом удела.³⁹ Закон о привредним друштвима, одређује да код продаје удела члана друштва са ограниченом одговорношћу у извршном судском поступку или поступку вансудског намирења, чланови друштва имају право прече куповине и у односу на тај удео задржавају то право.⁴⁰

Закон о извршењу и обезбеђењу је дефинисао правни режим преноса удела на начин да не наруши принцип затворености друштва са ограниченом одговорношћу у односу на треће лице. Да би треће лице постало члан друштва са ограниченом одговорношћу потребна је сагласност воље друштва и чланова друштва чак и у поступку принудног извршења на уделима. На тај начин се заправо, настоји да чланови друштва сачувају лични карактер њихових међусобних односа. Поступак права пречег стицања обезбеђује и штити чланове друштва од укључивања трећих непожељних лица по процени чланова друштва.⁴¹ Купац може бити именован од стране друштва са ограниченом одговорношћу, у складу са законом, а уместо давања сагласности друштво са ограниченом одговорношћу може да одреди треће лице на које преносилац удела може пренети удео, при чему преносилац удела може свој удео пренети искључиво на то треће лице и под тим истим условима.⁴²

Значи, члан друштва може трећем лицу уступити свој удео само ако друштво, односно чланови друштва нису заинтересовани да га откупе. Уколико више чланова друштва жели да откупи такав удео, они ће се споразумети о томе како ће удео бити подељен. Уколико се не могу споразумети, удео ће се поделити међу њима сразмерно висини њихових

³⁷ Вид. чл. 218-255 ЗИО.

³⁸ С. Шогоров, *О праву слободног преноса удела у друштву са ограниченом одговорношћу*, Право и привреда бр. 5-8, 2008, 100.

³⁹ Р. Цветић, *Право прече куповине у извршном поступку у Републици Србији*, у: Зборник радова Правног факултета (ур: М. Поповић), књ. 4, Правни факултет Универзитета Новом Саду, Нови Сад 2014, 151 и даље.

⁴⁰ Вид. чл. 171 ЗОПД.

⁴¹ С. Шогоров, *Право пречег стицања удела у друштву са ограниченом одговорношћу*, *Правни живот* бр. 12, 2008, 21-29.

⁴² М. Васиљевић, *Компанијско право-право привредних друштава*, Београд, 2014, 202.

удела у друштву. Ималац права прече куповине удела има првенство над најповољнијим понудиоцем у случају да одмах након објављивања који је понудилац најповољнији, а пре доношења закључка о преносу удела, изјави да купује удео под истим условима као и најповољнији понудилац. Јавни извршитељ позива имаоца права прече куповине удела да се у року од осам дана писмено изјасни о намери да користи своја право. Имаоци права прече куповине удела, дужни су да положи јемство под истим условима као и друга лица.

V ПРАВНА ДЕЈСТВА ИЗВРШЕЊА НА АКЦИЈАМА И УДЕЛИМА

Спровођење поступка извршења и обезбеђења на финансијским инструментима и уделима производи правно дејство не само за извршног повериоца и извршног дужника, већ и за трећа лица.

Решење о извршењу се доставља извршном повериоцу, извршном дужнику, Централном регистру хартија од вредности и инвестиционом друштву (ако су у питању акције) односно Агенцији за привредне регистре (ако се ради о уделима).

С обзиром на учеснике у поступку извршења и обезбеђења на финансијским инструментима и уделима, последице извршења могу бити:

- хоризонталне (које делују на односе између извршног повериоца и извршног дужника) и
- вертикалне (које делују на односе између извршног дужника и органа који спроводи извршење).

С обзиром на правно дејство, последице извршења и обезбеђења на финансијским инструментима и уделима могу бити:

1. директне:

- које се односе на исход спора између извршног повериоца и извршног дужника,
- које се односе на трећа лица и њихова власничка и управљачка права.

2. индиректне које се односе на правну сигурност и привредни раст.

Између извршног повериоца и извршног дужника постоји спор око потраживања. Извршни дужник настоји да своја права на наплату потраживања оствари у извршном поступку подношењем предлога за извршење на основу веродостојне или извршне исправе. Извршни поверилац може уложити приговор да исправа која представља основ за извршење није веродостојна, односно извршна (не садржи све законом прописане елементе) да се извршење незаконито спроводи, односно да је недозвољено и недопуштено. Против решења првостепеног суда или јавног извршитеља може да се уложи жалба, док се приговор подноси против решења донетог о предлогу за извршење на основу веродостојне исправе, против других решења првостепеног суда или јавног

извршитеља, и као приговор трећег лица.⁴³ Треће лице може захтевати од јавног извршитеља да се извршење на предмету извршења утврди недозвољеним, са подношењем приговора са доказом да на предмету извршења има неко право које спречава извршење.

Против решења донетог о приговору против решења, дозвољен је приговор само код приговора трећег лица, а жалба само против решења донетог по приговору против решења о извршењу на основу веродостојне исправе. Против закључка нису дозвољени ни приговор, ни жалба.⁴⁴

Од момента пријема решења о извршењу, извршни поверилац стиче право залоге на акцијама односно уделима и право на намирење од средстава добијених продајом акција, односно удела. У случају спровођења стечаја над извршним дужником, извршни поверилац који је пре отварања стечајног поступка уписао своје заложно право на финансијским инструментима у Централном регистру хартија од вредности, односно заложно право на уделу у Регистар залоге привредних субјеката, има статус излучног повериоца. Такви финансијски инструменти, односно удели се изузимају из стечајне масе и не могу бити предмет намирења у стечајном поступку. То конкретно значи да у случају да се над извршним дужником покрене стечај, извршни поверилац има право да тражи да се акције, односно удео издвоји из стечајне масе и преда њему. Упоредноправна анализа показује да је ово решење прихваћено не само у домаћем законодавству, већ и у законодавству земаља из окружења.⁴⁵

Извршни поступак се завршава обуставом или закључењем.⁴⁶

Јавни извршитељ по службеној дужности доноси решење о обустави извршног поступка, у законом прописаним случајевима (ако је извршна исправа на основу које је донето решење о извршењу правноснажно или коначно укинута, преиначена или стављена ван снаге; ако је потврда о извршности одлуке правноснажно укинута; ако странка премине, а потраживање није наследиво; ако странка која је правно лице престане да постоји, а нема правног следбеника; ако потраживање престане да постоји; ако је извршење постало немогуће или не може да се спроведе из других разлога (нпр. пропао је предмет извршења, извршни дужник нема имовину и из других разлога одређених овим или другим законом).

Решењем о обустави извршног поступка се укидају све споредне радње, са изузетком радњи којима је извршни поверилац стекао заложно

⁴³ Вид. чл. 108 ЗИО.

⁴⁴ Вид. чл. 110 ст. 2 ЗИО.

⁴⁵ М. Дукић-Мијатовић, *Водич кроз стечајни поступак*, Нови Сад, 2010, 181.

⁴⁶ Вид. чл. 128-130 ЗИО.

право у извршном поступку.⁴⁷ Такве радње се не укидају под условом да је поступак обустављен због стечаја над извршним дужником.

Извршни поступак се завршава закључењем када је извршни поверилац намирен у поступку. Намирењем извршног повериоца поступак извршења се закључује, уз детаљно навођење која је извршна радња последња предузета.

Поверилац може очекивати намирење и поступак извршења ће се окончати продајом финансијских инструмената и удела или преносом хартија од вредности, уколико се у поступку утврди основаност његовог потраживања.

Значи, у односу на извршног повериоца спровођење поступка извршења и обезбеђења за коначан исход може имати потпуно намирење (наплата потраживања у целости), делимично намирење или немогућност наплате потраживања.

У случају потпуног намирења, гаси се дужничко поверилачки однос између извршног дужника и извршног повериоца.

У случају делимичног намирења, извршни поверилац може преостали ненамиреени део дуга потраживати и након окончања поступка о извршењу и обезбеђењу уколико се накнадно пронађе имовина извршног дужника подобна за извршење у роковима предвиђеним за застарелост потраживања по Закону о облигационим односима. Питање које захтева пажњу је примена општег законског института застарелости на односе накнадно преуређене посебним законом. Мишљења смо да нема места одступању од примене општих правних норми облигационог права и примене његовог института застарелости због промене повериоца у одређеном правном односу. Сама промена повериоца не може квалитативно да утиче на застарелост самог потраживања.⁴⁸

За извршног дужника последице наступају од тренутка пријема решења о извршењу или обезбеђењу од ког момента извршни дужник не може располагати предметима извршења или обезбеђења, односно правни или фактички акти располагања предметом извршења немају правно дејство.

Извршни дужник од момента пријема решења о извршењу или обезбеђењу којим је као средство извршења, одређена продаја акција или продаја удела у привредним субјектима, не може располагати наведеним акцијама или уделима, односно његови правни или фактички акти располагања немају правно дејство. Право својине извршног дужника је ограничено, што представља изузетак од опште карактеристике права

⁴⁷ В. Козар, *Обезбеђење потраживања залогом на правима*, Правни живот бр. 10, 2015, 463 и даље.

⁴⁸ Д. Хибер, *Промена повериоца или новација и застарелост*, Анали Правног факултета у Београду бр. 2, 2013, 12-20.

својине, да је то најшире стварно право које неко физичко или правно лице може имати и које у себи садржи три својинскоправна овлашћења: правно овлашћење држања, односно употребе и коришћења (*possessio* и *usus*), правно овлашћење плодуживања, тј. коришћења и убирања плодова ствари и (*ususfructus*) и правно овлашћење располагања ствари, тј. овлашћење отуђења ствари (*ius abutendi*, тј. *abusu*).⁴⁹

Упис забране располагања финансијским инструментима који су предмет извршења и zaloжно право извршног повериоца на њима врши Централни регистар хартија од вредности и одређује њихову продају. Агенција за привредне регистре у Регистар залогe уписује решење о извршењу на уделу и zaloжно право извршног повериоца на уделу. У Регистар привредних субјеката за извршног дужника уписује се пленидба удела, забележба покретања извршног поступка ради продаје удела. Ови уписи, у складу са начелима на којима се заснива вођење јавних регистара делују према свима - *erga omnes*.

Последице односа између извршног дужника и органа који спроводи поступак извршења и обезбеђења огледа се у томе што је извршни дужник у обавези да сноси последице извршења под претњом принуде. Терминолошки посматрано, сам назив јавни извршитељ потиче од чињенице да извршитељ представља орган јавне власти и да иза њега стоји систем државне принуде. Мишљења смо да је термин јавни извршитељ прикладнији од термина приватни извршитељ што је потврђено и уређењем овог правног института од стране законодавца.

У поступку извршења и обезбеђења дужник остаје без своје имовине, односно без акција и/или удела јер исти након продаје прелазе у својину купца. Поставља се питање да ли извршење на финансијским инструментима и уделима утиче на статус привредног друштва? Капитал привредног друштва се не повећава нити се смањује, само се мења власник капитала. Привредно друштво је у обавези да измени оснивачки акт и да региструје промену власника капитала. Може се закључити да спровођење извршења на акцијама и уделима не утиче на статус привредног друштва, већ пре свега на власничка права и управљање друштвом. Учешће у органима управљања друштвом и управљачка овлашћења зависе од висине удела, односно броја акција које је стекао купац у поступку извршења.

VI ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Ново извршно законодавство треба да отклони досадашњу неефикасност поступка наплате потраживање повериоца извршењем на акцијама и уделима извршног дужника. Указивањем на извесне

⁴⁹ Овлашћења која је познавало римско право: *usus, ususfructus i abusus*.

специфичности одредби Закона о извршењу и обезбеђењу којима је регулисан предметни поступак, може да се закључи да је законодавац уз упућивање на сходну примену одредби које важе и за извршење на другим средствима обезбеђења, настојао да пружи потпунију правну заштиту извршном повериоцу.

Специфичности поступка извршења и обезбеђења на акцијама се огледају у томе што упис заложног права на акцијама, с обзиром на њихову правну природу, врши Централни регистар хартија од вредности, а упис заложног права на уделу врши Агенција за привредне регистре. Поступак продаје акција спроводи се у складу са одредбама Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. Продаја удела врши се аналогно поступку продаје покретних ствари. На право прече куповине удела сходно се примењују одредбе о праву прече куповине непокретности.

Закон о извршењу и обезбеђењу уводи нов правни институт у наш правни систем - јавног извршитеља. С једне стране, ова новина допринеће повећању правне сигурности у смислу поједностављења поступка извршења. Поступак је бржи и једноставнији, а наплата повериоца ефикаснија. На тај начин обезбеђена је судска контрола рада јавних извршитеља и испоштовано уставно начело легалитета. Са друге стране, отварају се нова питања и недоумице и могуће тешкоће у имплементацији закона у постојећим привредним условима.

Поступање јавног извршитеља у фази спровођења извршења не подлеже судској контроли, што се може одразити како на заштиту права странака, тако и свих заинтересованих учесника извршног поступка и на правну сигурност уопште. Евидентан је недостатак механизма за уједначавање праксе у фази спровођења извршења.

Мишљења смо да у најскоријој будућности треба отклонити недоумице и попунити правне празнине постојећег закона у духу европског права, тако да се убрзо могу очекивати измене и допуне закона, нарочито имајући у виду отварање нових поглавља у преговорима у процесу приступања Европској унији која имају директне импликације на независност судства и принципијелно поштовање начела легалитета.

Међутим, без обзира на постојеће дилеме, празнине и непознанице, може се очекивати знатно процентуално повећање намирења повериоца продајом финансијских инструмената (акција и других хартија од вредности) и/или удела извршног дужника, што ће за директну последицу имати промену власника капитала и позитиван ефекат на систем корпоративног управљања, актуелан процес приватизације и прилив директних страних инвестиција.

Mirjana Knežević, LL.D.*

ENFORCEMENT ON STOCKS AND SHARES

Summary

This paper examines the new law on enforcement which aims to strengthen the legal position of enforcement creditors in the procedure of enforcement on stocks and shares as a way of satisfaction. The paper presents general characteristics of the procedure of execution and security, paying special attention to the execution procedure on stocks and shares and the legal force of its implementation.

Special provisions of the Law on Enforcement and Security regulate the enforcement procedure on stocks as financial instruments and shares, with application of provisions valid for enforcement on other security instruments (provisions on debt transfer, sale of movable assets and sale of immovable property) with some specificities.

The implementation of enforcement and security on shares as financial instruments and stocks brings an end to the dispute between the enforcement creditor and the judgment debtor and potentially results in the change of ownership of the capital. The legal owner of the capital is changed: the ownership of the capital is transferred from the judgment debtor to the enforcement creditor, who also obtains managerial rights. This procedure brings about more legal security for business entities, expansion of capital stock and faster economic growth.

Key words: *enforcement and security procedure, stocks, shares*

* Associate Professor at the Faculty of Economics, University of Kragujevac

ИНСТРУМЕНТИ ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАЛНЕ БАНКЕ И КРИЗА У ЕВРОЗОНИ**

Након кратког представљања инструмената монетарне политике Европске централне банке, аутор пажњу посвећује, коришћењу програма директних монетарних трансакција (ОМТ) у контексту решавања кризе у еврозони. Коришћење овог инструмента Уставни суд Немачке је окарактерисао на начин да је ЕЦБ изашла из оквира својих овлашћења, тако не водећи монетарну, већ економску политику ЕУ. С друге стране, аутор се бави и анализом узрока кризе у еврозони. Аутор објашњава да је један од узрока кризе непостојање услова за формирање монетарне уније и пре њеног стварања. Осим тога, ерупцији кризе допринели су и други фактори, као што је презадуженост држава, преливање капитала из сиромашних у богате државе, неспособност евра да омогући прилагођавање асиметричним шоковима (промене које једну земљу погађају другачије у односу на другу земљу), али и ослањање на неолибералну економију.

Кључне речи: инструменти монетарне политике, програм директних монетарних трансакција, монетарна политика, Европска централна банка, криза у еврозони

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Интеграција која лежи у основи стварања ЕУ, појам је међународне економије.¹ Такву интеграцију требало је да „осигура“ и финансијска интеграција.² Важну улогу у том процесу има Европска централна банка,³

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, e-mail:

jlabudovic@jura.kg.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: "Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске Уније", који се финансира из средстава Факултета.

¹ О интеграцији се може говорити и у политичком смислу, што би подразумевало укидање, односно смањење суверености држава. То је врло осетљиво питање (М. Keim, *Finanzmarktintegration in Europa – Implikationen für Stabilität in Sozialen Marktwirtschaften*, Stuttgart, 2009, 13).

² Предуслов интеграције је либерализација која представља отклањање правних препрека на домаћем тржишту капитала како би се омогућио долазак страних инвеститора, с једне стране, али и како би се отворила врата међународног тржишта

а фундаменталну тековину интеграције представља увођење евра.⁴ Постојање ове банке као јединствене централне банке, сада за 19 земаља,⁵ подразумева постојање монетарне уније⁶ (Европске монетарне уније), што даље подразумева вођење јединствене монетарне политике, јединствену валуту и јединствену девизну политику. Ипак, независно од тога што је монетарна унија успостављена и што постоји јединствена валута,⁷ чињеница је да у ЕМУ не постоји оптимално валутно подручје. Оно би постојало ако би постојали следећи предуслови: мобилност рада и капитала (мобилност фактора производње), флексибилност зарада, централизовани буџет, хармонизован правни систем и приближан (уједначен) степен привредног развоја земаља чланица.⁸ У таквим

капитала домаћим инвеститорима, с друге стране (Т. Southall, *European Financial Markets – the Effects of European Union membership on Central and Eastern European Equity Markets*, Heidelberg, 2008, 16-29).

³ Њеном настанку претходио је Европски монетарни институт са седиштем у Франкфурту.

⁴ Одричање од националне валуте и увођење заједничке валуте подразумева одрицање од веома важног инструмента економске политике, тј. девизног курса који може да послужи за уравнотежење платног биланса. То говори о великој ригидности у евро зони, што подразумева одрицање од права да се утиче на промену цене валуте, на количину новца и дефинисање каматне стопе. Зато је погрешна претпоставка да елиминисање девизног курса (због увођења заједничке валуте) значи и елиминисање ризика да држава може да исплати све што дугује. Такав ризик (државни ризик), ипак остаје, односно повећава се (Dž. Stiglic, *Evro – kako zajednička valuta ugrožava budućnost Evrope*, Novi Sad, 2016, 40).

⁵ То су: Аустрија, Белгија, Грчка, Естонија, Ирска, Италија, Кипар, Литванија, Летонија, Луксембург, Малта, Немачка, Португалија, Словачка, Словенија, Финска, Француска, Холандија и Шпанија. Одлуку о проширењу ЕМУ доноси Савет ЕУ на предлог Комисије и мишљења ЕЦБ. Увођење евра у државама које се одричу своје националне валуте, а тако и проширење ЕМУ почива на Уредби о уређивању одређених питања која се односе на увођење евра (*Council Regulation (EC) No 1103/97 of 17 June 1997 on certain provisions relating to the introduction of the euro*, OJ L 162/1) и Уредби о увођењу евра (*Council Regulation (EC) No 974/98 of 3 May 1998 on the introduction of euro*, OJ L 139). Уредба је мењана сваки пут када би нова држава прихватила евро.

⁶ „Монетарна унија је заједнички монетарни систем више независних држава с једном валутом коју емитује јединствена централна банка (или се емитује у њено име) и која представља законско средство плаћања у државама чланицама уније“ (С. Голубовић, *Европска монетарна унија – Институционални аспекти*, Ниш, 2007, 17). Међутим, мора се рећи да иако је монетарних унија било и пре ЕМУ, није забележена ниједна унија међу толико различитих држава (Dž. Stiglic, *op. cit.*, 59).

⁷ Од евра је очекивано много, како на економском, тако и на политичком плану. Међутим, Стиглиц истиче да је увођење евра незапамћени експеримент и да су творци евра пошли од обичне претпоставке да ће евро подстаћи економску интеграцију, премда нису имали утемељење за то (*Ibid.*, 70-71).

⁸ Р. De Grauwe, *Ekonomija monetarne unije*, Sremski Karlovci, Novi Sad, 2004, 10-14.

околностима нема потребе да се врши промена девизног курса како би се елиминисали асиметрични шокови у привредама (промене које једну земљу погађају другачије у односу на другу). Без испуњења претходно наведених критеријума, функционисање ЕМУ је врло тешко. Заправо, могло би се рећи да оптимално валутно подручје у ЕМУ не постоји јер нису испуњени претходно поменути услови. Међу земљама чланицама присутне су велике разлике. Но, независно од тога, монетарна унија ипак и даље егзистира и поред свих проблема и криза са којима се суочава.⁹ То говори о томе да је политичка воља за постојањем ЕМУ врло изражена и да је, бар за сада, надоместила непостојање економских предуслова за то.¹⁰ Заједничка валута је допринела расту неједнакости и продубила разлике између развијених и неразвијених земаља.¹¹ Томе у прилог говори и чињеница да је криза у еврозони подстакла преливање, односно бег капитала из сиромашних и недовољно развијених држава у богате и развијене државе, што се негативно одражава и на привреду држава из којих капитал „отиче“.¹² Дуговна криза¹³ која је потресла еврозону и довела у питање опстанак евра као заједничке валуте је заправо *валутна криза*. Оваква криза је подстакнута системским ризиком, тј. чињеницом да све земље еврозоне имају заједничку валуту – евро, а не своје националне валуте. Будући да нема домаћег валутног тржишта, криза је усмерена на тржиште државних обвезница монетарне уније.¹⁴ Држава која је чланица ЕМУ због постојања јединствене валуте не може своје обвезнице, ради финансирања буџетског дефицита, да емитује у националној валути, већ

⁹ Генерално говорећи, криза евро зоне (нпр. дужничка криза у Грчкој) је последица непостојања оптималне валутне области, као и централизоване монетарне и децентрализоване фискалне политике (Ј. Лабудовић Станковић, *Финансијска тржишта Европе – преглед и анализа*, Крагујевац, 2012, 85).

¹⁰ Криза која прати еврозону последњих година води неодрживом нивоу дуга држава чланица. Механизми који се предузимају нису довољни да би кризу искоренили, већ она остаје као претња и убудуће (P. De Grauwe, Y. Ji, *The future of the Eurozone*, The Manchester School, September, 2014, 17).

¹¹ Такође, Џозеф Стиглиц је става да се постојеће стање не може одржати без наметања огромних трошкова грађанима, уз могућност да се заједничка валута може и укинути. Истовремено, сматра да је увођење евра нужно захтевало и стварање институција чији би задатак био да омогући функционисање заједничке валуте (Dž. Stiglic, *op.cit.*, 19, 31, 34, 37).

¹² *Ibid.*, 150, 153.

¹³ Названа је тако јер се сматрало да је криза у еврозони изазвана због презадужености држава, при чему нису узети у обзир стварни разлози кризе – непостојање критеријума који дефинишу оптималну валутну област, непостојање фискалне уније, политичке уније и сл.

¹⁴ M. Arghyrou, A. Kontonikas, *The EMU sovereign debt crisis: Fundamentals, expectations and contagion*, Cardiff Business School, Cardiff University, Working paper series, 2010, 7.

заједничкој, тј. еврима. Високи дефицит може да одврати инвеститоре од куповине обвезница, односно да их подстакне да продају обвезнице које већ поседују, што ће, неминовно, присилити државу да нова средства за финансирање дефицита пронађе по вишој каматној стопи.¹⁵ То може довести до кризе ликвидности.

ЕЦБ¹⁶ је настала по узору на немачки систем централног банкарства, независно од тога што је раније било ставова да буде устројена према англосаксонском моделу централног банкарства.¹⁷ Основна разлика између поменутих два модела централног банкарства огледа се у циљевима и политичкој (не)зависности.¹⁸ Основни циљ ЕЦБ је ценовна стабилност.¹⁹ Међутим, код англосаксонског модела централног банкарства постоје три

¹⁵ С. Голубовић, *Фискална правила у Европској монетарној унији*, Ниш, 2012, 34-35.

¹⁶ ЕЦБ је створена захваљујући земљама чланицама ЕМУ које су се одрекле једног дела свог монетарног суверенитета и пренеле га на ЕЦБ (Т. Marauhn, M. Weiss, *The European Central Bank as regulator and as institutional actor*, in: Reiner Grote and Thilo Marauhn (ed.), *The Regulation of International Financial Markets – Perspectives for Reform*, Cambridge, 2006, 211). Монетарна сувереност подразумева одређивање и дефинисање новчане јединице, право емисије новца, одређивање девизног курса, регулисање платног промета и сл. Капитал ЕЦБ образован је од удела националних централних банака свих држава чланица ЕУ. Према подацима из 2015., највеће уделе имају Бундесбанка (Централна банка Немачке – 17,9973%), Централна банка Француске (14,1792%), Централна банка Италије (12,3108%). Наравно, било је и врло значајно учешће Централне банке Велике Британије до изласка из ЕУ. Учесће у капиталу ЕЦБ зависи од величине БДП и броја становника конкретне државе. Величина удела се коригује на сваких пет година, као и са сваким проширењем ЕУ. До сада су удели у капиталу ЕЦБ мењани 6 пута од оснивања. Доступно на:

<https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/capital/html/index.en.html>. 8.11.2016.

¹⁷ Генерално посматрано, централна банка је институција која за разлику од пословних банака, нема за циљ максимизирање профита, већ остваривање одређених циљева који су у јавном интересу, као што је стабилност цена, ликвидност, спречавање банкрутства и контрола комерцијалних банака. Треба нагласити да се централна банка обично третира као део државног апарата. Чак и ако је централна банка акционарско друштво, приватни интереси не могу бити изнад јавног интереса. У таквом случају, акционари имају само право на дивиденду (фиксирану у одређеном проценту у односу на укупни капитал централне банке), али не могу водити монетарну политику (Ћ. Ђукић, *Централна банка и финансијски систем*, Чачак, 2001, 8-9).

¹⁸ Р. De Grauwe, *op.cit.*, 7-8.

¹⁹ Стабилност цена омогућава доношење одлука економских актера заснованих на поузданим информацијама, води ефикасној алокацији ресурса, односно расту друштвеног производа (С. Голубовић, 81-82). Овај циљ је јасно дефинисан у чл. 2 Статута ЕСЦБ и ЕЦБ (Protocol (No 4) on the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank, *Official Journal of the European Union*, 26.10.2012, C 326/230).

циља који имају подједнаку важност: стабилност цена,²⁰ висока запосленост и финансијска стабилност. За овај други модел везује се политичка зависност централне банке од владе, док се за немачки модел централног банкарства везује политичка независност.²¹

За контролу аката ЕЦБ²² надлежан је Европски суд правде. Тужбу ЕСП може поднети Комисија, Савет или држава чланица и то због ненадлежности, повреде битних правила поступка, повреде Уговора о оснивању ЕЗ и других прописа, злоупотребе овлашћења и сл. Осим тога, Европски суд правде одлучује не само о тужбама за поништај аката ЕЦБ, већ је Лисабонским уговором дозвољено да се против ЕЦБ поднесе и тужба због пропуштања због уздржавања од деловања.²³

II ИНСТРУМЕНТИ МОНЕТАРНЕ ПОЛИТИКЕ ЕВРОСИСТЕМА²⁴

Основе јединствене монетарне политике дефинисане су Уговором о функционисању ЕУ (одељак 2). Инструменти монетарне политике ЕМУ и поступак спровођења такве политике дефинисани су Статутом ЕСЦБ и ЕЦБ, као и у Смерницама ЕЦБ.²⁵ За вођење монетарне политике ЕЦБ користи следеће инструменте: операције на отвореном тржишту, обавезне резерве и кредите за преконоћну ликвидност.²⁶ Генерално, операције на отвореном тржишту представљају један од најважнијих инструмената које користе централне банке у жељи да утичу на количину новца у оптицају. Куповином

²⁰ О стабилности цена можемо говорити у апсолутном и релативном смислу. У апсолутном смислу, стабилност цена би подразумевала нулту стопу инфлације. У релативном смислу, стабилност цена подразумева ниску пројектовану стопу инфлације. Ценовна стабилност се од стране Савета гувернера ЕЦБ дефинише као годишњи раст хармонизованог индекса потрошачких цена испод 2% за евро област (*Harmonised Indices of Consumer Prices – HICP*) (P. De Grauwe, *op.cit.*, 297).

²¹ *Ibid.*, 7.

²² ЕЦБ је Лисабонским уговором из 2007. постала орган ЕУ, а тако и део институционалног оквира ЕУ (чл. 13 Уговора о ЕУ – Consolidated version of the Treaty on European Union, *Official Journal of the European Union*, 26.10.2012, С 326/13).

²³ З. Радивојевић, *Нова институционална реформа Европске уније*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1, 2009, 212.

²⁴ Европски систем централних банака (ЕСЦБ) чине ЕЦБ и националне централне банке држава чланица ЕУ, док Евросистем чини ЕЦБ и националне централне банке држава које су прихватиле евро (чл. 282 (1) Уговора о функционисању ЕУ – Treaty on the functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, 26.10.2012, С 326/49).

²⁵ Guideline of the European Central Bank of 20 September 2011 on monetary policy instruments and procedures of the Eurosystem (recast) (ECB/2011/14) (2011/817/EU), *Official Journal*, L331.

²⁶ *Ibid.*, 10.

и продајом хартија од вредности на секундарном тржишту капитала централна банка, те тако и ЕЦБ, може повећавати (када купује хартије од вредности), односно смањивати (када продаје хартије од вредности) количину новца у оптицају. На тај начин се утиче и на висину каматне стопе, као и на ликвидност финансијског система. У оквиру операција на отвореном тржишту могуће је користити следећих пет инструмената: операције рефинансирања, тј. тзв. споразуме о рекуповини, као најважније (*reverse transaction*), директну куповину и продају хартија од вредности (*outright transactions*), емитовање сертификата од стране ЕЦБ (*issuance of ECB debt certificates*), девизне свопове (*foreign exchange swaps*), прикупљање орочених депозита (*collection of fixed-term deposits*). Операцијама на отвореном тржишту детаљније је посвећено треће поглавље Смерница ЕЦБ. Тако, за спровођење ових операција најважнији механизми су главне операције рефинансирања, дугорочне операције рефинансирања, операције финог подешавања (омогућују брзо деловање услед поремећаја који могу настати на финансијском тржишту узрокованих осцилацијама каматне стопе; за спровођење ових операција често се користе девизни свопови,²⁷ као и директна куповина и продаја дужничких хартија од вредности, као што су сертификати ЕЦБ²⁸) и структурне операције.²⁹ Структурне операције имају за сврху да се побољша структурна позиција Евросистема у односу на финансијски сектор. Њихова главна обележја су што доприносе ликвидности (утичу на повећање ликвидности – куповина, али је могу и смањивати – продаја, зависно од трансакције која се предузме) и нису стандардизоване. Структурне операције се спроводе често кроз директну куповину и продају хартија од вредности (*outright transactions*) од стране ЕЦБ. Оне подразумевају пренос власништва на хартијама од вредности са продавца на купца, без обавезе откупа. Извршавање ових трансакција је, по правилу, у надлежности националних централних банака, с тим што Савет гувернера изузетно може одлучити да ове трансакције обавља ЕЦБ.³⁰

Кредити за „преконоћну“ ликвидност су следећи важан инструмент ЕЦБ.³¹ Овај инструмент треба да обезбеди повећање, односно да утиче на смањење ликвидности у кратком року. Дакле, у питању су краткорочни (зато се још називају и преконоћни) кредити. Сваки одобрени кредит банци мора бити враћен сутрадан. Будући да су краткорочни, ови кредити су врло скупи и користе се само у крајњој нужди.³²

²⁷ *Ibid.*, 21.

²⁸ Сертификати ЕЦБ имају за задатак да апсорбују ликвидност на тржишту, а рок доспелости им је до 12 месеци.

²⁹ *Ibid.*, 17.

³⁰ *Ibid.*, 20.

³¹ Наравно, користе га и друге централне банке широм света.

³² С. Голубовић, *Европска монетарна унија...*, 105

И обавезне резерве представљају традиционални инструмент монетарне политике централних банака. То важи и за ЕЦБ која може захтевати од банака и других кредитних институција да држи одређени износ средстава на рачунима код националних централних банака у оквиру Евросистема.³³ Циљ обавезних резерви је деловање на каматну стопу и на ликвидност, а основ за његову примену представља чл. 19 Статута ЕСЦБ, Уредба ЕЦ 2531/98 и Уредба ЕЦБ/2003/9.

И чланови 17-24 Статута ЕСЦБ и ЕЦБ садрже одредбе које се односе на монетарну политику. У њима се предвиђају кредитне и операције на отвореном тржишту, одређивање стопе обавезне резерве, обезбеђење ефикасног платног промета, као и операције са иностранством, с тим што треба истаћи да Савет гувернера, као орган ЕЦБ, може да двотрећинском већином гласова донесе одлуку и о примени других инструмената за вођење монетарне политике (чл. 20 Статута ЕСЦБ и ЕЦБ).

Стратегија монетарне политике ЕЦБ је помало специфична будући да се ослања на два индикатора, те стога говоримо о стратегији заснованој на референтној вредности монетарног агрегата М3 (тзв. монетарно таргетирање) и стратегији заснованој на пројектовању циљне стопе инфлације (тзв. таргетирање инфлације).³⁴ Таква специфична стратегија ЕЦБ добила је назив стратегија монетарне политике усмерена ка стабилности.³⁵

Важно је истаћи да су могуће две ситуације у вези са вођењем монетарне политике ЕЦБ. Прво, како би пронашла адекватно решење за економске проблеме у оквиру ЕУ, могуће је да ЕЦБ промени монетарну политику. У литератури се то сматра легитимним, што се не може окарактерисати као напуштање примарног циља – стабилности цена.³⁶ Друга ситуација ће настати у случају када државе чланице ЕМУ карактерише фискална недисциплина и када ЕЦБ, такође, може променити монетарну политику. У таквом случају би се могло говорити о злоупотреби моћи. Ово из разлога што ЕЦБ може стопу инфлације да прилагођава промењеним околностима у економији, али не и да то буде разлог да се помогне државама које не поштују фискалну дисциплину.³⁷ Подсетимо да фискална недисциплина и децентрализована буџетска политика онемогућавају да ЕЦБ оствари свој основни циљ (стабилност цена).

Независно од тога што су правила о забрани преузимања дугова држава чланица и забрани монетарног финансирања предвиђена члановима 123 и 124 Уговора о функционисању ЕУ, она нису испоштована током кризе у

³³ *Ibid.*, 71.

³⁴ С. Голубовић, *Фискална правила...*, 297-298.

³⁵ Оваквој стратегији многи стручњаци истичу замерке (*Ibid.*, 299).

³⁶ С. Голубовић, *Европска монетарна унија* ..88.

³⁷ *Ibid.*

еврозони. То значи да је нарушена фискална дисциплина.³⁸ Додајмо да нису поштована ни правила предвиђена Пактом о стабилности и расту. Не само да Уговор о функционисању ЕУ предвиђа забрану преузимања дугова држава чланица и забрану монетарног финансирања, већ предвиђа забрану за државе чланице и органе ЕУ да се по повлашћеним условима задужују на финансијском тржишту.

Међутим, важно је поменути да Уговор о функционисању ЕУ предвиђа да Савет, на предлог Комисије, може да одобри финансијску помоћ државама чланицама онда када државе западну у проблеме због околности које нису под њиховом контролом, а у складу са принципом солидарности.³⁹ Осим ове директне помоћи, постоји могућност и за пружање индиректне помоћи, и то кроз тзв. акцију спасавања која подразумева куповину државних обвезница (обвезница држава које имају проблем са финансирањем дефицита и дуга, тј. са високим уделом буџетског дефицита и јавног дуга у БДП) на секундарном тржишту капитала. Други начин поменуте акције спасавања огледа се у одређивању ниске каматне стопе од стране ЕЦБ како би задуживање било што јефтиније.⁴⁰

Из претходних редова се може закључити да је линија између ситуација када ЕЦБ мења своју монетарну политику, с једне стране због економских проблема у унији, а са друге стране због фискалне недисциплине држава, врло танка, што отвара простор за различита тумачења у зависности од околности конкретног случаја. У једном контексту ЕЦБ може да прилагођава стопу инфлације промењеним околностима, али не тако да помогне државама које су фискално недисциплиноване. Међутим, ЕЦБ може у оквиру акције спасавања таквих држава, да одреди ниске каматне стопе и задуживање учини јефтинијим. То може, на неки начин, да значи да индиректно помаже финансирање задужених држава и да можда и може да злоупотреби своју моћ.

III ПРОГРАМ ДИРЕКТНИХ МОНЕТАРНИХ ТРАНСАКЦИЈА (ОМТ) И КРИЗА У ЕВРОЗОНИ

ЕЦБ је септембра 2012. саопштила јавности⁴¹ спровођење ОМТ програма који подразумева директну куповину државних обвезница на секундарном тржишту (*Outright transaction*). Ово право ЕЦБ подразумева да она може неограничено да купује државне обвезнице током кризе. На овај начин, ЕЦБ је преузела улогу „зајмодавца у последњој инстанци“, и то не само за банке, већ и

³⁸ С. Голубовић, *Фискална правила...*, 75.

³⁹ Чл. 122 Уговора о функционисању ЕУ.

⁴⁰ С. Голубовић, *Фискална правила...*, 75.

⁴¹ Прецизније, то је урадио председник ЕЦБ, Марио Драги, истичући да је ЕЦБ спремна све да учини како би се сачувао евро.

државе.⁴² Притом, треба појаснити да се обвезнице купују од тржишних посредника који су их претходно купили на примарном тржишту капитала. ЕЦБ да купује обвезнице на берзи, тј. секундарном тржишту капитала. У питању су обвезнице деноминоване у еврима, и то држава чланица ЕМУ. Циљеви овог програма су да се омогући деловање трансмисионог механизма,⁴³ да се очува јединствена монетарна политика и смање трошкови рефинансирања дугова држава.

Дакле, због кризе у којој су се нашле нарочито презадужене земље еврозоне,⁴⁴ као и због изгубљеног поверења у тржиште обвезница, ЕЦБ је најавила спровођење ОМТ програма.⁴⁵ Иако је каматна стопа за све државе иста (одређује је ЕЦБ), каматна стопа на државне обвезнице држава чланица се ипак разликовала. Негде је била већа (као знак високе задужености држава), а негде мања. Разлози за то представљају разлике у процени и степену ризика, затим, висина дуга земаља и сл.⁴⁶

Од тренутка када је јавност 2012. обавештена да ће ЕЦБ куповати државне обвезнице, распони у висини каматних стопа почели су да се смањују.⁴⁷ Такође, страх и паника су се смањивали. То је значило да је ЕЦБ гарант дугова држава чланица, што је на неки начин ојачало позицију ЕЦБ. Најава ЕЦБ да ће активирати програм директних монетарних трансакција (ОМТ), била је довољна да се постигне ефекат на тржишту обвезница. ЕЦБ је позајмљивала

⁴² P. De Grauwe, Y. Ji, *The future of the Eurozone...*, 25.

⁴³ Трансмисиони механизам представља механизам преко кога се сагледава утицај понуде новца и тражње за новцем на реални сектор привреде. Другачије речено, трансмисиони механизам показује како монетарна политика делује на реални сектор привреде (Љ. Лучић, *Монетарни трансмисиони механизам и стратегије монетарне политике*, Банкарство, бр. 1-2, 2007, 49). Више о трансмисионом механизму видети и у: F. Mishkin, *Монетарна економија, банкарство и финансијска тржишта*, Београд, 2006, 616-626; А. Живковић, Г. Кожегинац, *Монетарна економија*, Београд, 2009, 335-352; М. Бабић, *Макроекономија*, Загреб, 2004, 362-364.

⁴⁴ Дуговна криза се развијала од 2008, све до другог квартала 2012.

⁴⁵ ЕЦБ је користила и програма дугорочних операција рефинансирања које заједно са ОМТ програмом представљају неконвенционалне инструменте монетарне политике (F. Fichtner, M. Fratzscher, M. Podstawski, D. Ulbricht, *Making the Euro Area Fit for the Future*, DIW Economic Bulletin, 9, 2014, 6).

⁴⁶ Dž. Stiglic, *op.cit.*, 153-154.

⁴⁷ Распони у висини каматних стопа на грчке обвезнице су након овог саопштења опали са 27,3% у фебруару 2012. на 12% крајем 2012. Сличан тренд је постојао и у другим задуженим државама Италији, Шпанији и Потругалији, с тим што су највећи распони били код грчких обвезница (*Исто*, 227). Ово смањење распона није било последица смањења дуга земаља према БДП, већ искључиво смиривања тржишта насталог због поверења у оно што је саопштено. Да је смањење у распонима каматних стопа настало због смањења унутрашњих и спољашњих дугова, због раста конкурентности и сл., ОМТ програм не би ни био потребан (P. De Grauwe, Y. Ji, *Disappearing government bond spreads in the eurozone – Back to normal?*, CEPS Working Document, No. 396, 2014, 1).

новац банкама које су по ниским каматним стопама куповале државне обвезнице. Куповина државних обвезница подиже цену обвезница.⁴⁸ Ефекат тога је исти као да је извршена докапитализација банака.

Како смо претходно истакли, каматне стопе на обвезнице држава чланица ЕМУ су биле различите и подложне високим осцилацијама. Разлике у висини каматне стопе нису последица само разлика у макроекономским приликама, већ су последица и разлика у ризику премији (која одражава и ризик распада ЕМУ и укидања евра) на потраживане обвезнице и разлике између куповне и продајне цене.⁴⁹ Пре кризе ове разлике су биле близу нуле, али су нагло почеле да расту од 2010.⁵⁰ За презадужене земље највећи проблем је што емитовање обвезница у заједничкој валути значи да над том валутом немају никакву контролу. Уколико нека презадужена држава не може да изврши обавезе по основу емитованих обвезница, то значи да ће бити доведени у проблем повериоци, тј. купци тих обвезница који не могу намирити своја потраживања. Дакле, разлике у каматним стопама на државне обвезнице манифестују и ризик неизвршења обавеза по основу истих. С друге стране, ризик неизвршења обавеза условљен је бројним факторима, од којих је нарочито важан однос државног дуга према БДП.⁵¹ Међутим, распони код државних обвезница на националном тржишту (државе ван монетарне уније) зависе, осим од ризика неизвршења, и од ризика промене девизног курса, што није случај код тржишта државних обвезница у монетарној унији.⁵²

Поводом ОМТ програма биле су упућене многе жалбе од стране група појединаца пре него што је то урадио Савезни уставни суд Немачке. Подносиоци жалби су истицали да ЕЦБ нема овлашћење за спровођење ОМТ програма и да је он у супротности са забраном монетарног финансирања, али и да такве одредбе крше принципе демократије унете у немачки устав (Основни закон Немачке – *Grundgesetz*).⁵³

Због тога је Уставни суд Немачке поставио питање Европском суду правде да ли Уговор о оснивању ЕУ дозвољава ЕСЦБ да усвоји програм какав је ОМТ. Уставни суд је сматрао да је ОМТ нелегалан и да је ЕЦБ изашла из оквира својих овлашћења која се односе на вођење монетарне политике и да води економску политику. Поставило се и питање надлежности ЕСЦБ за спровођење овог програма, као и да ли је програм компатибилан са забраном монетарног финансирања. Немачки Уставни суд је био става да ОМТ програм

⁴⁸ Dž. Stiglic, *op.cit.*, 181.

⁴⁹ Court of Justice of the European Union, Press release No 70/15, Judgment in Case C-62/14, Luxembourg 16 June 2015, 1.

⁵⁰ P. De Grauwe, Y. Ji, *The future of the Eurozone...*, 26.

⁵¹ P. De Grauwe, Y. Ji, *Mispricing of Sovereign Risk and Multiple Equilibria in the Eurozone*, CEPS Working Document, No. 361, 2012, 1.

⁵² Зато у кратком року ризик промене девизног курса утиче на веће осцилације распона на тржишту државних обвезница ван монетарне уније (*Ibid.*, 8).

⁵³ P. De Grauwe, Y. Ji, *The future of the Eurozone...*, 26.

води монетарном финансирању, што је забрањено. Поводом тога изнети су многи правни и економски аргументи у образлагању одлука Уставног суда. Судије су се позивале на теорију ефикасних тржишта.⁵⁴

Сходно, теорији ефикасних тржишта,⁵⁵ цене на тржишту увек одражавају све расположиве информације које су релевантне за формирање цена. Такође, и промене цена одражавају промене доступних информација и процену тржишта у складу са промењеним информацијама. Према овој теорији, све релевантне информације које утичу на формирање цена доступне су свим учесницима на тржишту, по минималним трошковима. Дакле, све информације о обвезницама, акцијама и сл., утичу на формирање њихове цене.⁵⁶ Како би одбранио свој став и доказао да је постојећа ситуација одраз стања на тржишту, немачки Уставни суд је навео да је 2012. кредитно тржиште реаговало на дужнике који су постали несолвентни, а то се одразило на цене на финансијском тржишту (у овом случају цене државних обвезница).⁵⁷ То говори и у прилог томе да су сва финансијска тржишта повезана, а кредити су један од кључних фактора повезаности финансијских тржишта јер промене каматне стопе на једном сегменту тржишта утичу на промене каматних стопа на другом сегменту финансијских тржишта.⁵⁸ Уставни суд Немачке је сматрао да ЕЦБ није био потребан ОМТ програм за остваривање њеног основног циља – ценовне стабилности. Сматрао је да су активности ЕСЦБ значиле „арбитрарно мешање у тржишне активности и нису акт монетарне политике, већ фискалне и економске, односно то је монетарно финансирање и зато је противуставно.“⁵⁹ Практично, ЕЦБ је успела преко ОМТ програма да каматне стопе у земљама погођеним кризом сведе на ниво каматне стопе који ЕЦБ жели да одржи у еврозони. Међутим, мора се истаћи да ЕЦБ, као и свака друга централна банка, мора да интервенише када тржиште више не функционише, када постаје неефикасно. Онда она има функцију зајмодавца у последњој инстанци. Према мишљењу Фридмана, Шварца и Бернанкеа, у таквим ситуацијама треба да постоји координација монетарне и фискалне политике, како би се умирило тржиште, обезбедио трансмисиони механизам.⁶⁰

⁵⁴ A. Winkler, *Rescues Violating the German Constitution: The Federal Court Decides on a Theory of Finance*, LSE Financial Markets Group Special Paper Series, Special paper 231, July 2014, 4-5.; P. De Grauwe, Y. Ji, *Disappearing government bond spreads in the eurozone – Back to normal?*, 1.

⁵⁵ Као и када је дошло до финансијске кризе у САД, многи су говорили да је тржиште ефикасно и саморегулишуће, што би значило да ће „невидљива рука тржишта“, после извесног времена, опет обезбедити равнотежу и отклонити настале проблеме.

⁵⁶ P. Rose, M. Marquis, *Finansijske institucije i tržišta*, Irwin, 2011, 59.

⁵⁷ A. Winkler, *op.cit.*, 5.

⁵⁸ Поред кредита, на повезаност финансијских тржишта утичу спекулација и арбитража (P. Rose, M. Marquis, *op.cit.*, 15-17).

⁵⁹ A. Winkler, *op.cit.*, 6

⁶⁰ *Ibid.*, 11.

Како смо претходно истакли, Уставни суд Немачке се у својим ставовима позивао на законитости тржишта, тржишну логику, теорију ефикасних тржишта⁶¹ у оцени мера које је предузела ЕЦБ у време финансијске кризе. Практично, у основи његових ставова је концепција неолибералне економије.⁶² Уставни суд је сматрао да је ЕЦБ на недозвољен начин подстакла тржиште (пробудила га) и омогућила монетарно финансирање. С друге стране, ЕЦБ је независна институција, као и многе друге централне банке које су устројене по немачком моделу централног банкарства. Управо у време кризе, када настану тржишне несавршености и када тржиште само не може да се врати у стање равнотеже, независност централне банке се огледа и у предузимању мера како би тржиште вратила у стање равнотеже. Одговор ЕСП био је да ЕСЦБ има овлашћење за спровођење таквог програма, што произилази пре свега из Уговора о функционисању ЕУ (чл. 119, 123(1), 127(1 и 2)), као и из Статута ЕСЦБ и ЕЦБ (поглавље IV, чл. 17-24). Програм директних монетарних трансакција, тј. директна куповина државних обвезница деноминираних у еврима (тзв. ОМТ програм) не значи да је ЕЦБ прекорачила своја овлашћења у смислу вођења монетарне политике и није у супротности са забраном монетарног финансирања држава чланица.⁶³ ОМТ програм је, заправо, један од instrumenata монетарне политике ЕСЦБ. Иако Уговор о функционисању ЕУ забрањује финансијску помоћ ЕСЦБ државама чланицама, он не искључује могућност ЕСЦБ да купује обвезнице претходно издате од стране државе чланице. Врло је важно нагласити и то да куповина обвезница на секундарном тржишту капитала није исто што и куповина на примарном тржишту капитала. Ипак, ЕСП примећује да би ОМТ програм могао да изазове ефекте као и директна куповина хартија од вредности на примарном тржишту, под условом да су купци обвезница знали да ће те обвезнице касније купити ЕСЦБ од стране јавних тела држава чланица.⁶⁴ ОМТ програм не би смео да служи за изигравање забране монетарног финансирања, већ само да буде у духу вођења здраве буџетске политике.

Међутим, Уставни суд Немачке је сматрао да ОМТ проузрокује инфлацију, односно да то чини ЕЦБ примењујући овакав програм, али и да се

⁶¹ У складу са овом теоријом, распони код државних обвезница ће опадати како се буде смањивао унутрашњи дуг земаља, спољашњи дуг, буџетски дефицит, како буде расла конкурентност привреде и сл., уз примену строгих мера штедње. Мешање ЕЦБ у побољшавање ових параметара кроз ОМТ програм подразумева да се не морају смањивати ови параметри. Постоји и теорија која каже да ће паника и страх допринети расту ових параметара. У таквим околностима нарочито постаје важна улога централне банке (ЕЦБ) да смири тржиште (P. De Grauwe, Y. Ji, *Disappearing government bond spreads in the eurozone – Back to normal?*, 1-2).

⁶² У суштини, неолиберална економија је и довела до кризе у еврозони.

⁶³ Court of Justice of the European Union, Press release No 70/15, Judgment in Case C-62/14, Luxembourg 16 June 2015.

⁶⁴ *Ibid.*, 3.

тако ствара морални хазард.⁶⁵ Треба истаћи да је ОМТ програм само најављен, а не и спроведен у пракси. Дакле, у питању су импулси које је ЕЦБ практично послала тржишним учесницима да ће предузети потребне мере како би умирила тржиште и смањила распоне између каматних стопа на државне обвезнице држава чланица еврозоне.

Због изнетих аргумената, Уставни суд Немачке је позвао да се изврши измена Уговора о функционисању ЕУ и да се појасни када и у ком обиму ЕЦБ може куповати обвезнице држава чланица, када је то мера монетарне политике, а када није.⁶⁶

IV УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Проблеми који настају због кризе у еврозони наводе на размишљање шта учинити како би се ситуација поправила.⁶⁷ Ситуација у еврозони каква је сада не значи да је одржива. Ако би се даље наставило без икаквих реформи структуре еврозоне, то би значило да евро не може опстати. Стручна јавност истиче да проблеми у еврозони нису решени и да заједничку валуту, као и државе које су је прихватиле, очекују кризе и у будућности уколико се не предузму одговарајуће мере. Има више предлога за решење проблема са којима се суочавају државе еврозоне. Неки предлози за решење кризе и враћање изгубљеног поверења у тржиште државних обвезница, потичу од Џ. Стиглица. На пример, он анализира више могућности – укидање евра, формирање два или више валутних подручја уместо једног које постоји данас, излазак Немачке из еврозоне (што би било најјефтиније), увођење тзв. флексибилног евра (који подразумева да се евро задржи у свим државама, с тим да се еври из на пример Грчке, као презадужене државе не могу размењивати за исту количину евра из Немачке)⁶⁸ и сл. У том смислу, предлаже се и увођење система заједничког осигурања депозита (обухватило би све банке у еврозони), заједнички надзор (и заједничке прописе) и процедуру решавања дугова (што чини тзв. банкарску унију).⁶⁹ Дакле, институционалне реформе еврозоне су нужне, што је питање које је важно не само за академски свет, већ и за креаторе политике.⁷⁰

⁶⁵ P. De Grauwe, Y. Ji, *The future of the Eurozone...*, 25

⁶⁶ A. Winkler, *op.cit.*, 17.

⁶⁷ Постојање евра онемогућава да привреде земаља достигну пуну запосленост. Разлог је у томе што у монетарној унији не могу да се користе ниже камате које ће подстаћи инвестиције и нижи курс који треба да подстакне извоз. Могуће је само користити инструменте фискалне политике, као што је смањење пореза (Dž. Stiglic, *op.cit.*, 118).

⁶⁸ *Ibid.*, 55.

⁶⁹ *Ibid.*, 154-155.

⁷⁰ M. Arghyrou, A. Kontonikas, *op.cit.*, 28.

De Grauwe и *Ji* истичу да је решавање проблема дугова у еврозони и кризе у еврозони немогуће без стварања фискалне уније (која би подразумевала консолидовање дугова држава чланица и централизован буџет ЕУ), а затим и политичке уније.⁷¹ За сада не постоји воља за тим, а излазак Велике Британије из ЕУ представља додатни проблем на путу решавања кризе.

Корени кризе су у банкарском сектору, јавним финансијама, као и реалној економији.⁷² Важан узрок проблема је и што она почива на неолибералној економији и тржишном фундаментализму. То је теза која подразумева да су тржишта сама по себи стабилна и ефикасна.⁷³ То и не треба да чуди јер се рад ЕЦБ заснива на принципима тржишне економије, слободној конкуренцији и ефикасној алокацији ресурса.⁷⁴ Међутим, криза је показала, као и много пута до тада, да је неолиберална економија неодржива.

Jasmina Labudović Stanković, LL.D.*

EUROPEAN CENTRAL BANK INSTRUMENTS AND EUROZONE CRISIS

Summary

After a short presentation of the of monetary policy instruments of the European Central Bank, the author speaks about use of outright monetary transactions (OMT program) in the context of resolving the crisis in the Eurozone. Using the OMT program, the Constitutional Court of Germany is characterized in such a way that the ECB go beyond the scope of their powers, and that is not instrument of monetary, but the economic policy of the EU. On the other hand, the author deals with the analysis of the causes of the Eurozone crisis. The author explains that one of the causes of the crisis is the lack of conditions for the formation of a Optimum Currency Area. In addition, the eruption of the crisis have contributed to other factors, such as over-

⁷¹ P. De Grauwe, Y. Ji, *Disappearing government bond spreads in the eurozone – Back to normal?*, 6.

⁷² F. Fichtner, M. Fratzscher, M. Podstawski, D. Ulbricht, *op.cit.*, 3.

⁷³ Dž. Stiglic, *op.cit.*, 50.

⁷⁴ Чл. 127, ст. 1 Уговора о функционисању ЕУ.

* Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac.

indebtedness of the countries, overflow of capital from poor to rich countries, the inability of the euro to facilitate adjustment to asymmetric shocks (changes that affect a country different from the other country), but also concept of neoliberal economy.

Key words: *monetary policy instruments, OMT program, monetary policy, the European Central Bank, Eurozone crisis*

Др Драган Златовић*
Мр Маја Билић**

УДК: 347.772:681.324.004.14

КОЛИЗИЈА ИЗМЕЂУ ОЗНАКА ЗЕМЉОПИСНОГ ПОДРИЈЕТЛА И НАЗИВА ИНТЕРНЕТСКИХ ДОМЕНА КРОЗ АНАЛИЗУ ОДЛУКЕ ИНТЕРНЕТСКЕ КОРПОРАЦИЈЕ ЗА ДОДЈЕЛУ ИМЕНА И БРОЈЕВА (ICANN) О УВОЂЕЊУ НОВИХ ГЕНЕРИЧКИХ ВРШНИХ ДОМЕНА „WINE“ И „VIN“

Ознаке земљописног подријетла као један од облика ознака подријетла (уз ознаке изворности и ознаке традиционалног угледа) у систематизи права интелектуалног власништва, уз жигове, индустријски дизајн те у ширем одређењу и називе интернетских домена, спадају у категорију знакова разликовања. Различити правни сустви познају различита, у правилу три основна концепта, заштите таквих ознака. Ознаке земљописног подријетла због све динамичнијих кретања на тржишту, све чешће долазе у колизију с другим правима интелектуалног, односно индустријског власништва, примјерице с називима интернетских домена. Аутори у овом раду анализирају примјере таквих колизија и то кроз одлуке Интернетске корпорације за додјелу имена и бројева и Свјетске организације за интелектуално власништво.

Кључне ријечи: *ознаке подријетла, ознаке земљописног подријетла, ознаке изворности, назив интернетске домene, ICANN, „wine“ и „vin“ домene, UDRP правила, „champagne.com“ домene*

I ОЗНАКЕ ЗЕМЉОПИСНОГ ПОДРИЈЕТЛА

Ознака подријетла производа појмовно је сваки податак на самом производу или на његовој вањској опреми који показује из којег уже или шире дефинираног краја тај производ потјече.¹

Назив подријетла одређен је називом земље, регије или специфичног мјеста и означава да тај производ потјече управо из тих подручја, да има посебну каквоћу, која се искључиво и у бити односи на то земљописно подручје, другим ријечима, која је одређена људским и/или природним чимбеницима. Ознаке подријетла које се могу правно штитити указују на

*Проф. в. ш., прочелник Управног студија Велеучилишта у Шибенику

**Виши аналитичар, Одјел за правне послове, Хрватска агенција за мало господарство, иновације и инвестиције.

¹A. Verona, *Pravo industrijskog vlasništva*, Zagreb, 1978, 192.

квалитативну везу производа и подручја производње.² Вриједност ознаке подријетла почива на свијести и увјерењу потрошача како су производи означени ознаком подријетла производи с посебним квалитативним својствима, чиме ознака подријетла има и јамствену функцију.³

Ознаке подријетла једна су од врста индустријског власништва, те заједно с робним и услужним жиговима, индустријским дизајном (раније моделима и узорцима – *op.aut.*), чине према одредбама посебних закона у подручју индустријског власништва знакове разликовања.

Ознаке подријетла су: ознака земљописног подријетла, ознака изворности и ознака традиционалног угледа. Правна заштита ознаке изворности као интелектуалног власништва остварује се провођењем одговарајућег поступка регистрације ознаке коју проводи за то надлежно тијело, односно у управним, грађанскоправним и казеноправним поступцима.⁴ Једном регистрирану

²К. Идрис, *Интелектуална својина – моћно средство економског раста*, Завод за интелектуалну својину & Балкан Култ, Београд, 2003, 150.

³Цит. I.M. Auby, R., Plaisant, *Le droit des appellations d'origine*, Paris, 1974, 49 према В. Бесаровић, *Право индустријске својине и ауторско право*, НИО Пословна политика, Београд, 1984,87.

⁴Према одредби чл. 289 ст. 2 Казненог закона („Народне новине“, бр. 125/11, 144/12 и 56/15, даље: КЗ) казнено дјело повреде регистриране ознаке подријетла чини онај тко противно прописима раби ознаку изворности, ознаку земљописног подријетла производа и услуга или ознаку традиционалног угледа пољопривредних и прехранбених производа и на тај начин прибави знатну имовинску корист или проузрочи знатну штету, те ће се казнити казном затвора до три године. Ради се о казненом дјелу с бланкетном диспозицијом. Починитељ казненог дјела може бити било која особа (*delictum communium*). Облик кривње је намјера (*dolus*), која обухваћа и ступањ имовинске користи и/или проузрочење штете. Предмети који су били намијењени или употребљени за почињење овог казненог дјела (*instrumenta sceleris*) ће се одузети, а предмети који су настали почињењем овог казненог дјела (*producta sceleris*) ће се одузети и уништити, осим ако суд одлучи да ће се употребљена ознака учинити нераспознатљивом, а предмети који су настали почињењем дјела употребити у хуманитарне сврхе. Детаљније Š. Pavlović, *Kazneni zakon*, Libertin naklada, Rijeka, 2012, 619. Према одредби чл. 290 КЗ-а на захтјев оштећеника када овај за то има оправдани интерес, пресуда за ово казнено дјело ће се јавно објавити о трошку починитеља, а начин објављивања одређује се пресудом, чиме се превентивно утјече на потенцијалне починитеље и подиже укупна разина свијести о важности заштите права интелектуалног власништва. Цит. R. Matanovac, *Utjecaj Direktive 2004/48/EC o provedbi prava intelektualnog vlasništva na hrvatski autorsko-pravni poredak*, Zbornik Hrvatskog društva za autorsko право, Zagreb, 2005, 48. Уз ове модалитете заштите упућујемо и на још један начин заштите предвиђен у одредби чл. 63 и 64 ст. 1 ал. 4 Закона о трговини („Народне новине“, бр. 87/08, 96/08, 116/08, 76/09, 114/11, 68/13 и 30/14; даље: ЗОТ) према којима се радњом непоштеног трговања (нелојалне утакмице, нелојалне конкуренције) којом се ради тржишног натјечања поврјеђују добри трговачки обичаји, сматра и именовани случај продаје робе с ознакама или подацима или изгледом који стварају или би могли створити забуну гледе извора, начина производње, количине,

ознаку изворности могу заједнички користити сви произвођачи из назначеног подручја, који задовољавају прописане увјете. У правилу се захтијева и регистрација корисника ознаке код одговарајућег надлежног тијела.

У бројним међународним правним изворима уређена је правна заштита ознака земљописног подријетла и ознака изворности производа. Ознаке изворности предмет су заштите индустријског власништва и према одредбама Паришке конвенције за заштиту права индустријског власништва (чл. 1, точка 2). и Споразума о трговинским аспектима права интелектуалног власништва (чл. 22).

Већ у Паришкој конвенцији за заштиту индустријског власништва из 1883. предметом заштите индустријског власништва одређују се ознаке подријетла или ознаке изворности, уз патенте, корисне моделе, индустријски дизајн, робне и услужне жигове, трговачка имена те сузбијање непоштене утакмице (чл. 1 ст. 2 Паришке конвенције).

Надаље, у Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалног власништва – *TRIPS* из 1994. посебно се уређује заштита земљописних ознака, која с обзиром на широко значење овдје употребљеног појма укључује и ознаке изворности. Тако се одредбом чл. 22 *TRIPS*-а земљописне ознаке дефинирају као ознаке које идентифицирају робу подријетлом са територија чланице, или регије или мјеста на том територију, гдје је одређена каквоћа, репутација или друга карактеристика робе битно повезана с њеним земљописним подријетлом. *TRIPS* обвезује државе чланице, укључујући Републику Хрватску, да пружи и правна средства заинтересираним странкама ради спрјечавања: а) употребе у било којем смислу у одређивању или представљању робе која би назначила или сугерирала да дотична роба потјече из земљописног подручја које није стварно мјесто подријетла на начин којим се завања јавност гледе њеног земљописног подријетла; б) било која употреба која је акт непоштеног тржишног натјечања у смислу чланка 10бис Паришке конвенције, и то против земљописне ознаке која би, премда дословно вјеродостојна гледе територија, регије или мјеста из којег потјече роба, ипак у јавности могла створити погрешан дојам да роба потјече с другог територија.⁵

Учинковитија и прецизнија заштита управо ознака изворности производа и услуга уређена је у Лисабонском споразуму за заштиту ознака подријетла и њихову међународну регистрацију из 1958. г., према којему се ознаке

каквоће или других особина робе, која радња нелојалне утакмице је *ex lege* забрањена и због које се може тражити судска заштита ради накнаде штете позивом на одредбу чл. 65 ЗОТ-а. Детаљније D. Zlatović, *Posebne radnje nelojalne konkurencije*, Hrvatska pravna revija, god. XIII., br. 5, 2013, 23-32.

⁵ Детаљније о међународним уговорима који се односе на ознаке изворности код A. Rački Marinković, A. Cvetić, *Novela Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga iz 2007.godine*, u MATANOVAC, R. (op.red.) i dr., *Prilagodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, Državni zavod za intelektualno vlasništvo i Narodne novine, Zagreb, 2007, 212-213.

изворности регистрирају код Међународног уреда *WIPO*-а у Женеви, на захтјев државе чланице у име физичке или правне особе која, у складу с националним законодавством, има право користити такву ознаку, те се државе чланице обвезују штитити међународно регистрирану ознаку изворности све док је иста заштићена у држави подријетла.⁶

За разлику од осталих облика интелектуалног власништва као што су патент, жиг и индустријски дизајн, национални сустави права који регулирају ово подручја могу се знатно разликовати од државе до државе и имају различиту правну традицију.⁷

У правилу разликујемо три основна концепта заштите таквих ознака подријетла: кроз постојећи сустав заштите жигова, односно кроз заштиту колективних и јамствених жигова (нпр. у САД-у), посебним прописима којима се штите поједине квалифициране ознаке земљописног подријетла (нпр. у Мексику) и кроз сустав заштите ознака земљописног подријетла као *sui generis* права, какав приступ је заступљен на разини Еуропске уније и у Републици Хрватској.⁸

⁶ Република Хрватска није чланица овог Споразума. За разлоге види *ibid.*, 214. Детаљније о Лисабонском споразуму код К. Дамјановић, В. Марић, *Интелектуална својина*, треће издање, Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2009, 293. Лисабонским споразумом ознаке земљописног подријетла биле су искључене из сустава међународне регистрације. Овај Лисабонски споразум задњи пут је ревидиран 2015. године усвајањем Женевског акта Лисабонског споразума (Geneva Act of the Lisbon Agreement on Appellations of Origin and Geographical Indications од 20. свибња 2015.), који ће ступити на снагу кад га ратифицира пер држава чланица Лисабонског уговора. Овом ревизијом, између осталог, омогућена заштита и ознака земљописног подријетла кроз сустав међународне регистрације, што је изазвало противљење САД-а. такођер, Женевским актом омогућено је да Лисабонском споразуму приступе и међународне организације, укључујући Еуропску унију, чиме се омогућава заштита ознака изворности и ознака земљописног подријетла регистрираних на разини Еуропске уније у другим државама чланицама Лисабонског споразума. Цит. А. Раčki Маринковић, *Osnovna obilježja i opseg zaštite oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 65, br.5, 2015, 672. Република Хрватска није чланица нити Мадридског споразума о сузбијању лажних и пријеварних ознака подријетла на производима из 1891.

⁷ Ознаке изворности производа имају дугу традицију, тако да је примјерице ознака *Appellation d'origine contrôlée*, која одговара ознаци изворности, уведена у Француској још 1919., а потпуно је имплементирана 1965. Тако С. Mariojouis, С. R. Wessells, *Certification and quality Signal sin the Aquaculture Sector in France*, Marine resource Economics, 17, 2002, 176. Цит. Према М. Југ –Дујаковић, А. Gavrilović, Ј. Југ-Дујаковић, *Могући облици заштите и идентификације малостонске каменце на тржишту*, *Naše more*, 55, 2008, 5-6, 263.

⁸ Цит. А. Раčki Маринковић, *Usporedba oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova s obzirom na pojmovna određenja i međunarodno prihvaćene standarde zaštite*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 31, 1, 2013, 194.

Драган Златовић, Маја Билић, Колизија између ознака земљописног подријетла и назива интернетских домена ... (стр. 53-68)

На производима се ознака изворности често користити уз знак или логотип произвођача (који може бити заштићен жигом), како би се истовремено нагласио индивидуални карактер и заједничка особина припадности производа.

За разлику од еуропског састава заштите који уређује искључиво заштићене ознаке подријетла за пољопривредне и прехранбене производе, заштита ознака изворности, као уосталом и других ознака подријетла, могућа је за све производе и услуге у Републици Хрватској.⁹

Поступке за заштиту ознака изворности за одређене категорије производа и то пољопривредне и прехранбене производе (храну) проводи Министарство пољопривреде у складу са Законом о пољопривреди („Народне новине“, бр. 30/15; даље: ЗОП).¹⁰ Дакле, категорије производа за које можемо регистrirати

⁹*Ibid*, 208.-209.

¹⁰ Раније је ова материја била уређена Законом о заштићеним ознакама изворности, заштићеним ознакама земљописног подријетла и зајамчено традиционалним специјалитетима пољопривредних и прехранбених производа („Народне новине“, број 80/13, 14/14) те Правилником о националном знаку заштићене ознаке изворности, заштићене ознаке земљописног подријетла и зајамченог традиционалног специјалитета пољопривредних и прехранбених производа („Народне новине“, број 69/14). Правну стечевину Еуропске уније (*acquis communautaire*) овом подручју чине Уредба (ЕУ) бр. 1151/2012 о саставима квалитете за пољопривредне и прехранбене производе (ОЈ Л 343, 14. 12. 2012.), Уредба бр. 1308/2013 од 17.12.2013. о успостављању заједничке организације тржишта пољопривредних и прехранбених производа, Делегирана Уредба Комисије (ЕУ) бр. 664/2014 од 18. просинца 2013. о допуни Уредбе (ЕУ) бр. 1151/2012 Еуропског парламента и Вијећа с обзиром на утврђивање симбола Уније за заштићене ознаке изворности, заштићене ознаке земљописног подријетла и зајамчено традиционалне специјалитете и с обзиром на одређена правила о подријетлу, одређена правила поступка и одређена додатна пријелазна правила, Делегирана Уредба Комисије (ЕУ) бр. 665/2014 од 11. ожујка 2014. о допуни Уредбе (ЕУ) бр. 1151/2012 Еуропског парламента и Вијећа у погледу увјета употребе необавезне ознаке квалитете “планински производ”, те Проведбена Уредба Комисије (ЕУ) бр. 668/2014 од 13. септембра 2014. о утврђивању правила за примјену Уредбе (ЕУ) бр. 1151/2012 Еуропског парламента и Вијећа о саставима квалитете за пољопривредне и прехранбене производе. Прије ступања на снагу Уредбе 1151/2012, ознаке земљописног подријетла су биле регулиране Уредбом 510/2006, а зајамчено традиционални специјалитети Уредбом 509/2006. Детаљније о ранијем уређењу код С. Amirez, *Der Schutz von geographischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel nach der Verordnung (EG) Nr. 510/2006*, Köln, 2007, 299. Након што је назив заштићен у Републици Хрватској суkladно одредбама Уредбе (ЕУ) бр. 1151/2012, овога Закона и проведених прописа донесених на темељу њега, Министарство пољопривреде доставља Еуропској комисији документацију потребну за регистрацију ознаке на разини Еуропске уније. Министарство пољопривреде на интернетским страницама објављује спецификације производа на темељу којих је Еуропска комисија донијела позитивну одлуку о регистрацији ознаке. Детаљније о поступку при Министарству пољопривреде у “Vodič za registraciju oznaka izvornosti i oznaka zemljopisnog podrijetla poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda u Republici Hrvatskoj,

и заштитити ознаку земљописног подријетла односно ознаку изворности код Министарства пољопривреде, уз вина и јака алкохолна пића укључују и пољопривредне производе за људску прехрану (месо и изнутрице, месни приправци и производи од меса, сиреви, јаја, мед, остали млијечни производи, масти, маслац, маргарин, уља, воће и поврће, житарице и производи, рибе, шкољкаши, ракови и њихови производи, зачини, вински оцат), прехранбене производе (пиво, напаци добивени од биљних екстраката, крух, пециво, колачи, сластице и други пекарски производи, тјестенина, сенф, сол) те пољопривредне производе (сијено, есенцијална уља, цвијеће и украсно биље, вуна, памук).¹¹

За остале категорије производа и услуга¹² ова је материја уређена Законом о ознакама земљописног подријетла и ознакама изворности производа и услуга („Народне новине”, број 173/03, 186/03, 76/07 и 49/11; даље: ЗОЗПОИПУ) и Правилником о ознакама земљописног подријетла и ознакама изворности производа и услуга („Народне новине”, број 72/04, 117/07, 66/11), а сам поступак за заштиту ових ознака изворности проводи Државни завод за интелектуално власништво Републике Хрватске.¹³ Еуропски парламент утврдио је 2015. године Приједлог Резолуције о могућем проширењу заштите ознаке земљописног подријетла Еуропске уније на непољопривредне производе којом се предвиђа подношење законодавног приједлога у циљу успоставе јединственог еуропског састава за заштиту ознака земљописног подријетла непољопривредних производа како би се у потпуности искористили економски учинци заштите препознатљивости и квалитете тих производа, потрошачима

Ministarstvo poljoprivrede u suradnji s GIZ – Njemačko društvo za međunarodnu suradnju, Zagreb, 2012, 19. О ранијој правној стечевини гледе заштите прехранбених и пољопривредних производа детаљније код D. Vincek, B. Ljubišić, *Institucionalni okvir za zaštitu prehrambenih i poljoprivrednih proizvoda posebnih svojstava u kontekstu pristupanja Republike Hrvatske Europskoj uniji*, Правни вјесник, год. 25, бр. 3-4, 2009, 219. О правној заштити непрехранбених производа ознакама земљописног подријетла на разини Еуропске уније тек се води иницијална расправа.

¹¹ „Registracija i zaštita naziva hrvatskih autohtonih proizvoda – minivodič za poslovnu zajednicu“, Министарство пољопривреде, Загреб, на http://www.bizimpact.hr/download/documents/read/registracija-i-zastita-naziva-hrvatskih-autohtonih-proivoda_115 (13.04.2015.), 18.

¹² За разлику од претежитог броја правних састава, у Републици Хрватској, као и у малом броју других држава (нпр. Азербајџан, Бахреин, Сингапур и Света Луција), ознакама изворности могуће је заштитити не само производе, него и услуге. Цит. А. Раčki Marinković, *op.cit.*, 210 могуће је заштити еуропског састава заштите

¹³ А. Раčki Marinković, А. Cvetić, *Novela Zakona o oznakama zemljopisnog podrijetla i oznakama izvornosti proizvoda i usluga iz 2007.godine*, у MATANOVAC, R. (op.red.), *Prilogodba hrvatskog prava intelektualnog vlasništva europskom pravu*, DZIV i Narodne novine, Zagreb, 2007, 212. Напомињемо како у овом подручју не постоји еуропска правна стечевина, иако постоје иницијативе да се на разини Еуропске уније уведу ознаке изворности и за непољопривредне производе.

пружиле поуздане информације о мјесту и методи производње те сачували знање и радна мјеста повезани с тим производима, као учинковито допринијети борби против кривотворења, злоупотребе ознака земљописног подријетла и других непоштених пракси које доводе крајњег потрошача у заблуду и које су особито штетне за микропозузећа те мала и средња позузећа.¹⁴

Ознака изворности (*Protected Designation of Origin – PDO*) је назив подручја, одређеног мјеста или, у посебним случајевима, земље који се раби за означавање производа или услуга који потјечу из тог подручја, одређеног мјеста или те земље и чија је каквоћа или чија су својства битно или искључиво настала под утјецајем посебних природних и људских чимбеника одређене земљописне средине и њезина се производња, прерада и припрема у цијелости одвија у том земљописном подручју.¹⁵ Ознаком изворности сматра се и назив који није административни земљописни назив одређене земље, регије или мјеста, а који је дуготрајном упорабом у господарском промету постао опћепознат као назив производа који потјече из тог подручја, ако испуњава прописане увјете (чл. 3 ЗОЗПОИПУ).

За разлику од ознака изворности, ознаком земљописног подријетла (*Protected Geographical Indication – PGI*) штити се назив регије, одређеног мјеста или, у посебним случајевима, земље који се раби за означавање производа или услуга који потјечу из те регије, мјеста или земље те који имају одређену каквоћу, углед или друго својство што се приписује том земљописном подријетлу и чија се производња и/или обрада и/или припрема одвија у одређеном земљописном подручју. Ознака земљописног подријетла је и нека друга ознака којом се означава производ или услуга који потјечу с одређеног земљописног подручја, ако испуњава наведене увјете (чл. 2 ЗОЗПОИПУ).

¹⁴ Види Извјешће од 22.9.2015. на мрежним страницама

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0259+0+DOC+PDF+V0//HR>

¹⁵ Примјер за ознаку изворности је *Oli del Baix Ebre -Montesià*, екстра дјевичанско маслиново уље добивено од аутохтоних врста маслина из дефинираног подручја у Шпањолској. Састав и својства тла, посебице мањак храњивих твари те клима која превладава у том подручју представљају одређени стрес за стабла маслина, услијед чега се повећава удио полифенола у плодовима из којих се добива карактеристично маслиново уље богато секундарним „зеленим аромама“ и средње горког укуса, који је пикантан и трпак. Подручје у којем се производи и пуни маслиново уље истовјетно је подручју у којем се производе маслине. Подручје производње обухвата административне округе Baix Ebre и Montesià, који се налазе у провинцији Таррагона на југу Каталоније (Comunidad Autónoma de Cataluña), а граничи непосредно с административним окрузима Baix Maestrat (провинција Castellón) и Mataraña (провинција Teruel). Цит. према Vodič за registraciju oznaka izvornosti i oznaka zemljopisnog podrijetla poljoprivrednih i prehrambenih proizvoda u Republici Hrvatskoj, Ministarstvo poljoprivrede i GIZ, Zagreb, 2012, 11.

Уз ознаку земљописног подријетла и ознаку изворности трећи облик заштите се односи на ознаку традиционалног угледа или зајамчено традиционални специјалитет (*Traditional Speciality Guaranteed – TSG*). Традиционални земљописни или неземљописни називи који се рабе за означавање производа или услуге који потјечу из неке регије или из некога одређеног мјеста могу се регистrirати као ознаке изворности, ако тај производ или услуга удовољава законским увјетима.

Производ се изнимно може штитити ознаком изворности ако ознака има доказано традиционално обиљежје, изнимну репутацију и добро је позната и када сировине за производњу тог производа потјечу с подручја ширег или различитог од подручја прераде, под увјетом да је подручје производње сировина ограничено, да постоје посебни увјети за производњу сировина те да постоји сустав инспекцијске контроле којим се осигурава надзор испуњења посебних увјета.

Ознаке земљописног подријетла у систематизи права интелектуалног, односно индустријског власништва спадају у категорију знакова разликовања, уз жигове, индустријски дизајн те у ширем одређењу и називе интернетских домена. По природи ствари темељна функција ових знакова је разликoвна (дистинктивна) функција, која сугерира потрошачу извор производа, односно услуге и помаже искључивању могућности забуне на тржишту у *fair* увјетима трговања. Често ови знакови могу доћи у колизију, што се посебице односи на однос жигова и ознака земљописног подријетла, те однос жигова и назива интернетских домена.¹⁶ У наставку рада анализираћемо могуће колизије између ознака земљописног подријетла и назива интернетских домена у свјетлу праксе алтернативних начина рјешавања спорова (енгл. *Alternative Dispute Resolution – ADR*).

II ПРАВНА ЗАШТИТА НАЗИВА ИНТЕРНЕТСКИХ ДОМЕНА

Мнемонички облик Интернет домене (*Internet Domain Name*) је нематеријално добро које има функцију означити мјесто у виртуалном кибернетичком простору на којем се налази одређени информатички садржај на Интернету. Функција адресе у виртуалном простору у непосредној је свези са функцијом информатичког садржаја на тој адреси. Мнемонички облик Интернет домене претежно овиси о диспозицији, односно избору конкретног субјекта.¹⁷

Не постоји јединствени свјетски регистрацијски поступак нити јединствени орган за одлучивање него је успостављена хоризонтална и

¹⁶ А. Раčki Marinković, *Osnovna obilježja i opseg zaštite oznaka zemljopisnog podrijetla i žigova*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 65, 5, 2015, 686.

¹⁷ Детаљније код С. Марковић, *Интернет адресе у светлу жиговог права и права сузбијања нелојалне конкуренције*, Право и привреда, бр. 5-8/2000, 634.

вертикална подјела послова код признавања назива Интернет адреса. При томе орган који одлучује води рачуна да се не могу појавити двије исте Интернета дресе, с тиме да право на назив се стјече по праву првенства пријаве (тзв. „*firstcome, firstserved*“).¹⁸

Ако се наведени садржај односи на одређени производ или услугу, Интернет адреса има обиљежје трговачког знака, те у том случају може доћи до повреда ранијег жига или твртке друге особе, односно до колизии ранијег жига и назива домене јер оваква кохабитација није могућа. Ова колизии рјешава се сукладном примјеном опћих правила жиговног права те забране и сузбијања нелојалне конкуренције.¹⁹ С обзиром да јединствени виртуални кибернетички простор не познаје територијално начело и државне границе, долази до несугласја с начелом територијалности као једним од темељних начела жиговног права, односно с чињеницом да се дјело нелојалне конкуренције утврђује у свакој држави на темељу националног права те државе. У конкретним ситуацијама може доћи до изазивања забуне на тржишту, односно до разводњавања туђег чувеног жига.²⁰

Честе су појаве и тзв. *cybersquatting*-а, као новог модалитета повреде жига на Интернету. *Cybersquatting* постоји, када особа, која регистрира назив домене, који садржи жиг, то чини у лошој вјери с намјером остварења профита од тог

¹⁸D. Kitchin et al., *Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names*, London, 2005, 723.

¹⁹ Регистрација вршне домене која у свом називу садржава жигове, односно заштићене знакове те промовирање производа на тој интернетској старници кроз познатост и углед тих жигова, представљају повреду права која произлазе из жига. Види одлуку Виског трговачког суда РХ, бр. Пж-1788/09, од 9.5.2009., објављену у „*Informator*“, Zagreb, br. 6142., од 16.1.2013.

²⁰ Види D. Zlatović, *Pravo intelektualnog vlasništva u suvremenom digitalnom okruženju*, Centar za management i savjetovanje, Zagreb, 2009, 83.; M. Vukmir, *Panorama prava intelektualnog vlasništva i naznake njihovih osobina*, *Informator*, broj 5253/5254, 2007, 8. Тако се у Великој Британији могу подносити тужбе због повреде угледа жига (тзв. *passing off*), дакле тужбе ради спрјечавања нелојалне конкуренције и тужбе због повреде жига, дакле тужбе из подручја жиговне заштите, у случају регистрације имена интернетских домена које садрже нечији жиг. О томе види код D. Kitchin et al., *op.cit.*, 727.-728, пренесено из A. Rački Marinković, *Arbitražno rješavanje sporova iz područja žigova*, *Pravo u gospodarstvu*, Zagreb, br. 4/12, 1026. и даље. Тако је британски Court of Appeal у предмету *British Telecommunications plc and others v. One in a Million Ltd* [1999] FSR 1 (Court of Appeal, Civil Division, 23.7.1998) заузео стајалиште како је недозвољено и штетно регистrirати називе домена којима се искориштава особити карактер и углед жигова, те да продаја назива домене која је збуњујуће слична регистrirаном жигу представља повреду регистrirаног жига. Суд је према тзв. *One in a Million* доктрини омогућио заштиту регистrirаних права како темељем заштите од нелојалне конкуренције, тако и темељем заштите од повреде права. V. J.P. Hutchinson, *Can Trade Mark Protection Respond to the International Threat of Cybersquatting?*, *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)*, 2001 (1) *доступно на* <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/01-1/hutchinson.html> (преузето 11.12.2014.).

жига и када регистrira, неовлаштено тргује или користи назив домене, било у изворној или у разводњеној форми.²¹

Дакле, код *Cybersquatting* ради се о појави када одређена особа регистrira назив домене који у себи садржи туђи жиг, у намјери да га прода носитељу тог жига, који је закаснио у регистрацији таквог назива домене у своје име. *Cybersquatting* је регистрација, у спекулативном циљу, имена Интернет домене који садржи идентично или слично пренесен жиг или други знак разликовања заштићен од стране других носитеља, од стране особе која нема никакво право над неким жигом или другим знаком разликовања. До овакве недопуштене регистрације назива Интернет домене долази ради циљане касније продаје имена домене титулару права интелектуалног власништва над тим знаком, ради спрјечавања титулара права интелектуалног власништва да користи тај жиг као назив Интернет домене или у циљу употребе препознатљивости знака ради привлачења корисника Интернета на странице (*web site*) починитеља повреде.

Тренутно се уједначавају правила за разрјешавање оваквих спорова, посебице уз помоћ докумената *Uniform Domainname Dispute Resolution Policy (UDRPPolicy)*, *Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRPRules)* и *Supplemental Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, који су донесени од стране WIPO-а.²² Овај поступак може се покренути само у случају регистрације и употребе назива интернет домене *mala fides*²³, међутим уз овакве арбитражне поступке могуће је у случају колизије назива Интернет домене и туђега жига водити судске поступке сукладно жиговном праву и праву сузбијања нелојалне конкуренције, о чему свједочи богата француска и америчка јудикатура у овим случајевима.²⁴

У доктрини овај се поступак одређује као арбитражни поступак, иако он то није јер се ради о посебном административном моделу рјешавања спорова, који је битно различит од арбитражног поступка, посебице стога што се ради о присилном поступку, односно што се извршење одлуке донесене у том

²¹I.R. Mešević, *Cybersquatting – novi oblik povrede prava žiga*, Godišnjak Pravno fakulteta u Sarajevu, XLVI – 2003, 373.

²²Д. Поповић, *Имена Интернет домена и право интелектуалне својине*, Институт за упоредно право, Београд, 2005, 61; М. Vukmir, *Arbitraža o nazivima Internet domena pri Svjetskoj organizaciji za intelektualno vlasništvo (WIPO) i drugim ovlaštenim organizacijama*, Osmi hrvatski arbitražni dani "Arbitraža i nove tehnologije", Zagreb, 2000, gl.1.; М. Repas, *op.cit.*, 276; М. Јурић, *Рјешавање спорова о именима интернетских домена примјеном Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 59, 2009, br. 2-3,424; П. Тијанић, *Интернет адресе у правном односу жиговног права и права сузбијања нелојалне конкуренције*, Зборник радова „Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању“, Крагујевац, 2012, 140.

²³В. Korže, *Alternativno rješavanje sporova vezanih uz domene*, Pravo u gospodarstvu, 1/2006, 93.

²⁴Д. Поповић, *op.cit.*, 56.-60; С. Марковић, *op.cit.*, 639.

Драган Златовић, Маја Билић, Колизија између ознака земљописног подријетла и назива интернетских домена ... (стр. 53-68)

поступку може анулирати покретањем судском поступка у којем ће се такав спор поновно рјешавати.²⁵

ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* - организација која управља суставом имена интернетских домена) од почетка 2013. године омогућава креирање нових генеричких вршних домена (*Generic Top-Level Domain*, скраћено: *gTLD*) чији број је до сада био ограничен. Паралелно, створени су механизми којима се носитељи вербалних жигова могу превентивно обранити од потенцијалних повреда права из жига путем Интернета, до којих ће доћи услјед споменуте експанзије генеричких вршних домена. База података под називом „*Trademark Clearinghouse*“ осмишљена је као база у коју носитељи вербалних жигова могу уписати своје заштићене жигова чиме ће стећи право на ефикаснију заштиту вербалног жига у односу на генеричке вршне домене идентичног назива. Носитељу жига који је уписан у бази података „*Clearinghouse*“ даје се прилика да у раздобљу од најмање 30 дана прије јавне доступности нове генеричке вршне домене свој жиг регистрира као домену. Важећа *Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP)* се примјењује и на нове *gTLD*-е.²⁶

III КОЛИЗИЈА ИЗМЕЂУ ОЗНАКА ЗЕМЉОПИСНОГ ПОДРИЈЕТЛА И НАЗИВА ИНТЕРНЕТСКИХ ДОМЕНА

Интернетска корпорација за додјелу имена и бројева (енгл. *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, у даљњем тексту: *ICANN*)²⁷, тијело надлежно и одговорно за управљање суставима имена интернетских домена, дана 17. студеног 2015. је проширила постојећи доменски простор уводећи на тржиште домена нове генеричке вршне интернетске домене (енгл. *Top Level Domains*, - *gTLDs*) назива „*wine*“ и „*vin*“. Но сам поступак увођења тих домена у доменски простор био је обиљежен бројним сукобима о чему ће бити ријечи у наставку овог рада.

Наиме, у липњу 2013. три различита субјекта - *Afilias Limited*, *Donuts, Inc.*, *Famous Four Media Limited* и *Donuts* (путем своје подружнице *June Station, LLC*) су поднијела захтјев за додјелу назива нових генеричких вршних интернетских домена „*wine*“, односно „*vin*“, а што је изазвало снажна противљења прије свега, еуропских представника винарске и виноградарске индустрије.

²⁵ Усп. Т.С. Jehoram, С. van Nispen, Т. Huydecoper, *European Trademark Law: Community Trademark Law and harmonized National Trademark Law*, Alphen aan den Rijn, 2010, 334; А. Раčki Маринковић, *op.cit.*, 1056-1057.

²⁶ Сличне одредбе онима у *UDRP* Правилима налазимо и у Правилнику о устројству и управљању вршном националном интернетском доменом („Народне новине“, 38/10) који регулира правила и поступак везан за спорове о именима домена пред *CARnet*-ом који у Републици Хрватској управља националном вршном доменом.

²⁷ <https://www.icann.org/>

Противници увођења таквих слободних генеричких вршних интернетских домена предвођени Француском, Италијом, Шпањолском, Уједињеним Краљевством Велике Британије и Сјеверне Ирске и представницима преко двије тисуће произвођача вина из САД-а²⁸ сматрали су да би увођење предметних домена у доменски простор омогућило свакој приватној особи, субјекту или организацији да их комбинира с доменама друге разине чиме би настала опасност да просјечни потрошач погрешно предметне домене доведе у везу с ознакама земљописног подријетла заштићеним у Еуропској унији. На тај начин би, како су истицали противници увођења ових домена, на тржиште могли бити пласирани вински производи који не поштују важеће прописе о комерцијализацији производа, укључујући заштиту ознаке изворности или ознака земљописног подријетла.

Поред наведеног и Савјетодавни одбор Влада ICANN-а као међувладино тијело састављено од представника националних влада и међународних организација (енгл. *Governmental Advisory Committee*; у даљњем тексту: *GAC*) био је такођер подијељен око питања увођења предметних домена и потенцијалне повреде ознака земљописног подријетла и то између Владе САД-а и Аустралије с једне стране и Еуропске уније заједно с још неколико држава, с друге стране. Тијеком ове дебате, представници винарске индустрије у Еуропи и САД-у су опетовано указивали на опасност од кривотворења и неовлаштене и злонамјерне регистрације интернетских домена (тзв. *cybersquatting*)²⁹, као и од настанка штете за ознаке земљописног подријетла вина приликом регистрације спорних назива домена *„wine“* и *„vin“*.

Уважавајући забринутост заинтересираних субјеката, ICANN-ов Одбор за програм нових домена (енгл. *New gTLD Program Committee*; у даљњем тексту: *NGPC*) тражио је да правно комплексну и политички осјетљиву позадину апела *GAC*-а који се односи на домене *„wine“* и *„vin“* размотри независни правни стручњак, а што је резултирало правним мишљењем француског професора са

²⁸ Произвођачи вина из САД-а који су се придружили представницима винске и виноградарске индустрије из Еуропске Уније укључују представнике укупно осам виноградарских регија и то: „Oregon Winegrowers Association“ (545 винарија), Napa Valley Vintners (500 винарија), „Sonoma County Vintners“ (230 винарија), „Willamette Valley Wineries Association“ (200 винарија), „Paso Robles Wine Country Alliance“ (160 винарија), „Santa Barbara County Vintners' Association“ (150 винарија), „Walla Walla Wine Alliance“ (75 винарија) и „Long Island Wine Council“ (48 винарија).

²⁹ T. Katulić, *Open InfoTrend Prvi hrvatski časopis za informatiku u poslovanju: ICT i sudska praksa- Cybersquatting*. Zagreb. TELEDOM d.o.o. za telekomunikacijski i informatički konzalting. Доступно на: <http://www.infotrend.hr/clanak/2012/6/cybersquatting,74,940.html>. Под појмом „Cybersquatting“ подразумијева се злонамјерно заузимање доменскога имена које на основи регистрираног робног знака (жига) или имена твртке припада неком другом подuzeћу или другом пословном субјекту. Детаљније код D. Dragičević, *Pravna informatika i pravo informacijskih tehnologija*, Narodne novine, Zagreb, 2015, 266 и D. Zlatović, *Žigovno pravo*, Vizura, Zagreb, 2008, 914.

Драган Златовић, Маја Билић, Колизија између ознака земљописног
подријетла и назива интернетских домена ... (стр. 53-68)

Свеучилишта *Pantheon-Assas* у Паризу, проф. *Jerome Passa*³⁰ који је закључио да, имајући у виду искључиво принципе међународног права интелектуалног власништва не постоји нити један пропис који се односи на регулацију ознака земљописног подријетла који би обвезао *ICANN* да одбије захтјеве за додјелу домена на управљање пријављеним субјектима или да их прихвати под одређеним увјетима.³¹

Успркос томе и даље су бројни заинтересирани субјекти указивали евалуацијском одбору *ICANN*-а на опасност давања тих домена на управљање због недостатка додатних мјера заштите што би могло довести до последица неовлаштеност кориштења ознака земљописног подријетла, као и угрожавања и повреде других права зајамчених Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалног власништва споразумом (енгл. *The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*; скр. *TRIPS*)³² и Лисабонским уговором³³, као релевантним прописима Еуропске уније.

Овакав развој ситуације утјецао је на то да *NGPC* призна како се ради о јако важном питању, да су неке чланице *GAC*-а и даље забринуте, због чега је донио одређене одлуке (*four resolutions*), између осталих и одлуку којом се одгађа додјела на управљање „*wine*“ и „*vin*“ домена и упућује заинтересоване стране на преговоре. Таква одлука наишла је на подршку Еуропске комисије³⁴ која је истакнула да нове домене не могу бити стављане у поступак додјеле све док се права и интереси произвођача и потрошача вина диљем свијета не заштите у потпуности.

Након студеног 2014., кад је *ICANN* коначно додијелио *June Station, LLC*-у управљање предметним доменама те након привремене суспензије одлуке, коначно, у липњу 2015. године, одређене државе чланице Еуропске уније и одређени представници винарске индустрије одустали су од свог заједничког приговора против одлуке *ICANN*-а и на тај начин омогућили *June Station, LLC*-у извршавање „*Registry Operating Agreement*“-а³⁵ за домене „*wine*“ и „*vin*“. Дакле, након преговора који су вођени више од двије године између носитеља ознака земљописног подријетла и подносиоца захтјева за додјелу домена „*wine*“ и „*vin*“ на управљање у циљу проналажења рјешења којим би се

³⁰ Правно мишљење је доступно на следећој повезници:

<https://www.icann.org/en/system/files/files/analysis-wine-vin-22mar14-en.pdf>

³¹ Цит. N. Coppola, *Tutela delle indicazioni geografiche e scambi internazionali: fra nomi di dominio e free trade agreements*, *Rivista di diritto alimentare*, VII, br.4, 2013, 65.

³² Детаљније J. Čizmić, *Međunarodni izvori prava industrijskog vlasništva*, *Hrvatska gospodarska revija*, god. XLVIII, 1999, br. 9, 78.-89.

³³ Пуни назив Лисабонског уговора је Уговор из Лисабона о измјенама и допунама Уговора о Еуропској унији и Уговора о оснивању Еуропске заједнице (енгл. *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*).

³⁴ http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-108_en.htm

³⁵ <https://www.icann.org/resources/agreement/wine-2015-06-18-en>

поштовали легитимни интереси прије свега еуропског виноградарског и винарског сектора, коначно је постигнут споразум између супротстављених страна које такав споразум сматрају успјехом.

Коначно, Еуропска комисија, након овог случаја, наставила је у сурадњи с државама чланицама Еуропске уније и организацијама Еуропске уније за виноградарство и винарство, а у оквиру GAC-а, активно проводити низ мјера за заштиту назива домена ознака земљописног подријетла ради спрјечавања заваривања потрошача и опасности од злоупотребе те ради заштите Еуропске уније и националних прописа појединих држава чланица.

У сijeчњу 2016., домене друге разине “Prosecco”³⁶, “Champagne”³⁷, “Port”³⁸ и “Sherry”³⁹ су регистриране од стране корисника уз домене „wine“ и „vin“ као домене прве разине.

IV АНАЛИЗА ОДЛУКЕ ПАНЕЛА ЦЕНТРА ЗА МИРЕЊЕ И АРБИТРАЖУ WIPO У ПРЕДМЕТУ „CHAMPAGNE“

У предмету који се по правилима *Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* (у даљњем тексту: *UDRP*)⁴⁰ водио пред Центром за арбитражу и мирене WIPO-а (у даљњем тексту: Центар) под бројем DCO2011-0026 ради спорне домене „champagne.co“ регистрара *Tucows Inc.*, тужитељ Међународни одбор за вина покрајине *Champagne* (фр. *Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne*; у даљњем тексту: *CIVC*) изгубио је спор против туженика *Steven-a Vickers-a*.

Из образложења одлуке донесене у предмету од стране панелиста, *Warwick-a Smith-a* дана 21. липња 2011.⁴¹ произлази да, иако Центар признаје *CIVC*-у права носитеља ознаке земљописног подријетла “champagne”, исти није доказао да посједује права носитеља нерегистраног жига „champagne“ у смислу *UDRP* правила, стога је Центар његов тужбени захтјев одбио.

³⁶ <http://www.prosecco.wine/>

³⁷ <http://www.champagne.wine/>

³⁸ <http://www.port.wine/>

³⁹ <http://www.sherry.wine/>

⁴⁰ *UDRP* правила донесена су у листопаду 1999. године од стране ICANN, примјењују у поступцима рјешавања одређених врста спорова унутар простора генеричких вршних интернетских домена и у тренутку писања ово рада представљају једини механизам за рјешавање предметних спорова на глобалној разини. Цјеловити текст *UDRP* правила доступан је на следећој повезници: <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>. Детаљније код М. Јурић, *Рјешавање спорова о именима интернетских домена примјеном Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, Зборник Правног факултета у Загребу, 59, бр. 2-3, 2009, 423, те Д. Поповић, *Имена интернет домена и право интелектуалне својине*, Институт за упоредно право, Београд, 2005, 61.

⁴¹ Цјеловити текст Одлуке доступан је на следећој повезници: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DCO2011-0026>

CIVC, као представничко тијело француских произвођача шампањца поднијело је тужбу по *UDRP* правилима против *Steven-a Vickers-a*, који је регистрирао преко стотину „.co“ домена 2010, укључујући и домену „*champagne.co*“, чији је пријенос *CIVC* захтијевао у својој тужби. *CIVC* је тврдио да је назив спорне домене идентичан, односно недовољно разликован жигу „*champagne*“ на који он полаже права због чега постоји опасност довођења јавности у заблуду, а који жиг ужива свјетски углед без обзира на то што није регистриран. Поред наведеног, *CIVC* је истицао да су права произвођача шампањца у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Сјеверне Ирске заштићена по *common law* праву прописима о *passing off* и на такву праксу се позивао у овом предмету.

Успркос чињеници што је панелист *Warwick Smith* утврдио да *CIVC* по француском праву заиста јест овлаштеник права која произлазе из ознаке изворности „*champagne*“, указао је на то да, с друге стране, параграф 4(а)(и) *UDRP* правила прописује да тужитељ мора доказати да је носитељ права на робном или услужном жигу. Поред наведеног, панелист *Warwick Smith* истакнуо је и да постоји и заједнички став панела Центра о томе да *UDRP* правила не пружају заштиту ознакама земљописног подријетла, осим уколико подносилац приговора/жалбе докаже да је „овлаштеник права назива који се користи као робни и/или услужни жиг за производе, односно услуге различите од оних које тај исти жиг описује или различит од земљописног значења назива“ Панелист *Warwick Smith* није утврдио да *CIVC* испуњава претпоставке прописане горњим параграфом 4(а)(и) *UDRP* правила, а осим тога да је опће прихваћено правило да знак, како би се сматрао жигом, мора бити способан за разликовање роба и услуга једног субјекта од роба и услуга других. Према мишљењу панелиста, између осталог, *UDRP* правила никад нису имала намјеру проширити заштиту на ознаке земљописног подријетла или ознаке изворности без обзира на то што енглески судови, с друге стране признају трговцима правну заштиту од повреде *goodwill-a* као имовинског права посредством тужбе за *passing off*⁴². Слиједом свега наведеног, Центар није прихватио тврдње *CIVC-a* о томе да је исти носитељ нерегистрираног жига „*champagne*“ због чега је тужбу и одбио.

V ЗАКЉУЧАК

Спорови између носитеља жига и носитеља регистрираног назива интернетске домене су тијekom развоја информацијског друштва све учесталије. Сукладно *UDRP* правилима заштита ранијег права је могућа уз кумулативно испуњење следећих предувјета заштите - да је регистрирани назив интернетске домене идентичан или битно сличан жигу другог носитеља

⁴² О *passing off* заштити детаљније код D. Zlatović, *Nelojalna konkurencija – zaštita prava intelektualnog vlasništva od nepoštenog trgovanja*, Libertin naklada, Rijeka, 2015, 397.

чиме се може јавност довести у заблуду, да носитељ регистрираног назива интернетске домене нема право или правни интерес користити тај назив те да је назив интернетске домене регистриран и кориштен несавјесно. У овом раду аутори указују на правне аспекте рјешавања спорова у случају колизије ознака земљописног подријетла, као посебних знакова разликовања у саставу права индустријског, односно интелектуалног власништва и регистрираних назива интернетских домена.

Dragan Zlatović, LL.D*
Maja Bilić, LL.M**

**COLLISION OF BETWEEN GEOGRAPHICAL INDICATION
AND INTERNET DOMAIN NAME THROUGHTOUT
DECISIONS OF INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED
NAMES (ICANN) ON INTRODUCTION OF „WINE“ AND
„VIN“ DOMAIN NAMES**

Summary

Geographical indications as one of the forms of designations of origin (along with appellations of origin and traditional specialities) in the systematics of intellectual property rights, along with trademarks, industrial design and broadly speaking the names of Internet domains, fall into the category of distinctive signs. Different legal systems know different, typically three basic concepts, of protection of such designations. Geographical indications within the increase of the market movement's dynamics, more often come into collision with other forms of intellectual, respectively industrial property rights, such as the names of Internet domains. Authors of this paper analyse examples of such collision throughout decisions of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers and the World Intellectual Property Organization.

Key words: *Indications of origin, geographical indications, appellations of origin, Internet domain name, ICANN, „wine“ and „vin“ domain names, UDRP rules, „champagne.com“ domain name*

* Professor at Polytechnic of Šibenik, Studies of Administrative Law

** Higher analyser, Legal Department, Croatian Agency for Small Business, Inovations and Investments.

СУДСКА КОНТРОЛА У САД И НЕКИМ ЕВРОПСКИМ УСТАВНИМ СИСТЕМИМА

Модерна држава основ за организацију и функционисање налази у уставу. Уставноправна норма је начелног карактера, она је увијек почетна и мора се разрадити, да би се њена суштина испунила. Законом, као општим и ауторитативним правним актима је извршена разрада уставне норме. У хијерархији правних аката, уставноправна норма остаје изнад законске, у складу са принципом „lex superior derogat legi inferiori“. Рад се, поред увода и закључка, састоји од четири тематске цјелине. Прво се објашњавају врсте уставности законских аката, да би се показало да суд у савременој држави није једини државни орган за оцјену уставности закона. У другом дијелу се представља фундирање судске контроле. Трећи и четврти дио су институционализовани облици судске контроле у САД и Европи, а ова два дијела заправо представљају алат за сигурнију оцјену сличности и разлика између модела судске контроле у САД и Европи у петом дијелу, што је заправо и био циљ истраживања.

Кључне ријечи: *Нормативна хијерархија, Уставност, Судска контрола, Врховни суд САД, Уставни суд*

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Судска контрола је процедура у којој је активитет легислативе и егzekутиве предмет надзора (често и инвалидације) од стране правосудних органа државе. Конкретни судски орган одређене државе мора анулирати правне акте за које, у процедури судске контроле, пронађе да су инкомпатибилни са правним актима више правне снаге од њих. Судска контрола је примјер функционалне подјеле власти у савременим системима државне власти, гдје је судска власт једна од грана државне власти. Принцип судске контроле се у различитим системима интерпретира на различит начин, што за посљедицу има различите погледе на хијерархију државноправних аката. Као резултат, процедура и домаћаји судске контроле варирају од једног правног система до другог, а

* Аутор је виши стручни сарадник у Јавној установи Центар за едукацију судија и тужилаца у Федерацији Босне и Херцеговине, Улица Халида Назечића број 4., 71 000 Сарајево, е-маилови: davor.trlin@cest.gov.ba и davor.trlin@gmail.com

такође и од државе до државе. Инкорпорација судске контроле у Европи се одвијала споро и чак данас неке државе као што су Уједињено Краљевство Велике Британије и Сјеверне Ирске, одбијају да додијеле својим судовима могућност „давања коначне ријечи“ о валидности правних аката. С друге стране, и САД и континентална Европа су усвојили судску контролу као уставни механизам заштите својих фундаменталних права (државних јавних субјективних права). У овом раду бих, као прилог науци (компаративног) уставног права, описао услове који су навели Европу да уведе судску контролу у свој правни систем, те објаснио сличности и разлике у правном режиму овог института у САД и државама Европе.

II ВРСТЕ УТВРЂИВАЊА УСТАВНОСТИ ЗАКОНСКИХ АКАТА

У теорији уставног права и у компаративном уставном праву постоје три форме утврђивања уставности закона. Прво је *политичка контрола*, гдје законодавно представничко тијело утврђује валидност закона које је само донијело. Овај систем је преовладавао у Европи до 21. стољећа, а остаје принцип у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Сјеверне Ирске¹ и Холандији,² гдје је супремација легислативе апсолутна. Други је *судска (јурисдикциона) контрола*, гдје је суд овлаштен да из правног система уклони законе који су у конфликту са уставом. На крају, постоји и *мјешовити систем* контроле гдје судови надзиру један тип законских аката, а политички орган испитује други тип закона. Овај метод је примијењен у Швицарској, гдје федерални закони могу бити контролисани само у политичком процесу,³ а кантонални закони могу бити контролисани искључиво од стране судске гране власти.

¹ Један од разлога, поред система законодавне супремације како најважнијег, зашто се Уједињено Краљевство Велике Британије и Сјеверне Ирске није никада определијелило за судску контролу уставности закона, односно контролу уставности и законитости других аката државних органа, је и тај што ова држава нема писаног устава, већ изворе њеног уставног права чини неколико сегмената: Common Law, неписана правила-конвенције, битни документи (нпр. Magna Carta из 1215. године и Act of Settlement из 1701. године) и радови правних ауторитета.

² „Уставност Аката Парламента и уговора неће бити контролисани од стране судова“: члан 120. Устава Холандије.

³ Овај политички процес је етаблиран Секцијом 113 швицарског Устава. Федерални закони морају бити подвргнути очитовању грађана путем референдума ако је усвојена петиција коју је потписало 50.000 грађана. Тако да су сви федерални закони или усвојени на референдуму или су остали недирнути референдумом, прије него што су ступили на снагу.

III ТЕОРИЈСКЕ ОСНОВЕ СУДСКЕ КОНТРОЛЕ

Судска контрола је једна од основних карактеристика система државне власти Сједињених Америчких Држава⁴, али и других демократских држава. Институт судске контроле се увијек теоријски објашњава у контексту два паралелна правна система (*civil law* и *common law*) као и у свјетлу двије теорије демократије односно теорије како би систем државне власти требао бити постављен – идеје супремативне легислативе и идеје функционалне подјеле власти.

Као прво, два правна система – *civil law* и *common law* имају различита стајалишта о судској контроли. *Common law* судије су извори права, способни и овлаштени да креирају нова правна правила, али такође и да одбијају правна правила која више нису валидна. У *civil law*-у, судије су они који искључиво примјењују право и немају право и дужност да креирају или униште правну норму.

Друго, теорија сепарације државних власти је друга теорија која објашњава како би демократска држава требала бити организована. Ову идеју, као супротну идеји парламентарног суверенитета је први заговарао Монтескје (*Montesquieu*). Идеја је касније доживјела и своју институционалну потврду у Сједињеним Америчким Државама, у пресуди Врховног суда САД, у предмету *Marbury vs. Madison*.⁵ Подјела власти је заснована на идеји да ниједна бранша (грana) власти не би требала да буде моћнија од осталих и да би свака од њих требала да има могућност утицаја на остале, креирајући на тај начин баланс моћи између различитих грана власти. Кључни институт у овој идеји се назива „кочница и равнотежа“ („*checks and balances*“). У Сједињеним Америчким Државама, судска контрола се, иако јој таква моћ није имплицитно додијељена, сматра кључном кочницом остале двије гране власти, од стране судске власти. Разлике у модерним демократским друштвима довеле су до различитог погледа на судску контролу, гдје су она друштва у којима је аплицирано *common law* и она у којој је извршена функционална подјела државне власти, управо она друштва која ће прихватити судску контролу. С друге стране, многе државе чији су правни системи засновани на принципу супремације парламента су постале свјесне могућих опасности и

⁴ У Сједињеним Америчким Државама, судска контрола се сматра природном функцијом правосудног система, који датира још прије времена усвајања Устава САД. Видјети: *The Federalist No. 78*, at 398 (Alexander Hamilton) (Max Beloff ed., 1987) („It is rational... to suppose that the courts were designed to be intermediate body between the people and the legislature, in order... to keep the latter within the limits assigned to their authority“). Неслужбени пријевод: („Рационално је... претпоставити да су судови дизајнирани да буду медијацијско тијело између народа и законодавног тијела, с циљем... да ове друге одржи у границама које су додијељене њиховој надлежности“).

⁵ 5 U. S. 137 (1803).

ограничења додјељивања моћи искључиво једној грани власти. Многе државе *civil law* система су прихватиле одређене форме судске контроле да би суспрегле тиранију већине.

Још један разлог зашто се судска контрола мора разумијевати у контексту развоја два различита правна система (*civil law*-а и *common law*-а) и двије теорије демократије (супремације парламента и подјеле власти) је да неке *common law* државе немају судску контролу законских аката. Иако је *common law* систем примијењен у УК Велике Британије и Сјеверне Ирске, ова држава и даље има снажну везу са принципом супремације легислативе. Као последица ове чињенице, судови у УК ВБ и Сјеверне Ирске немају могућност да преиспитују законске акте. Ипак, од када је Уједињено Краљевство постало чланица Европске уније постоји конфликт између принципа супремације парламента и правног система Европске уније, будући да је тај правни систем одредио Европски суд правде Европске уније надлежношћу судске контроле.

IV СУДСКА КОНТРОЛА У СЈЕДИЊЕНИМ АМЕРИЧКИМ ДРЖАВАМА

Судска контрола у Сједињеним Америчким Државама настао је више од једног вијека раније него европски. Претече система судске контроле⁶ се могу пронаћи још за вријеме енглеске владавине на подручју САД-а, када је енглески Краљевски савјет (*Privy Council*) имао овласти да поништи законе које доносе колоније, ако би ти закони били противни енглеским. Из овога разлога поједини аутори тврде да је „сјеме америчког судске контроле посијано у Британији“.⁷

Законом о судовима (*Judiciary Act*) од 1789. године је формирано савезно судство и овај акт представља најранији доказ о општој сагласности у погледу судске контроле у САД-у. Доказивало се да очување националних интереса подразумијева и право федералних судова на контролу одлука судова држава чланица, јер се тиме осигурава да државе усклађено тумаче савезно право и поштују права САД-а као савезне државе.⁸ Члан 25. Закона о судовима је прописао да, када државни судови одбију признати потврду федералних права, Конгрес повјерава задатак Врховном суду САД-а контроле над поштовањем одредбе става 2. Члана IV Устава САД-а, која садржи клаузулу супремације, односно

⁶ M. Cappelletti, *Judicial Review in Comparative Perspective*, California Law Review, 58, 1970, 1020.

⁷ J. Steamer, *The Legal and Political Genesis of the Supreme Court*, Political Science Review, 01/1962, 77, 1962, 555-559. Уп. са: K. Hall (1989), *The Magic Mirror: Law in American History*, New York, 1989, 21.

⁸ B. Friedman, *The Politics of Judicial Review*, Texas Law Review, 84, 2005, 2.

обавезе судаца у државама чланицама да за највише право у САД признају Устав и закона Сједињених Држава који буду донесени у његовој имплементацији, те све закључене међународне уговоре или оне који буду закључени од Сједињених Држава.

Судска контрола је, како сам навео и објаснио у претходним редовима, у основи зачета као природна функција правосудног система. Супротно од европског приступа, амерички систем судске контроле је позициониран у правосудни систем као цјелину. Не постоји специфичан суд или трибунал са монополском јурисдикцијом да испитује уставност закона. И државни и федерални судови имају ту надлежност. Уз то, уставни предмети у Сједињеним Америчким Државама немају другачији статус у односу на врсту спорова, као што су управни или трговачки. Природа спора је ирелевантна када се може поставити уставно питање пред судом у Сједињеним Државама, сви судови примјењују исте процедуре, и када одлучују и о нпр. валидности неког уговора или када одлучују о нпр. праву на абортус.

Будући да је судска контрола основна активност судова, уставно питање се може појавити само када је покренут поступак и само тада судови у САД могу да испитују уставност закона. Не постоји *апстрактна* контрола у америчком правном систему, будући да се судска контрола може проводити само у конкретном случају пред, државним или федералним, судом.⁹ Последица овог, *конкретног* метода контроле је ограничење неуставности закона само на случај у којем је контрола примијењена. Неуставност закона је рестриктивна и важи само за странке у одређеном, конкретном случају. Међутим, доктрина *stare decisis*, надомјешта *erga omnes* ефекат одлуке о уставности законског акта јер одређује да интерпретација Устава од стране Врховног суда САД обавезује све ниже судове. На овај начин се осигурава пуна униформност у интерпретацији Устава.

Све до 19. стољећа Врховни суд САД није користио своју моћ ултимативног и врховног интерпретатора Устава. У предмету *Martin v. Hunter Lessee*,¹⁰ Врховни суд је преиначио одлуку у којој је Апелацијски суд Вирџиније утврдио да је секција 25 *Judiciary Act* од 1789. године неуставна, будући да је овај акт проширио апелациону јурисдикцију Врховног суда на случајеве у којима је одлучивао највиши суд државе Вирџинија и осталих држава, федералних јединица САД-а. Према стајалишту Апелацијског суда Вирџиније *Judiciary Act* је поставио судове једног суверена (Вирџиније) под директну контролу другог суверена, што је према мишљењу суда у супротности са природом федерализма. Врховни

⁹ Ова схватања су афирмисана у ставовима судије О' Коннор у предмету *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737 (1984).

¹⁰ 14. U. S. (1 Wheat.) 304 (1816).

суд је у *Martin v. Hunter Lessee* предмету закључио да одсуство ревизионе надлежности Врховног суда САД у односу на одлуке судова држава, чини да у федералном систему постоје „посвађане и несложне пресуде“.¹¹ Док у континенталној Европи, редовни судови немају јурисдикцију да одреде да ли је закон уставан и стога не могу да кажу шта је то уставно, тј. шта је Устав, у Сједињеним Америчким Државама је проблем конфликта одлучивања у контексту ултимативне интерпретације Устава ријешен на начин да је додијељена могућност да ревидира било коју одлуку нижег суда. Овај механизам је коректор одсуства *erga omnes* ефекта пресуда Врховног суда, будући да такве пресуде обавезују ниже судове.

Дакле, судска контрола је надлежност судија Врховног суда САД да резонују и закључују да ли је закон уставан или није. У одлуци Врховног суда САД у предмету *Marbury v. Madison* од 1803. године¹² је утврђено да

¹¹ У овом предмету је Врховни суд САД поништио одлуку Апелационог суда у Вирџинији у спору који је укључивао право Британца *Philip-a Martin*-а на једно земљиште у Вирџинији. Врховни суд је поништио одлуку јер је сматрао да држава Вирџинија није успјела доказати своје право на исто земљиште. Највиши суд Вирџиније је сматрао да је одлучивање Врховног суда у том случају изван његове јурисдикције и одбио је извршити одлуку Врховног суда, те је прогласио неуставним члан 25. Закона о судовима из 1789. године, према којем Врховни суд има право контролисати одлуке које су донијели највиши судови савезних држава, а нарочито оне који се тичу примјене федералног права. Судац Врховног суда *Story* је у свом излагању истакао значај надлежности Врховног суда да одлучује у крајњој инстанци јер је то битно због једнообразног одлучивања које спречава да закони и сам Устав имају различиту интерпретацију у различитим државама. У вези с тим је и потврдио важност и валидност наведеног члана 25. Шипе: *S. L. Paulson, Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings*, Ratio Juris, 02/2003, 16, 2003, 225. и 226.

¹² У овом предмету је *William Marbury*, којег је Предсједник *John Adams* именовао за мировног суца у Дистрикту *Columbia* поднио тужбу Врховном суду САД-а, јер му одлука о именовању никада није била достављена. У тужби је *Marbury* захтијевао од суда доношење судског налога (*writ of mandamus*) којим би се наредило новом државном секретару *James-y Madison-y* да *Marbury* уручи именовање. Врховни суд је одлучио да *William Marbury* има законско право на именовање, али је предсједник Врховног суда *John Marshall* ипак сматрао да Суд не би требао издати такав налог државном секретару јер је Закон о судовима, који је у члану 13. Врховном суду САД-а давао такво право, био неуставан, будући да је повећавао надлежност Врховног суда изван његове изворне уставне надлежности из члана III Устава САД. Из овог је разлога *Marshall* прогласио тај дио закона неуставним констатирајући да закон којег је донио Конгрес не може давати веће овласти него што то Устав чини. *Marshall* је закључио „Па ако је закон противан уставу; ако се и закон и устав односе на одређени случај, тако да суд мора одлучити тај случај у складу са законом, не обазирјући се на устав; или у складу са уставом, не обазирјући се на закон: суд мора одлучити које од тих сукобљених правила одлучује у том случају. То је сам бит судске дужности. Ако ће дакле судови поштовати устав; а устав је изнад било којег обичног акта законодавног тијела; устав, а

је Врховни суд САД кључни интерпретатор Уставног права. Ово је једно од кључних сврха те институције. Многи социјал-политички мислиоци су кроз историју нису гледали благонаклоно на чињеницу да власт поставља сама себи границе, али су други мислиоци сматрали да овај механизам најбоље ради за народ, а не против њега. Третман Устава САД од стране Врховног суда САД као „живог“ документа којег се може тумачити на различите начине кроз вријеме, за добробит грађана, има бројне скептике али и оне који такав третман подржавају. Као аргумент ови посљедњи постављају слиједеће питање – ко би то, ако неки Врховни суд, да ли можда народ, требао радити тако значајан посао?

Ако бисмо анализирали ставове и идеје неких од најзначајнијих политичких мислалаца у историји, нашли би да Платон, Николо Макијавели (*Niccolo Macchiaveli*), Џон Лок (*John Locke*)... дијеле различите погледе о судској контроли, као и да дају различите одговоре на питање да ли би Врховни суд био успјешан у њиховим идеалним друштвено-политичким системима. Платон, један од првих социјал-политичких мислалаца би засигурно нашао улогу Врховног суда у систему државне власти у САД идеалном.

Еволуцију федералног судства у САД можемо посматрати у три фазе. Прва је додјеливање моћи судске контроле (о чему је расправљао раније Хамилтон у Федералисту број 78) судовима у случају *Madison v. Marbury* од 1803. године. Ово је основна моћ коју судска власт има у односу на законодавну и извршну и кључна компонента цјелокупног система кочница и равнотежа. То је такође и најефикасније средство осигуравања уставног поретка – што је био један од Хамилтонових аргумената додјеливања ове моћи суду. Иронија је да механизам очувања интегритета Устава није наведен у Уставу САД. Некада пракса произведе принципе. Врховни суд све до 1857. године (случај *Dred Scott v. Sanford*) није ниједан закон Конгреса прогласио неуставним, али је зато прогласио неуставним низ закона државних законодавних органа. Након случаја *Marbury* (1803. године) и *Dred Scott* (1857) слиједи период који открива разноврсни уставноправни потенцијал институције судске контроле, а то се односи и на појаву која ће касније бити обликована као судски активизам, евидентирану прво код америчких судија.¹³ Може се основано закључити да, упркос првобитним оспоравањима, од стране судова држава чланица, права Врховног суда, али и осталих федералних судова, да проглашавају

не такав обичан акт, мора одлучити случај на који се оба односе.“: *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137, 177-178 (1803).

¹³P. Bačić, *Ustavna demokracija i sudska uzurpacija ustava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 46, br. 3, 2009, 596.

законе неуставнима, није уопште током 19. вијека више сматран спорном.¹⁴

Чињеница да Врховни суд може оборити савезне законе, јер их сматрају неуставним доводи до два питања: (1) како су дошли до те одлуке?, и (2) да ли би требали то учинити? Прво питање има везу с тим како су чланови суда изабрати за тумачење Устава САД, или било којег другог закона. Најједноставније, то се своди на питање да ли Устав (уставни језик) треба уско тумачити - гдје ријечи имају ограничено значење - или их треба интерпетирати широко - гдје се претпоставља да су ријечи флексибилне и да су тако предмет реинтерпретације? Друго питање се односи на то да ли би судови требали имати активан или суздржан приступ у овој надлежности? Да ли они себе виде као будног чувара уставног поретка и не устручавају се оборити било који закон или извршну радњу која крши њихово разумијевање те визије, или се они сами морају обуздати будући да је ријеч о уставу, законима и другим актима који су продукт везе бирачког тијела и њихових представника? Оба од тих питања су врло актуелна у академској заједници тренутно и производе добре теме за расправу.

V СУДСКА КОНТРОЛА У НЕКИМ ЕВРОПСКИМ ДРЖАВАМА

Европске су државе дуго биле против било какве контроле уставности закона, а посебно нису допуштале да та контрола буде у рукама судског органа. Одређене државе (примјер Холандије и Луксембурга) чак забрањују да судови врше контролу уставности закона.¹⁵ Отпор према судској контроли уставности је најбоље објаснити на примјеру Француске, у којој је судство, све до 1789. године, било средство за очување феудалног поретка, гдје су судије (судске функције су биле у рукама племства) вршиле надзор подобности, не и уставности, закона у односу на успостављени феудални поредак. Овај систем контроле подобности закона је у овој држави прерастао у систем криминализовања односно забране било какве судске контроле,¹⁶ и потрајао је све до формирања Уставног савјета Француске (*Conseil Constitutionnel*), 1958. године.¹⁷

Први уставни суд у Европи је основан 1920. године у Аустрији, формиран је на основу теоријских поставки аустријског правника Ханса

¹⁴ S. Sokol, B. Smerdel, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2006., 174.

¹⁵ J. Ferejohn, P. Pasquino *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, Texas Law Review, 07/2003-2004, 82, 1674.

¹⁶ R. F. Utter, C. Lundsgaard, *Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some thoughts from a Comparative Perspective*, Ohio State Law Journal, 03/1993, 54, 577-578.

¹⁷ P. Pasquino, *Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative Perspectives: USA, France, Italy*, Ratio Juris, 01/1998, 11, 44.

Келзена, аутора аустријског устава из исте године. Овај устав је етаблирао систем власти у којем се контрола уставности није могла додијелити редовним судовима, јер је њоме успостављен радикалан парламентарни систем. У тадашњем аустријском парламентарном систему власти је федералну владу бирао доњи дом парламента, а оба дома су бирала председника државе. Извршна власт је била одговорна законодавној, а цијела државна управа је била обавезна да, у складу са начелом легалитета, дјелује по законима које је донио парламент. Из тих разлога је било неопходно пронаћи неки други државни орган, а рјешење је пронађено у Уставном суду. Можда и најважнији разлог, а Ханс Келзен је заговарао управо тај аргумент за додјелјивање надлежности контроле уставности уставном суду, је било федерално државно уређење Аустрије, гдје се један такав орган попут уставног суда видио као чувар федерализма. Управо зато је примарна улога Уставног суда (Келзен је заговарао ову надлежност) била покретање *ex officio* поступка контроле уставности прописа које је требао примјењивати у току свог поступања. Секундарна улога Уставног суда Аустрије је арбитража између легислативе федерације и легислативе федералних јединица (земаља) у Аустрији.¹⁸ Влада Аустрије је имала право да покрене поступак пред Уставним судом, за прописе које су доносили органи земаља. У Аустрији је 1929. године Врховном суду и Управном суду уставним амандманом додијелено право на покретање поступка контроле. Уколико би суд који иницира поступак био увјерен у неуставност прописа који треба примијенити и ако су претходно сва остала правна средства искориштена, онда је у сваком судском поступку теоријски питање уставности могло да буде постављено пред Уставним судом Аустрије.

Супротно моделу *Marbury v. Madison*, гдје је Врховни суд САД утврдио да је дјелокруг и дужност правосудног система да каже шта је право, без обзира је ли или није уставно, редовни судови у Европи не посједују јурисдикцију да пониште закон који је у супротности са уставом.¹⁹ Због чињенице да је европски систем судске контроле у извјесној мјери повезан за принципом парламентарне супрематије и да је сумњичав када је ријеч о допуштању судијама да уклањају из правног система законе који су на снази, каријерне судије у *civil law* државама обично не могу обарати законе у споровима у којима суде: само уставни судови имају овакву моћ.

¹⁸Т. Oehlinger, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, Ratio Juris, 02/2003, 16. 208.

¹⁹ Члан 89. Устава Савезне Републике Аустрије прописује: „Судови нису овлашћени да испитују валидност објављених закона, уредби и уговора. Буде ли се суд устручавао од примјене уредбе на бази сумње да је супротна уставу, поднијеће апликацију Уставном суду за поништавање ове уредбе. Буде ли се Врховни суд или суд друге инстанце надлежан да пресуђује устручавао од примјене закона на бази сумње да је исти неуставан, поднијеће апликацију Уставном суду за поништавањем тог закона.“

Нпр. у Италији редовни цивилни, управни или трговачки судови прослијеђују уставна питања која се тичу валидности закона, а која им се појаве у поступку, уставном суду.²⁰ У Њемачкој, редовни судови такођер не контролишу законодавство. Њемачки Федерални Уставни суд има ексклузивну јурисдикцију да оцјењује законодавство односно да врши апстрактну контролу норми могу покренути: Савезна влада, влада једне од савезних земаља или једна трећина чланова *Bundestag*-а. Разлика између Уставног суда Њемачке с једне стране, и управних и цивилних судова, с друге стране је у принципу енумерације – надлежност Уставног суда је детерминирана појединачно регулираним случајевима, док је надлежност управних и цивилних судова одређена општим клаузулама. Тако управни одлучују о свим јавноправним споровима који нису уставног карактера, а цивилни о свим грађанским споровима. Додатно, свако лице које тврди да му је основно право прекршено, може поднијети уставну жалбу панелу састављеном од троје судија, које одлучује да ли има основа да уставна жалба буде расправљана пред уставним судом. У Француској не постоји уопште оцјена закона који су на снази. Француски Уставни савјет може да испитује уставност искључиво *предложеног* закона (тзв. претходна контрола уставности закона).²¹ Да резимирам, редовни судови у Европи немају јурисдикцију да оцјењују законе, а монопол имају уставни судови.²²

Даље, ови моћни уставни судови фреквентно „нуде директне и специфичне инструкције како неуставан закон може бити ре-драфтован у уставност. Понекад мишљења заправо произведу драфт законског језика за који судије кажу да га сматрају уставним“.²³ Чувена одлука о абортусу Уставног суда (тадашње) Западне Њемачке од 1970. године, осим што је поништила закон који је либерализирао абортус у Западној Њемачкој, *expressis verbis* је усмјерила законодавно представничко тијело ове државе да усвоји закон којим се криминализује абортус.²⁴ У мишљењу Суда је наведено: „Законодавство може изразити правну осуду прекида трудноће какву захтијева Основни закон (Њемачки Устав) и кроз друге мјере осим пријетње казном. Одлучујући фактор је да ли цјелокупност мјера које служе заштити

²⁰ Члан 134. Италијанског Устава даје Уставном суду овлаштење да одлучује о: питањима која се тичу уставног легитимитета закона и аката који имају правну снагу, а које су усвојили држава и Региони; о конфликтима који су се појавили због алокације надлежности између грана власти државе, између Државе и Региона, и између Региона; о оптужбама против Предсједника Републике, у складу са нормама Устава.

²¹ Вид.: члан 61. Устава Француске.

²² Вид.: члан 163 шпанског Устава.

²³ M. Shapiro, A. Stone, *The New Constitutional Politics of Europe*, COMP. POL. STUD., 26, 1994, 397, 404.

²⁴ Од великог броја стручних и научних радова на тему уставног регулисања абортуса видјети нпр. : K. L. Schepelle, *Constitutionalizing Abortion, u Abortion politics: public policy in cross-cultural perspective* (eds. M. Githens, D. McBride Stetson), 1996, 29, 39.

нерођеног живота гарантира стварну протекцију која заправо кореспондира са важношћу правне вриједности која се мора гарантовати. У екстремној варијанти, ако заштита коју устав захтијева не може бити реализирана на неки други начин, законодавство је обавезно да осигура усвајање кривичног закона који штити настанак и развој људског живота“.

Дакле, више од могућности афирмисања моћи да поништава све законе несагласне са уставом, њемачки Уставни суд је себи утврдио и моћ да присили легислативну грану власти да начини и усвоји законе. Ово је такођер случај и у Мађарској, гдје уставни суд дефинира лимите и садржај законских аката у већини случајева. У ствари, мађарски Уставни суд је можда и најмоћнији уставни суд на свијету. Ово из разлога јер има веома широко постављену јурисдикцију да оцјењује сагласност свих правних аката са Уставом, а такође да пресуђује да ли је парламент нарушио Устав када пропусти да усвоји оне законе које је обавезан да усвоји према Уставу. Уз то додајмо и чињеницу да ове уставне надлежности Уставни суд Мађарске често користи.

Супротно од америчког система контроле, гдје је питање уставности одређеног закона покренуто у конкретном поступку пред редовним судом, европски систем судске контроле карактеризира компатибилност закона са уставом, судска контрола у многим државама Европе које су прихватиле *civil law* се одвија без обзира на поступак рјешавања неког спора пред редовним судом. Након што се питање уставности закона покрене, уставни судови у Европи настоје да разријеше уставно питање упоређујући закон који се доводи у сумњу са одредбом устава, независно од чињеница изнесених или утврђених претходно у поступку пред редовним судом. Уставно питање у оваквим државама није само елемент судског поступка већ посебан поступак. У коначници се уставност закона разматра на општи начин, без узимања у обзир конкретних околности у било којем случају.

Одлуке уставних судова у европском систему имају дејство *erga omnes*. Апстрактна контрола легислативе има моћ да анулира закон или неку одредбу закона. Она обавезује све гране власти. Супротно судској контроли у САД, гдје одлука Врховног суда има рестриктиван домет, у европском систему, одлука уставног суда има моћ да учини да закон нестане из правног система. Из овог је разлога Ханс Келзен означио уставни суд као *негативног законодавца*.

Будући да у *civil law* системима не постоји принцип *stare decisis*, идеја додјеливања ексклузивне јурисдикције уставном суду је постала есенцијална. Да је моћ да надзиру уставност закона дата свим судијама (и редовних судова и уставног суда), дошло би до појаве различитих одлука и јавила би се правна несигурност, па чак и правна анархија, што би имало негативне посљедице по цијели друштвено-политички систем. Предвидљивост и униформност су непотрошни алати за сваки правни систем, и систем контроле без доктрине *stare decisis* би онемогућио дјеловање ове двије вриједности.

Правна едукација професионалних судија игра у *civil law* системима велику улогу у начину зачетка и одвијања судске контроле у Европи. Судије редовних судова у многим *civil law* државама се конституишу у сепаратну професију, различиту од правне праксе заступника (адвоката, правобранилаца и тужилаца). Обично су судије у овим системима селектиране кроз веома стриктан испит после дипломирања на правном факултету и након чега имају специјализиранију едукацију коју проводе посебне институције, прије него што буду именовани на правосудну функцију. Ово је у контрасту са обукама *common law* судија. После ове „друге“ едукације, судије се најчешће именују да рјешавају спорове мање вриједности, прије него што досегну више позиције у својим каријерама. У овим системима именовање судија није *политички* акт већ више *техничка* селекција најквалификованијих кандидата за носиоце правосудних функција.

Традиција Римског права налаже да се мора настојати да се правни систем изолује од политике, религије, економије и свега осталог што није чисто право. С тим у вези, судије редовних судова не би требале играти неку већу улогу у дефинирању политичких тема. Ово је прецизније право и дужност (супремативне) легислативе. Задатак судија је једино да професионално и технички примјене правна знања, методе и инструменте које само они посједују. Додјељивање овласти контроле посебном суду је била једина алтернатива. Судска контрола захтијева јединствен приступ у одлучивању о питањима опште уставне политике, и сматрало се да судије редовних судова немају ову посебну квалификацију. Креација уставног суда изван правосудног система је био једини начин да се различита знања и вјештине искористе.

Још један разлог за формирање посебног суда који ће надzirати законодавство је чињеница да више није могуће говорити о функционалној диоби власти у традиционалном смислу (као ни у Сједињеним Америчким Државама).²⁵ Многе државе у Европи су, као посљедице доктрине супремативне легислативе усвојили парламентарни систем власти. У овим системима значајне овласти су у рукама премијера (предсједника владе), који је обично члан парламентарне већине, па у тим државама нема стриктне подјеле власти будући да су, поред извршних и неке законодавне овласти сконцентрисане у особи премијера.²⁶ Да би се контрирало великој количини

²⁵ Случајеви *Martin v. Hunter's Lessee* (14 U. S. 304 (1816)), *Humphrey's Executor v. United States* (295 U. S. 602 (1935)), *Morrison v. Olson* (487 U. S. 654 (1988)), *Buckley v. Valeo* (424 U. S. 1 (1976)) и *Bowsher v. Synar* (478 U. S. 714 (1986)). У САД „независне агенције“ се могу сматрати четвртом граном власти која захтијева другачији систем кочница и равнотежа.

²⁶ Примјер би био систем државне власти УК Велике Британије и Сјеверне Ирске, гдје премијер има овласти да закључује споразуме са међународним субјектима, који под извјесним ограничењима могу имати снагу законских аката. Он именује чланове судске власти.

моћи сконцетрисаној у легислативи, „четврта“ грана власти је морала бити формирана да би надзирала ту власт. Без „одвојене“ гране власти, мањине у парламентарним системима би биле незаштићене због чињенице да редовни судови нису имали надлежност да провјеравају акте легислативе нити да штите индивидуална људска права и слободе.

Именовање судија редовних судова у *civil law* државама није директно под политичком контролом, али у бројним државама овог правног круга, именовање судија судова који су надлежни да оцјењују уставност закона јесте дио политичког процеса. У Њемачкој, према члану 94 (1) Темелјног закона, половину судија Федералног Уставног суда бира *Bundestag* а половину *Bundesrat*.²⁷ У Француској члан 56 Устава прописује да ће се Уставно вијеће састојати од девет чланова. Једну трећину ће именовати Предсједник Републике, једну трећину Предсједник Народне Скупштине, и једну трећину Предсједник Сената.²⁸ На овај начин, додјеливањем званичницима изабраним од стране народа овласти да именују судије, у неким *civil law* државама Европе се даје легитимитет за судску контролу оваквим судовима. Ово такође важи и за Сједињене Америчке Државе. Једна од највећих дилема Уставног права Сједињених Америчких Држава произилази из чињенице да Устав у народу црпи суверени ауторитет, а да народ бира своје представнике, и да је уставни принцип који је у колизији са овим – интерпретирање Устава под доктрином судске контроле, гдје судови имају коначну ријеч над политичким процесом. Судска контрола у Сједињеним Америчким Државама је механизам у којем судови могу учинити невалидним одлуке Конгреса и Предсједника.

VI СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ

Без обзира на несумњиве разлике између два система, обје форме контроле посједују *сличности*. Прва и основна је искључивање из правног система неуставних прописа. Даље, Врховни суд Сједињених Америчких Држава и европски уставни судови играју важну улогу у заштити људских права и основних слобода од задирања органа државне власти (посебно законодавне), чиме се смањује проблем наводне нелегитимности ових државних органа. Друго, у оба система судови који обављају судску контролу настоје да направе баланс између централне власти и нижих политичко-територијалних јединица,²⁹ посебно у федералним државама (упоредити надлежности Врховног суда САД и Уставног суда СР

²⁷ Вид.: чл. 94. став 1. Темелјног закона СР Њемачке.

²⁸ Вид.: чл. 56. Устава Републике Француске.

²⁹ Упоредити: одлуку Врховног суда САД *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

Немачке).³⁰ У коначници, овакви судови служе као посљедња инстанца која провјерава одржавање принципа кочница и равнотежа, одржавајући принцип функционалне подјеле власти. *Разлика* има више.

³⁰ Велику улогу у јавном систему САД има *Врховни суд САД*. Овај суд се састоји од председника (Chief justice) и 8 судија. Врховни суд има функције које у већини других федерација има уставни суд. Он арбитрира између федерације и држава, те између појединих органа државне власти. Овај суд расправља и све случајеве евентуалне неуставности закона или устава држава, а такође разрјешава и колизије око права која произилазе из устава, закона или уговора. Дакле, као допуна принципа диобе власти јавља се могућност судске власти да укине било који акт законодавне и извршне власти који је у колизији с Уставом. Исто тако, овај судски орган може одобрити одређени закон који на први поглед није сагласан са неком уставном одредбом, али ће се он ипак примјењивати. Дакле, Врховни суд може тако извршити прерасподјелу надлежности у САД, тако што федерацији дадне неку функцију која прије није била у њеној надлежности. Врховни суд штити индивидуална и колективна људска права. Правне посљеднице утврђене неуставности закона (ова функција, иако је најважнија функција овог суда, није наведена у Уставу), је његово поништавање. Зато се за Врховни суд САД каже да је негативни (прикривени) уставотворац. Врховни суд САД даје могућност да се у различитом времену истом уставном тексту даје различито тумачење, зависно од тога која је гарнитура на власти. Врховни суд САД суди и у првом и у посљедњем степену (има тзв. „оригиналну јурисдикцију“) у свим случајевима који се тичу амбасадора, јавних министара и конзула, као и у оним у којима је једна парнична странка држава. У свим осталим случајевима из своје надлежности, овај суд је апелациони суд и одлучује коначно. *Савезни уставни суд СР Немачке* одлучује: 1. о тумачењу овог устава у споровима поводом обима права и обавеза неког највишег савезног органа или других учесника којима су овим уставом или пословником неког највишег савезног органа додијељена таква права; 2. код разлике у мишљењу или при постојању сумње у формалну или стварну сагласност савезног права или земаљског права са овим уставом или у спојивост земаљског права са осталим савезним правом, на захтјев савезне Владе, владе једне савезне земље или једне трећине чланова Савезног вијећа; 2а. код разлике у мишљењу о томе да ли један закон испуњава претпоставке члана 72. став 2., на захтјев Вијећа земаља, владе једне савезне државе или народног представништва једне земље; 3. код разлике у мишљењима о правима и обавезама савезне државе и земаља, посебно код провођења савезних закона од стране земаља и при вршењу савезног надзора; 4. о осталим јавноправним споровима између савезне државе и земаља, између различитих земаља или унутар једне земље уколико није отворен неки други пут правне заштите; 4а. о уставној тужби коју свако може подићи тврдњом да је државна власт повриједила једно од његових основних права или једно од његових права из члана 20. став 4., те члана 33., 38., 101., 103. и 104.; 4б. о уставним тужбама општина и општинских заједница ради повреде права на самоуправу из члана 28. неким законом, код земаљских закона, и то само ако не може бити подигнута тужба пред земаљским уставним судом; 5. у свим осталим случајевима који су предвиђени овим законом. Савезни уставни суд ће одлучивати и о случајевима који му буду повјерени неким савезним законом. Савезним уставним судом могу земаљским законима бити додијељени на одлучивање уставни спорови унутар једне земље.

1. У америчком систему постоји децентрализација судског система, гдје се свим судовима даје надлежност да врше судску контролу. Разлог за ово је *common law* правни систем, гдје су се судије увијек сматрале креаторима права. У европском систему, извршена је централизација судске контроле. Највећи разлог је *civil law* традиција. Само један суд, одвојен од редовног судства, али и од осталих грана државне власти, у већини европских држава врши судску контролу. Он се назива у Европи уставним судом. Једна варијанта децентрализације судске контроле је извршена у Швицарској, гдје судови могу вршити само контролу над прописима које су донијеле кантоналне власти (не и савезне).

2. Друга разлика је она која се тиче именовања/избора судија. Судије судова на федералном нивоу власти у САД се бирају на функцију „за добра владања“ (што практично значи доживотно), а судије судова савезних држава могу имати мандате ограничене на временски период, али могу бити поновно бирани. Судије Врховног суда САД именује предсједник САД, а потврђује Сенат простом већином гласова. У највећем броју држава Европе судије Уставног суда именује законодавно представничко тијело. Уколико је парламент бикамералан, чешће именовање врши представнички дом (Пољска, Словенија), него горњи (Руска Федерација), а има и држава (СР Њемачка) у којима оба дома парламента бирају по осам судија (укупно 16).³¹ Постоје три начина именовања судија европског уставног суда: монократски, систем избора обичном већином и систем избора квалифицираном већином.³² Монократски постоји само у Француској, гдје, на необновљиви мандат од 9 година, трећину судија бира предсједник, а по трећину предсједник сваког дома парламента. Још је рјеђи сустав избора судија уставног суда обичном већином. Ни у једној држави се у тоталитету на овај начин не бирају судије уставног суда. У Бугарској се само четири од 12 судија бира на овај начин. У највећем броју случајева у европским државама се бирају судије квалификованом већином, из разлога настојања укључивања опозиције у процедуру селекције. Поред парламента, у европским државама постоје и случајеви да предсједник државе именује судије Уставног суда, а такође и неки други државни орган, најчешће влада.

³¹Bundestag не бира непосредно судије већ формира електорско тијело које има 12 чланова, а које је изабрано пропорционално страначком саставу Bundestag-а, према D'Hondt-овој методи. С друге стране, Bundesrat бира непосредно осам судија. Предсједника и потпредсједника, бирају оба дома наизмјенично. Судије се бирају на мандат од 12 година и не могу бити бирани поново. Упоредити: Члан 94. Темељног закона СР Њемачке од 1949. године и чланове 1-9 Закона о савезном уставном суду од 1951. године.

³²J. Ferejohn, P. Pasquino *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, Texas Law Review, 07/2003-2004, 82, 1677. i 1678.

Парламент у овим државама (нпр. Аустрија, Шпанија, Чешка)³³ само предлага судије или даје сагласност на њихово именовање. У Европи постоји и мјешовити систем избора судија уставног суда, гдје Уставни суд има 15 чланова, од којих по пет именују предсједник републике, оба дома парламента на заједничкој сједници, те највиши редовни и управни судови. Овај, мјешовити систем, у којем у именовању судјелују три гране власти, примијениле су и Румунија, Бугарска и Србија.³⁴ Најважнија разлика у избору судија Врховног суда САД и европских уставних судова је у трајању мандата. У Врховном суду САД је тај мандат практични доживотан, а у Европи је то изузетак (само се у Уставни суд БиХ и Уставни суд ФБиХ именују судије до навршене седамдесете године живота),³⁵ а правило је временска ограниченост; у већини држава мандат чак не може ни бити обновљен. Иако су именовања судија у оба система експлицитно политичка, у Европи је то ипак мањи случај, јер се често за судије уставних судова именују универзитетски професори.

3. Покретање поступка судске контроле уставности је у Европи рестриктивније регулисано него у америчком моделу. Док у америчком моделу, свако може покренути поступак оцјене уставности одређеног прописа, под условом да је примјеном тог прописа тој индивиду настала конкретна штета,³⁶ овлаштења за покретање иницијативе за оцјену уставности прописа могу имати различити субјекти-предсједник државе, владе, одређени број заступника у представничком тијелу, судије редовних судова... Постоје три европска модела покретања иницијативе за оцјену уставности прописа: француски, њемачки и италијански. У Француској поступак оцјене уставности одређеног прописа са законом могу покренути: Предсједник Републике, премијер, предсједници домова законодавног тијела или најмање 60 заступника или сенатора. Овдје треба нагласити да је право парламентарне мањине да иницира наведени поступак уведено тек 1974. године и да је најчешћи начин покретања

³³ Вид.: члан 147 Устава СР Аустрије; члан 159. и 160. Устава Шпаније и члан 84. Устава Чешке Републике. Само је Чешка од европских држава у потпуности преузела амерички модел. У овој држави се, од стране предсједника Републике, уз сагласност Сената, другог дома парламента, именује 15 судца Уставног суда, на период од 10 година.

³⁴ Вид.: члан 172. став 2. и 4. Устава Србије.

³⁵ Устав Босне и Херцеговине и Устав Федерације Босне и Херцеговине јесу продукт америчке уставне доктрине. Међутим, од свих параметара упоређивања америчког и европског система судске контроле, једино трајање мандата судија одговара америчком. По свему осталом ова два уставна суда одговарају европском моделу судске контроле.

³⁶ У америчкој уставноправној теорији се случај дефинише као „спор у којем једна од конкурирајућих странака тврди да је претрпела штету примјеном неуставног закона или другог јавног акта“. A. Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, Michigan Law Review, 08/2003, 101, 2770.

поступка оцјене уставности прописа пред Уставним савјетом у Француској. У Италији најчешће иницијатива за оцјену уставности прописа долази од стране судаца редовних судова,³⁷ онда када приликом рјешавања случаја посумњају да пропис којег требају примијенити није у складу са уставом. Поступак оцјене уставности прописа у Италији могу покренути и влада Италије и покрајинске владе. Уколико одређена особа сматра да су јој дјеловање неког јавног функционера, посебно судије, повријеђена права загарантована уставом, она може, уколико је прије тога исцрпила сва остала правна средства, поднијети Савезном Уставном суду, уставну жалбу. Најчешће ће у једној европској земљи бити примијењена комбинација ова три типа. Тако нпр. сама СР Њемачка користи сва три модела, а само Француска има примијењен чисти француски модел.

4. У америчком је систему правило да се контрола уставности („конкретна контрола“ – *concrete review*) врши након ступања прописа на правну снагу. Изузетак од овог правила је када треба на случај примијенити закон који је тек недавно ступио на снагу, гдје судови удовољавају таквом захтјеву уколико се испуне три услова: да се ради о тужитељевим уставним правима, да је вјероватно да ће тужитељ успјети у спору и да би тужитељ претрпио непоправљиву штету, ако то суд не би учинио.³⁸ У Европи је примијењен најчешће принцип контроле уставности прописа након што они ступе на снагу („апстрактна контрола“ – *abstract review*). Међутим, у бројним европским државама до контроле уставности прописа може доћи и прије ступања на снагу. Тада је тенденција да се постављено питање рјешава без или са мало осврта на случај у којем је дошло до контроле. Тако нпр. у Италији када судак у случају који рјешава посумња у уставности прописа који треба да примијени, он покреће пред Уставним судом питање је ли тај пропис уставан или не. Уставни суд тада не улази у рјешавање конкретног случаја, већ испитује сагласност одредбе/и прописа са Уставом. У Француској је према Уставу од 1958. године била могућа само претходна контрола уставности прописа, Уставни савјет није могао оцјењивати уставност прописа након његовој ступања на снагу. У јулу 2008. године дошло до измјена устава Француске Републике, од којих је најзначајније увођење *a posteriori* уставне контроле над легислативом,³⁹ гдје приједлог за оцјену уставности могу искључиво поднијети само два судбена тијела – Државно вијеће (*Conseil d'Etat*) и Касациски суд (*Cour de Cassation*), а судије нижих судова само

³⁷ J. Ferejohn, P. Pasquino *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, Texas Law Review, 07/2003-2004, 82, 1688.

³⁸ A. Stone Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review and Why it May Not Matter*, Michigan Law Review, 08/2003, 101, 2772 и 2773.

³⁹ F. Fabbrini, *Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation*, German Law Journal, 10/2008, 9, 1299.

могу да поднесу приједлог овим тијелима, не и Уставном савјету⁴⁰. Уколико би у овој *a posteriori* оцјени уставности прописа, пропис био проглашен неуставним, престао би важити даном објаве одлуке Уставног савјета у Службеном гласилу.⁴¹ У Њемачкој грађанин, који сматра да му је повријеђено одређено уставно право, а да је прије тога исцрпио остала правна средства, може уложити Савезном уставном суду уставну жалбу, гдје овај орган може да приликом рјешавања конкретног случаја, утврди да је одређени пропис противустан и да га стави ван снаге.

5. Врховни суд САД јако ријетко доноси одлуке једногласно. Разлог је што све судије долазе из различитих политичких странака; неке именују председници републиканске а неке председници демократске странке. Честа су издвојена мишљења судија у Врховном суду САД. За разлику од америчког модела судске контроле, у Европи су издвојена мишљења судија уставних судова ријеткост. Ово је последица и чињенице да се у Европи судије уставних судова најчешће именују у законодавном представничком тијелу и то често квалифицираном већином, гдје се о именовању судија морају сагласити најзначајније политичке странке, укључујући и оне у опозицији. На сједницама ових државних органа суци настоје снагом увјерљивости аргументације увјерити једни друге у исправност одлуке. Зато се у великом броју случајева одлуке у европском моделу доносе једногласно. Постоје и уставни судови у којима је доношење издвојених мишљења судија забрањено (примјер Италије). У неким државама (Њемачка и Шпанија)⁴² је доношење издвојених мишљења дозвољено, али се судије интерним нормама обесхрабрују да их доносе.

6. У Врховном суду САД се одвијају јавне усмене расправе. Судије слушају ставове супротстављених странака и учествују у расправи. Међусобно се не састају и не покушавају једни друге увјерити у исправност одређене одлуке. Умјесто тога комуницирају писменим представкама у којима износе своју аргументацију. Ове представке су касније подлога за издвојена мишљења. Европски уставни судови у правилу расправљају на нејавним сједницама. Уставни савјет Француске нема могућности за усмену расправу, у Њемачкој и Шпанији је она јако ријетка, а у Италији се одржава. У Италији судија изјављује кратко излагање случаја пред осталим судијама, а онда на ред долазе излагања адвоката. Судије у италијанском Уставном суду након тога на нејавној

⁴⁰ Вид.: члан 61. 1. Устава Француске.

⁴¹ Вид.: члан 62. Устава Француске.

⁴² Преко 90% одлука Савезног Уставног суда Њемачке је донесено једногласно, а у само 10% одлука Уставног суда Шпаније су била издвојена мишљења. Упор.: J. Ferejohn, P. Pasquino *Constitutional Adjudication: Lessons from Europe*, Texas Law Review, 07/2003-2004, 82, 1690.

сједници расправљају о случају и настоје једни друге увјерити о исправности доношења одређене одлуке. Овакве расправе у италијанском уставном суду могу трајати данима.

7. Одлуке у европском моделу дјелују *erga omnes*, а у америчком *inter partes*. Када би у европском моделу редовни судови могли одлучивати о уставности прописа, дошло би до велике правне несигурности, јер њихове одлуке немају снагу прецедената. С друге стране, одлука суда у САД-у и другим *common law* државама може да буде промијењена од стране вишег суда, а ако се то не деси, она добија правну снагу сличну законској. Уколико други суд не нађе да је одређени пропис неуставан, и примијени га, обично виши суд преузима рјешавање и доноси коначну одлуку.

8. Посљедња је разлика у абритрирању између различитих грана власти, гдје Врховни суд САД нема надлежност да рјешава ове спорове, и увијек избјегава да их рјешава, и када се појаве и када би могли настати, док европски уставни судови имају уставом додијељену надлежност рјешавања таквих спорова.⁴³

VII ЗАКЉУЧЦИ

У раду смо видјели да ни политичка ни правна традиција Европе нису фактори који би омогућили адопцију система у којима би *редовни* судови вршили контролу уставности закона. Супремација парламента и улога судова у старом режиму (*ancien regime*) је онемогућила да цијела судска власт може бити опредмећена са надлежности да укине законске акте. Наведени услови су захтијевали да посебна грана државе власти има надлежност судске контроле.

Ипак, нису све државе Европе прихватиле идеју супремације судства. Како је наведено раније, у УК Велике Британије и Сјеверне Ирске и Холандији нема суда који би оцјењивао законе који наводно нису у складу са уставом. У Швицарској Федерални Врховни суд контролише само кантоналне законе. Федерално законодавство се контролише само кроз политичку процедуру. Идеја да не би само судови већ и сегменти осталих грана власти требали интерпретирати устав није била иманентна само Европи. Концепт супремације судства у периоду конструкције устава је проузроковао дебату и у држави у којој је прихваћено да је суд искључиви

⁴³ Тако Савезни Уставни суд Њемачке има надлежност да рјешава спорове који настану због различитих мишљења уставом установљених тијела, односно у споровима између федерације и земаља као и у споровима између појединих земаља. Овај орган може рјешавати спорове који настану на подручју одређене земље, ако не постоји тијело које би такав спор разријешило. Италијански уставни суд рјешава спорове који настану на основу расподеле надлежности између различитих државних органа, између државних и регионалних органа, као и између регионалних органа.

интерпретатор устава. Томас Џеферсон (*Thomas Jefferson*) је својевремено изнио тезу да би прихватање става који даје искључиво судијама право да интерпретирају Устав САД, начили судску власт деспотском граном власти.

Може се основано закључити да је судска контрола легислативе додатни алат за очување устава, будући само да власт може да провјерава власт. Одлука коме повјерити надлежност контроле – судовима или другим гранама власти зависи од правне традиције државе. У државама у којима се судска власт сматра најмање опасном граном власти по политичка права устава, судска контрола је природна посљедица система државне власти. Тако је Александар Хамилтон у часопису „Федералист“ број 78, на страници 397 изнио мишљење да је судска власт без поређења најслабија од три одјељења државне власти, да никад не може с успјехом напасти остале двије и да је сва неопходна брига потребна да ју омогући да се одбрани од њихових напада. У Европи, гдје су дуго времена судови били под сумњом, креација посебног суда који би контролисао легислативу била је кључна да се успостави равнотежа проблему легитимитета судова.

Без обзира на ове несумњиве разлике, и у Сједињеним Америчким Државама и Европи, судови имају важну улогу у очувању индивидуалних слобода. Потреба за ефективном кочницом већине у парламенту је главна снага која тјера различите правне системе да додијеле својим судовима – уставним или редовним- надлежност да контролишу законе који сеprotиве уставу. Чак и у европским државама гдје је надзор легислативе *политички*, а не *судски*, Суд правде ЕУ је драматично промијенио концепт супрематије парламента, омогућавајући тако тим државама да гарантују људска права и основне слободе.

Како је у часопису „Федералист“ број 51. наведено: „од велике је важности у републици, не само да чува друштво од угњетавања његовог управљача, већ и да чува један дио друштва од неправде другог дијела“. Да би се овај задатак обавио, уставни судови се сматрају најадекватнијом граном власти и зато тренутно постоји у већини држава свијета њихов правни монопол да одреде шта устав мора бити.

Постоје бројне разлике између америчког и европског модела судске контроле. Може се рећи да и међу европским уставним судовима постоје разлике у карактеристикама судске контроле уставности и законитости, а да једина сличност међу у европском моделу та што посебни уставни судови обављају функцију судске контроле. Међутим, сличности је све више, ова два модела су се приближила. Уставни судови у Европи обављају све више функцију заштитника људских права и слобода.

Davor Trlin, LL.D.*

JUDICIAL CONTROL IN USA AND SOME EUROPEAN CONSTITUTIONAL SYSTEMS

Summary

The modern state finds the basis for the organization and functioning in the constitution. The constitutional norm has a principle character, it is always the initial and should be developed in order to fulfill its core. By law, as general and authoritative legal acts, developing of constitutional norms is done. In the hierarchy of legal acts, constitutional norm remains above the law, in accordance with the principle of "lex superior derogat legi inferior". This paper, in addition to introduction and conclusion, consists of four themes. The first explains the types of the constitutionality of legislation, in order to demonstrate the court in the modern state is not the only state body to review the constitutionality of laws. The second part presents the foundation of judicial review. The third and fourth part are institutionalized forms of judicial review in the USA and Europe, and these two parts are actually the tool for safer evaluation of the similarities and differences between the models of judicial review in the USA and Europe in the fifth part, which has actually been the target of research.

Key words: Normative hierarchy, Constitutionalism, Judicial Review, US Supreme Court, Constitutional Court

* Higher Associate at the Centre for Education of Judges and Public Prosecutors in Federation of Bosnia and Herzegovina.