

*Радмила Босанац,
спес. iur., Савезни девизни инспекторат, Београд*

Слободно тржиште и девизно-правна ограничења

Увод

Потреба је сваке државе да својим девизним прописима ограничава слободно кретање капитала, робе и услуга преко њених граница, ради заштите својих економских интереса од иностране конкуренције. Основна карактеристика сваког посла у области спољнотрговинског промета јесте да се у односима између учесника посла јавља страни елемент: било да се ради о субјектима из различитих држава, било да је место извршења уговора у иностраној земљи и пре свега се поставља питање примене меродавног права односно право које државе ће бити примењено приликом извршавања конкретног посла. У међународним економским односима увек долази до сучељавања најмање два различита правна система као и два различита монетарна система. Свака држава води сопствену монетарну политику и доноси законске оквире у којима се може остваривати аутономија воље уговорних страна приликом закључења и реализације послова из области спољнотрговинског промета. Свака држава доноси посебне мере ради заштите своје валуте и монетарног система као и ради заштите платног биланса и других својих економских интереса, и те мере су како кроз историју, тако и сада мање - више сличне, са варијацијама у погледу степена ограничења, односно са смењивањем периода интензивне регулације и контроле од стране државе, са периодима дерегулације и замаха слободног тржишта. Међутим, све већи развој технологије, саобраћаја и културе, доводи до брзог развоја трговине и до појаве различитих нових облика сарадње и пословања међу странама из различитих држава, тако да постојећи правни оквири са својим ограничењима постају претесни, а постојећа правна решења недо-

вољна. Једном речју пракса је превазишла законе који се споро мењају и споро прилагођавају новим условима.

При свему том не може се занемарити окружење у коме се данас налазе домаћи правни субјекти који обављају спољнотрговинско пословање. Домаћи правни субјекти, учесници спољнотрговинског посла, суочени су, с једне стране, са ограничењима које намеће домаће право, а са друге стране, са ограничењима које намеће право стране државе којој припада други учесник или у којој се извршава правни посао. Ово је у садашњем историјском тренутку изузетно значајно питање, с обзиром да се налазимо у условима контрадикторних процеса у међународним економским односима: с једне стране, долази до развоја међународних економских односа, са све већим обимом и сложенијим облицима, што захтева од националних законодавстава одговарајуће правно регулисање помоћу норми универзалне важности, а с друге стране међународни економски положај наше земље данас обележава ограничени приступ међународном тржишту робе, услуга и новца; с једне стране, влада општи тренд интернационализације привредног живота у условима започетог иако још незавршеног процеса својинске трансформације, процеса акционарства и приватизације, формирања привредних друштава у складу са савременим светским тенденцијама и потребама светског тржишта, с друге стране, дугогодишња пракса економских санкција против Југославије која је довела до низа поремећаја и до потребе да се посебном регулативом заштите домаћи интереси, како државни економски, тако и интереси самих привредних субјеката. Такође, суочени смо, с једне стране, са тенденцијом развоја слободне трговине која захтева дерегулативу, брисање царинских и девизних ограничења између држава, стварања Европске уније и изузетно значајног правног система тзв. комунитарног права, стварања заједничке валуте еура, тако да се јавља потреба усаглашавања домаћег законодавства са комунитарним правом и оних држава Европе које нису чланице Европске уније. С друге стране смо суочени са чињеницом да се светска политика најразвијенијих земаља меша са економијом што доводи до процеса политизације међународних трговинских и привредних односа. Осим тога, делимично као последица економских санкција, а делимично као последица неадекватне регулативе и на домаћем тржишту дошло је до појава које се тешко могу контролисати и од стране саме државе, као што је на пример, појава "слободног тржишта девиза", затим појава да се на домаћем тржишту све упоређује са девизним еквивалентом иако важећи прописи то забрањују, закључивање уговора код којих се плаћање врши у девиза између правних субјеката на територији Југославије, и друго.

Све ово указује на потребу проналажења најповољнијих и најефикаснијих решења у циљу унапређења како теорије, тако и праксе у области послова спољнотрговинског промета и привреде уопште. Посебно, ако пођемо од чињенице да је од 1995 године наступило доста промена у области трансформације облика својине, приватизације и акционарства, а да те промене нису пропраћене са променама у, за једну државу, врло важном закону, као што је Закон о девизном пословању (ЗДП).

I. Облигациони односи са елементом иностраности

Послови спољнотрговинског промета су по својој правној природи облигациони односи са елементом иностраности. Елемент иностраности може бити везан или за учеснике облигационог односа који припадају различитим државама, или за реализацију облигационог односа- предмет обавезе или начин и место плаћања

Основна начела уговорног права су. 1.-слобода уговарања, 2.-слобода одређивања, избора права и правила по коме уговарачи, пословни субјекти, желе да регулишу њихове односе.

Основна начела међународног привредног права и међународних трговинских односа су: 1.-начело слободе трговине, 2.-начело слободе саобраћаја, 3.-начело слободе трансфера новца.

Међутим, ова начела су ограничена нормама императивног карактера које доноси држава кроз реглементарно право. То су закони и пратећи прописи који су према Закону о облигационим односима у односу посебног према општем, с једне стране, и који имају обавезујућу снагу за странке и у њиховим уговорним односима које регулишу на другачији начин од Закона о облигационим односима (било применом прометних и пословних обичаја и узанси било применом типских уговора или општих услова пословања), с друге стране. Реглементарно право има првенство у односу на уговорно право, односно одредбе уговора којим странке регулишу своје узајамне односе морају бити у складу са императивним прописима. Уговорне одредбе које су противне когентним, императивним нормама су најчешће ништаве, а повлаче и одговорност за прекршај или привредни преступ, ако су исти предвиђени императивним прописом чије су одредбе странке повредиле, а у појединим случајевима кршење императивних прописа повлачи ништавост уговора у целини.

Аутономија воље странака

1. Један од основних елемената без кога нема функционисања слободног тржишта, јесте аутономија воље учесника промета уопште, а посебно послова спољнотрговинског промета.

2. Принцип аутономије воље да странке могу регулисати своје уговорне односе и одабрати закон по свом избору, први уводи париски адвокат Димулен (1500-1566), али је свој изражај добио тек у другој половини XIX века, када га је формулисала правна теорија (посебно француска) на јасан начин. Отада почиње његово увођење у писано право националних држава. У државама где овај принцип није примио законску форму, преовладао је у судској пракси. У међународној трговинској пракси овај принцип је универзално прихваћен, а прихваћен је и у многим међународним конвенцијама.¹⁾ Међутим, принцип аутономије воље није

1. Др. Младен Драшкић, Међународно привредно уговорно право, Савремена администрација

апсолутан, јер да би функционисао, он прво треба да буде прихваћен у праву одређене државе, а ако није регулисан кроз закон, већ прихваћен у пракси, опет значи да га закони одређене државе прихватају толеришући такву праксу. Исти је случај и са кодификованим међународним правом, које дозвољава да странке добровољно могу применити правила кодификованог међународног права, односно да се ова правила примењују на уговорне односе само ако су уговорне стране хтеле њихову примену. С друге стране, и када је принцип аутономије воље прихваћен у државном и међународном законодавству,²⁾ он и тада нема апсолутно правно дејство, јер је ограничен императивним нормама домаће државе. На пример, спољнотрговинским пословањем се може бавити свако правно лице, али мора да испуњава одређене услове које прописује држава, као што су упис у регистар идр. Затим да би се реализовао један увозни посао, домаћи увозник мора да испуни услове које прописује домаћа држава у погледу прибављања дозвола за увоз одређених врста робе, пријављивања увоза надлежном органу, да изврши продају дела девиза НБЈ, да прибави документа о здравственој или фитосанитарној исправности одређених врста робе или да прибави одговарајуће атесте, да изврши плаћање царине и друге царинске формалности, и да испуни друге услове прописане императивним нормама, а са друге стране, друга уговорна страна која врши извоз ове робе у својој држави, мора да испуни императивне прописе своје државе везане за извоз те робе из земље, да изврши наплату у роковима и на начин предвиђен императивним прописима и друго. Так када се испоштују императивне норме, уговорне стране могу да примене аутономију своје воље у погледу избора робе, начина и времена испоруке, времена и начина плаћања цене, као и у погледу избора меродавног закона који ће бити примењен на односе које странке нису саме прецизирале, као и у случају спора.

Врсте законских ограничења

Законска ограничења се могу, према областима за коју су везана, поделити на: законска ограничења везана за статусна питања односно за питање услова које правни субјект треба да испуни да би стекао право обављања спољнотрговинских послова; законска ограничења везана за уговор, као што су обавезна писмена форма уговора, обавезно пријављивање надлежном органу; ограничења у вези са предметом уговора, као што су забране извоза или увоза појединих врста робе или робе из одређених држава, извоз и увоз робе по режиму квота, дозволе; ограничења у вези са реализацијом уговора (као што су прописани рокови испоруке робе код увоза унапред плаћене робе, рокови код плаћања извезене робе и начин плаћања); девизно-правна ограничења (као што су забрана наплаћивања у девизама на територији Југославије, забрана валутних и златних клаузула, обавеза издваја-

2. Овде се под међународним законодавством подразумевају како кодификована међународна правна правила кроз међународне конвенције и једнообразне законе, тако и кроз правила комунитарног права ЕУ.

ња дела девизног прилива, обављање платног промета са иностранством преко овлашћене банке, јединствено девизно тржиште и јединствени девизни курс, обавеза прибављања одобрења за наплату у ефективном страном новцу, режим преноса девиза и динара преко границе идр.); и ограничења која произилазе из дискреционог права надлежних органа за процену испуњености услова за давање дозвола и одобрења.

Прописи којима се врши ограничавање слободног тржишта у међународном промету су спољнотрговински и девизни прописи којима се регулише закључење послова који имају за предмет вредности чије је коришћење стављено под контролу органа државне управе. Држава путем девизних и спољнотрговинских прописа утиче на облигационе односе у оквиру међународе размене робе и услуга и других послова са елементом иностраности, тако што прописује услове које морају испуњавати заинтересована лица ради закључења послова који имају за предмет вредност чије је коришћење и располагање стављено под контролу органа државне управе.³⁾

Овим прописима се регулише коришћење и располагање девизним вредностима с обзиром да се ради о спољнотрговинским пословима којима је циљ вршење наплате у девизама и остваривање платног биланса код кога ће прилив девиза бити већи од одлива девиза. С обзиром на значај предмета који ови закони регулишу за једну државу, норме садржане у њима су конгетне норме, односно норме императивног карактера којима се наређује одређено понашање правним субјектима на које се односе. Овим нормама се налаже одређено чињење, као што је на пример обавеза наплате или уношења девиза у земљу по основу извршеног извоза робе и услуга, или извршених инвестиционих радова у иностранству, продаја дела девиза Народној банци приликом пријављивања увоза робе, испуњење одређених услова за стицање права за обављање послова спољнотрговинског промета или других спољнотрговинских послова. С друге стране се налаже одређено нечињење, односно забрана вршења одређених радњи, као што је на пример забрана изношења у иностранство средстава плаћања изнад одређеног максимума, забрана извоза одређених производа, забрана уговарања клаузула плаћања у девизама и валутних клаузула ради обезбеђења на територији Југославије, забрана купопродаје девиза.

Забране вршења одређених радњи које су садржане у овим нормама су по правилу само релативне забране, што значи да се могу вршити само по одобрењу или дозволи надлежног органа државне управе. Међутим, ове забране могу бити и апсолутне забране, када надлежни орган не може издати дозволу или одобрење за вршење ових радњи које су предмет забране ни под каквим условима. Ове норме су изузетне, као на пример забрана изношења девиза и динара у иностранство у количини већој од прописане, забрана извоза одређених производа, забрана држа-

3. Др. Врлета Круљ, Утицај административних (девизних) одобрења и дозвола за закључење и испуњење уговора, Збирка радова из права спољне трговине, Институт за упоредно право, 1965

ња девиза ван девизног рачуна, забрана промета девиза ван јединственог девизног тржишта и др.

Забране и обавеза испуњавања одређених услова и предузимања одређених радњи су прописане законом и пратећим прописима и то изричито, јер се ради о императивним нормама чије извршење се обезбеђује стављањем у изглед санкције коју ће држава применити принудним путем захваљујући својој моћи.

Императивност односно обавезност ових норми подразумева њихову првенствену примену у односу на норме којима се регулишу облигациони односи на општи начин, као што су норме из Закона о облигационим односима, и то како у односу на диспозитивне норме, тако и на императивне норме из овог закона.

II. ЗДП и ограничавање слободног тржишта

Сваки посао спољнотрговинског промета подразумева облигациони однос између најмање две стране код којих је једна страна дужна да изврши одређену испоруку робе или да изврши одређену услугу, а друга страна је дужна да за то изврши одређено плаћање. Начин плаћања, рокови плаћања, висина плаћања (цена) као и валута плаћања су елементи уговора који се регулишу уговорним одредбама и зависе од воље уговорних страна, а оно што уговорне стране нису договориле, уређује се диспозитивним нормама закона који регулише облигационе односе оне државе чију примену су уговорне стране уговориле, односно оне државе чије право је меродавно, с обзиром, да се ради о пословима са елементом иностраности. Међутим, та воља уговорних страна је ограничена како неким императивним нормама из закона који на општи начин регулише облигационе односе, а који се у конкретном случају примењује као меродаван, тако и конгентним нормама које држава доноси кроз императивне прописе у којима даје правне оквире и ограничења којих се уговорне стране морају држати приликом закључења и реализације наплате. То је последица права државе да утврђује своју монетарну политику и да штити своје монетарне и финансијске интересе. Ова ограничења најчешће се односе на рокове плаћања и на валуту плаћања, а с тим у вези и на различите клаузуле којима уговорне стране настоје да заштите своје интересе и узајамну вредност својих престација.

С обзиром да се као основно средство плаћања код послова промета робе и услуга, појављује новац, у спољнотрговинском промету појављује се проблем у којој валути ће исплата бити извршена, односно новац које државе ће бити употребљен за исплату.

Девизно правна ограничења у спољнотрговинском пословању, произилазе из Закона о девизном пословању⁴⁾ и пратећих прописа донетих од стране Савезне владе или Народне банке ради извршавања овог Закона. Овим Законом уређује се начин плаћања и наплаћивања у пословању са иностранством и друго девизно

4. "Службени лист СРЈ" бр.12/95, 28/96, 29/97 и 35/97

пословање. У том смислу закон даје дефиницију девиза. Девизе јесу потраживања у иностранству која гласе на страну валуту, као и ефективни страни новац, осим кованог златног новца, и користе се за плаћања иностранству, сем у изузетним случајевима који су прописани законом и пратећим прописима донетим на основу закона, када се дозвољава да се девизе користе и за плаћања у земљи. Ови случајеви представљају изузетке од одредаба овог Закона којима се забрањује плаћање и наплаћивање у девизама или злату између домаћих лица, између страних лица и између домаћих и страних лица у Југославији (члан 4.). Закон полази од основног става нашег економског и правног система да је новчана јединица и основно средство плаћања на територији Југославије - динар, а да се плаћање и наплаћивање у оквиру платног промета са иностранством може вршити у девизама и у динарима. Девизе привредни субјекти (правна лица и предузетници) остварују у пословању са иностранством у складу са одредбама овог закона и закон их обавезује да их држе на свом девизном рачуну код банке овлашћене за послове са иностранством или их могу продати тој банци или другој овлашћеној банци, а могу их држати и у иностранству по одобрењу Народне банке. Привредни субјекти могу остварити девизе и куповином на јединственом девизном тржишту, ван кога је забрањена куповина и продаја девиза. Међутим, у пракси ово јединствено девизно тржиште не функционише, већ функционише "слободно" девизно тржиште на коме је курс динара у односу на стране валуте тржишни, који је знатно већи од званичног.

Плаћање и наплаћивање у обављању послова са иностранством, односно спољнотрговинских послова који су уређени Законом о спољнотрговинском пословању, правно лице и предузетник врше преко банке овлашћене за послове са иностранством. Држава такође одређује јединствени курс динара који би требало да се примењује на све финансијске и друге трансакције с иностранством. Међутим и овде се пракса и закон не поклапају.

Платни промет с иностранством врши се у девизама и новим динарима, Платни промет са земљама с којима је закључен међународни уговор о платном промету врши се у складу с тим уговором. Начин вршења платног промета с иностранством прописује Народна банка Југославије, која доноси и упутство ради јединственог вршења тог промета. Наплата извезене робе и услуга у пословима спољнотрговинског промета може се вршити само у девизама и новим динарима, а други начини плаћања су изузетни, као што је пребијање дуговања и потраживања, плаћање путем компензације, или плаћање у ефективи мимо овлашћене банке. Ови начини плаћања дозвољени су само под условима прописаним законом и пратећим прописима и на основу одобрења Народне банке Југославије. Такође, изузетак представља наплата преко корентног рачуна који се успоставља са страним лицем. Наплату у хартијама од вредности закон не прописује, нити регулише питање обезбеђења плаћања у хартијама од вредности, с обзиром да хартије од вредности које се користе у спољнотрговинском промету могу гласити на различите валуте.

Оваквим ограничењима држава није успела да под своју контролу стави реалне девизне токове који су се отргли контроли и реализују се према сопственим законитостима. Претерана регулација може у појединим случајевима проузроковати сасвим супротне ефекте, и уместо нпр. да се омогући слободнији режим плаћања на територији Југославије између домаћих и страних лица, легалним токовима под контролом државе, забране и ограничења поспешују илегалне девизне токове који измичу државној контроли.

Много већи ефекат се може постићи смањивањем ограничења у корист слободног тржишта робе, услуга, капитала и хартија од вредности уз евиденцију и контролу од стране државе, како је уређено у законима других европских држава, па и у законима неких бивших југословенских република као што је на пример случај са словеначком ЗДП. У новом словеначком ЗДП⁵) дата су нека нова решења: овај закон регулише промет новца, капитала и хартија од вредности, уз мањи број чланова, мање ограничења и више аутономије воље али под контролом државе, а у случају поремећаја платног биланса и сл., могу се пратећим прописом увести потребна ограничења. Пребацивањем регулативе више на пратеће прописе постиже се могућност брже промене, веће ефикасности и адекватно праћење савремених токова живота и лакше усаглашавање са другим законима. На овај начин се избегава и ситуација да се одлуком мењају законске одредбе што је случај са неким одлукама донетим на основу нашег ЗДП, а што је супротно уставном начелу да су одлуке пратећи прописи који се доносе ради извршавања закона, а не њихове измене.

Однос ЗОО као основног закона који регулише облигационе односе и ЗДП који даје оквире у којима се могу реализовати уговорени односи

Односи који настају у области промета роба и услуга регулисани су у нашем правном систему на јединствен начин, без обзира на различити правни статус субјеката тог промета, а то је случај и у области спољнотрговинског промета. Закон који ове односе регулише на јединствен начин јесте Закон о облигационим односима (ЗОО). Одредбе овог закона важе за све облигационе односе, уколико конкретним правилима није нешто друго предвиђено. Једно од основних начела овога закона јесте слобода уређивања облигационих односа, односно слобода учесника у облигационим односима да своје односе уреде по својој вољи, али у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих пословних обичаја. ЗОО регулише облигационе односе на општи начин, а одређени облигациони односи се регулишу посебним прописима који имају императивни карактер. Однос између ових посебних закона и ЗОО дефинисан је правилом које поставља ЗОО, према коме, на облигационе односе који се уређују другим савезним законима примењују се одредбе овог закона у питањима која нису уређена тим законом. То значи да овај закон по-

5. "Урадни лист Републике Словеније", бр. 23/99

лази од поставке да су ти други закони у делу у коме регулишу одређене облигационе односе у ствари *lex specialis* у односу на Закон о облигационим односима.

Осим тога, извесна специфичност уговора у привреди повлачи и посебно регулисање у одређеним случајевима у оквиру ЗОО. У том смислу, у ЗОО је нормирано правило да се одредбе овог закона примењују на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито одређено нешто друго. Под уговорима у привреди Закон подразумева уговоре које предузећа и друга правна лица која обављају привредну делатност, као и имаоци радњи и други појединци који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну делатност, закључују међу собом у обављању делатности које сачињавају предмете њиховог пословања, или су у вези са тим делатностима. Исто закон прописује и за друге правне послове.

Према члану 10. ЗОО, учесници у промету слободно уређују облигационе односе, а не могу их уређивати супротно принудним прописима, јавном поретку и добрим пословним обичајима. У овој одредби садржано је ограничење начела диспозитивног карактера одредаба овог закона заснованог на сагласности воља уговорних страна тј. учесника облигационог односа. Иако су одредбе овог Закона углавном диспозитивног карактера, појављује се све више одредаба императивног карактера, како у самом Закону тако и у другим прописима позитивног права. Слобода уговарања ограничена је императивним нормама тј. правилима друштвеног понашања која се у одређеним правним ситуацијама морају поштовати. Странке које ступају у облигационе односе уређују ове односе према начелима аутономије воље и диспозитије, али су ограничене прописима императивног карактера којима се заштићују одређена друштвена добра и друштвени односно државни интереси. У томе се огледа интервенција државе која прописује санкције за непоштовање императивних норми у виду казни за привредне преступе, прекршаје и кривична дела, ако се ради о посебним императивним прописима, или предвиђа као санкцију ништавост уговора у случају непоштовања одредби императивног карактера из самог ЗОО (на пример, уговор о алотману је ништав ако није закључен у писменој форми).

Императивни прописи који ограничавају вољу странака приликом закључивања уговора из области облигационих односа, најчешће су или статусног карактера, јер прописују које услове треба да испуњава правно или друго лице за обављање одређених послова, или третирају начин испуњења преузетих обавеза и то најчешће начин и инструменте плаћања. Држава доноси прописе принудног карактера у оквиру статусног права ради обезбеђења вођења евиденције и контроле пословања у областима које су од ширег друштвеног интереса, а директно је заинтересована и за начин плаћања и инструменте плаћања нарочито код послова са елементом иностраности тј. другим речима код спољнотрговинског пословања.

Поред члана 10. и члан 23. упућује на примену другог закона односно *lex specialis* у односу на ЗОО, јер је прописано да се на облигационе односе који се уређују другим савезним законима примењују одредбе ЗОО у питањима која нису уређена тим законима.⁶⁾ *Lex specialis* који регулише облигационе односе у области промета

са елементом иностраности је Закон о спољнотрговинском пословању (ЗСП) који регулише питање који послови се сматрају спољнотрговинским пословима, ко их може вршити и одређује услове за њихово закључење и ЗДП који регулише начин и рокове плаћања, а сам начин уговарања, садржину, права и обавезе уговорених страна и правну природу уговора у области спољнотрговинских послова регулише ЗОО.

У пракси често долази до неспоразума који су последица погрешног стављања одредаба ЗОО изнад одредаба ЗДП, односно због занемаривања императивног карактера одредби ЗДП, и настојања да се применом одредаба ЗОО озаконе одређене радње које су противне одредбама Закона о девизном пословању. То је најпре случај са применом и тумачењем члана 395. ЗОО који се не може примењивати ни тумачити ако се не узме у обзир и члан 4. ЗДП. О односу између ових чланова биће више речи у одељку који говори о валутним калузулама.

III Утицај девизно-правних ограничења на закључење и испуњење уговора

Посебна карактеристика спољнотрговинских уговора је појачана државна интервенција при закључењу и извршењу ових уговора, која се спроводи кроз различита законска ограничења. Ову интервенцију примењују све државе, а разлике постоје само у степену и у начинима њеног спровођења. Ограничења слободне воље уговорних страна познаје и право Европске уније, које смањује ограничења у унутрашњем тржишту међу земљама чланицама, али задржава ограничења у односу на спољно тржиште и државе нечланице. С обзиром да применом императивних прописа долази до ограничавања аутономије воље уговорних страна и ограничавања примене диспозитивних норми из ЗОО, ова ограничења имају одређени утицај на закључење и испуњење уговора у области спољнотрговинског промета.

Пуноважност уговора и императивни прописи

1. Основно питање које се поставља код односа уговора из области спољнотрговинског промета и државно правних ограничења јесте питање важности уговора који је закључен у супротности са императивним нормама девизних и спољнотрговинских прописа, односно ако не испуњава услове предвиђене овим прописима. Непоштовање законских забрана и непоштовање законских обавеза, повлачи за собом санкцију за привредни преступ или прекршај, а у одређеним случајевима и кривично дело. Међутим, поставља се питање какве ће последице наступити на

6. Поред ЗОО као општег закона, донет је и Закон о облигационим односима и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају ("Службени лист СРЈ", бр.12/98,15/98), који на посебан начин регулише облигационе односе у ваздушном саобраћају, али када је у питању девизно и спољнотрговинско пословање, Закон о спољнотрговинском пословању и Закон о девизном пословању су императивни прописи који на посебан начин регулишу облигационе односе из ових области.

уговорни однос између учесника спољнотрговинског посла или девизног посла закљученог противно одредбама ових прописа, нарочито с обзиром на чињеницу да се ради о уговорима који се закључују између домаћег и страног лица и да се поставља питање правичности ако би страно лице као друга савесна страна сносило последице за радње домаћег лица које су противне домаћим императивним прописима.

У правној теорији и у пракси различитих држава заступљена су различита мишљења у погледу пуноважности правног посла у случају супротности са императивним прописима. Девизни прописи имају такав карактер да могу искључити одредбе Закона о облигационим односима. Један правни посао може бити закључен у складу са одредбама ЗОО, али у супротности са императивним нормама ЗДП. Такође, у савременим условима развоја међународне трговине, појављују се нови послови које не познаје Закон о облигационим односима, али с обзиром на диспозитивност својих норми, дозвољава регулисање нових послова на бази аутономије воље уговорних старана и на бази примене узанси и трговачких обичаја и међународне праксе. Уколико су ови послови у супротности са девизним и спољнотрговинским прописима, на пример, није прибављено законом прописано одобрење за обављање неког девизног посла (на пример, наплаћивање у ефективи или увозна дозвола), поставља се питање да ли они повлаче сем санкције и друге последице на пуноважност закључења и извршења уговора.

Према једном гледишту,⁷⁾ правни посао односно уговор је пуноважан и када је закључен без потребног девизног одобрења или дозволе. Одобрење не утиче на закључење уговора већ само на његово испуњење - уколико одобрење не буде дато, уговор се неће моћи извршити. Сагласност надлежног органа као услов за пуноважност уговора може се јавити у два вида, као предходна дозвола која је услов за закључење уговора, и као накнадно одобрење у случају када је уговор већ закључен али под одложним условом. У погледу увозних и извозних дозвола прихваћено је становиште да не утичу на пуноважно закључење уговора, већ само на његово извршење, што повлачи обавезу накнаде штете у случају неизвршења.⁸⁾

У страним законодавствима се не може наћи потпуни одговор на питање да ли једно лице може пуноважно да закључи спољнотрговински уговор без прописане увозне или извозне дозволе, али судска пракса и трговачки обичаји стоје чврсто на становишту да недостатак прописаног девизног одобрења повлачи апсолутну ништавост правног посла.⁹⁾ Ако је извоз или увоз неке робе апсолутно забрањен, онда је такав уговор противзаконит јер има забрањен предмет, па је према томе и ништав и не може да производи правна дејства. Тако је на пример и према немач-

7. Hug, *The Law of International Payments*, и А. Голдштајн, право међународне купопродаје, према Др. Валдета Круљ, Утицај административних (девизних) одобрења и дозвола на закључење и испуњење уговора, стр 48.

8. Др. Мирко Васиљевић, *Пословно право*, стр. 377, Београд, 1997.

9. Др. Младен Драшкић, *Међународно привредно уговорно право*, Савремена администрација, Београд

ком Закону о спољној трговини правни посао, који је настао без потребног одобрења, без дејства. Међутим овај закон не прописује апсолутну ништавост, јер посао постаје пуноважан и када се потребне дозволе накнадно прибаве. У упоредном законодавству и судској пракси углавном је заступљено становиште да се уговор закључује сагласношћу воља уговорних страна о битним елементима уговора, а извозно увозне дозволе су битне за реализацију уговора, а не за његово закључење. Уговорна страна која је била обавезна да прибави извозну или увозну дозволу, биће одговорна само за накнаду штете уколико није применила дужну пажњу (уколико је у време закључења могла предвидети да због законских ограничења неће моћи извршити своје уговорне обавезе, или да неће моћи прибавити потребну дозволу), али у већини држава заступљено је становиште да обавеза прибављања дозволе или ограничења увоза или извоза робе односно друга ограничења промета робе, која не зависе од воље уговорних страна већ су резултат дискреционог права државног органа, представљају изванредни догађај који ослобађа уговорне стране одговорности за извршење уговора.

Према нашим прописима, преовлађује схватање да је правни посао, који је закључен супротно императивним прописима, ништав. Да би један облигациони уговор производио правна дејства потребно је да буду испуњени услови који се законом захтевају за његов настанак и пуноважност

Према одредбама Закона о облигационим односима, уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима ништав је ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго. Ако је закључење одређеног уговора забрањено само једној страни, уговор ће остати на снази ако у закону није нешто друго предвиђено за одређени случај. Тиме се штите интереси оне стране којој није забрањено закључење одређеног уговора, а страна која је повредила законску забрану сносиће одговарајуће последице.¹⁰⁾ Уговор је такође ништав ако је у њему постављен одложни или раскидни услов који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим пословним обичајима.

Такође, уговор је ништав и у случају када је предмет обавезе из уговора недопуштен или у случају када је основ уговора недопуштен. Према одредбама ЗОО, уговорна обавеза може се састојати у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу, и она мора бити могућа, допуштена и одређена, односно одредива. Уговор је ништав када је предмет обавезе немогућ, недопуштен, неодређен или неодредив. Предмет обавезе је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.

Недопуштен предмет обавезе је на пример плаћање у девизама између домаћих лица, домаћих и страних лица или страних лица на територији Југославије, или ако је предмет купопродаје страни ефективни новац односно девизе, сходно одредбама ЗДП, које ово забрањују. Овакав уговор је ништав, Код уговора спољ-

10. Ништавост је регулисана чланом 75, 103, 104, 106, 108, 109, 110 Закона о облигационим односима.

нотрговинског промета, може бити недопуштен увоз или извоз одређених врста робе, или робе пореклом из одређених држава или одређеног подручја.

Код недопуштеног предмета разликује се апсолутна забрана која постоји кад закон забрањује предмет уговора тако да га нико не може пуноважно извршити, и релативна забрана која постоји када предмет може бити предузет само од одређених субјеката, а за друге је забрањен. На пример, код плаћања у ефективном страном новцу, Закон о девизном пословању допушта у одређеним случајевима да домаћа лица могу вршити наплату у ефективном страном новцу од странаца и на територији Југославије, док је, на пример, купопродаја девиза ван јединственог девизног тржишта, апсолутно забрањена. У суштини, апсолутне забране су изузетак.

Поред предмета, свака уговорна обавеза мора имати и допуштен основ. Основ је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим пословним обичајима. Ако основ недостаје или је недопуштен, уговор је такође ништав.

Закон о облигацијама регулише и ситуацију кад је за закључење уговора потребна сагласност трећег лица. Ова сагласност може бити дата пре закључења уговора, као дозвола, или после његовог закључења, као одобрење, ако законом није прописано нешто друго. Дозвола односно одобрење морају бити дати у облику прописаном за уговоре за чије се закључење дају. У случају да се ради о сагласности која се даје пре закључења уговора, онда уговор на настаје уколико ова сагласност није дата. Уговор који је закључен без дозволе, биће ништав. Код накнадне сагласности, односно одобрења, уговор који је већ закључен производи правна дејства тек добијањем одобрења тако да ова сагласност односно одобрење има карактер одложеног услова. По добијању одобрења, уговор производи правна дејства од момента закључења.¹¹⁾ У оквиру спољнотрговинског пословања, одобрење се, на пример, даје код закључења компензационих послова, пребијања дуговања и потраживања, плаћања и наплаћивања у ефективном страном новцу, обављања мењачких послова идр. Код компензационих послова и пребијања дуговања и потраживања, одобрење се даје за сваки појединачни посао, а може бити дато и накнадно и уговор ће производити правно дејство од момента закључења, док код плаћања и наплаћивања у ефективном страном новцу и обављања мењачких послова, уговор ће бити ништав уколико није постојала предходна сагласност од стране надлежног органа. Само уговори који су закључени од момента давања сагласности односно одобрења за обављање ових послова имаће правно дејство. Код давања предходне сагласности, карактеристично је да се она углавном даје правном субјекту за обављање одређене врсте послова, а не сваког појединачног посла.

Закон о облигационим односима не допушта накнадну пуноважност ништавог уговора, у случају да забрана или који други узрок ништавости накнадно нестане.

Међутим, код издавања извозне или увозне дозволе, ситуација је нешто другачија. Ове дозволе су регулисане спољнотрговинским прописима. У начелу, извоз и

11. Др. Слободан Перовић и др. Драгољуб Стојановић, Коментар закона о облигационим односима, стр.193., београд, 1980

увоз робе и услуга је слободан, али је за поједине врсте робе предвиђен систем квота где се увоз регулише царинским стопама, док је за одређене робе задржан систем дозвола. Увозна дозвола односно дозвола за увоз одређене врсте робе истовремено има карактер и девизне дозволе, с обзиром да се плаћање увезене робе врши девизама, а нарочито у случају када се ради о авансном плаћању. Осим тога увозне дозволе имају већи значај због заштите домаће производње. Међутим, ове дозволе немају утицаја на само закључење уговора. Уговорне стране могу закључити спољнотрговински посао сагласношћу својих воља, а извозне и увозне дозволе представљају само услов за могућност извршења уговорних обавеза, Уколико уговорна страна на којој лежи обавеза прибављања извозне или увозне дозволе, исту не прибави, уговорне обавезе неће моћи бити извршене, а страна која је дозволу требало да прибави мораће другој страни да надокнади штету због неизвршења уговора, нарочито ако је гарантовала да ће прибавити дозволу. За разлику од предходног одобрења или сагласности које надлежни орган даје пре закључења уговора и без којих неће бити ни закључења, код извозно-увозних дозвола, уговор је закључен, али његово извршење зависи од прибављања дозволе. Дозвола је услов за извршење уговора. Овакво схватање је прихваћено у пракси међународне трговине, из разлога што се на овај начин постиже брзина у закључивању уговора, с једне стране, а са друге, страна која прибавља дозволу може да прихвати повољне уговорне понуде. С обзиром да се дозволе дају за ограничену количину робе, и да такође зависе и од порекла робе која се увози и од тога о ком иностраном произвођачу се ради (може постојати законско ограничење за увоз робе из појединих земаља или санитарна ограничења), и да се уз захтев за дозволу прилаже и уговор са страним партнером, логично следи да домаће предузеће прво закључује уговор који је пуноважан, а чије извршење зависи од добијене дозволе. Уколико је за одређену врсту уговора прописано и давање предходне сагласности, уговор ће бити ништав уколико сагласност није прибављена.

Да би домаће предузеће избегло одговорност за накнаду штете другој уговорној страни због немогућности извршења уговора у случају недобијања сагласности од стране надлежног органа, требало би да настоји да у уговор унесе клаузулу са одложним условом: добијање увозне или извозне дозволе као услов за пуноважност или извршење уговора.

Посебно је интересантно питање форме уговора. Закон о облигационим односима прихвата принцип који је опште прихваћен и у другим националним законодавствима, трговинским обичајима и пословној пракси, а то је принцип слободе форме, сем у случајевима када је законом прописана обавезна писмена форма или то произилази из пословне праксе код типских и формуларних уговора. Законом се може прописати писмена форма као услов за пуноважност уговора, као и одређени елементи које уговор мора да садржи, или само као доказно средство да је уговор закључен. Код спољнотрговинских послова обавезна писмена форма се јавља као правило. Код неких врста уговора прописана је ништавост уговора у случају да није закључен у писменој форми. Код других, писмена форма је услов за

упис у одговарајући регистар, али одсуство писмене форме не повлачи ништавост на основу самих законских норми, већ само одговарајућу санкцију.

Један од битних услова за поједине врсте уговора из области спољнотрговинског пословања јесте и обавеза пријављивања ради одобравања, евидентирања, односно уписа у одговарајући регистар који воде надлежни ресорни државни органи. Према Закону о спољнотрговинском пословању, то је случај код:

- обављања привредних делатности у иностранству,
- извођења инвестиционих радова у иностранству,
- дугорочне производне кооперације,
- уступања извођења инвестиционих радова страном лицу у земљи,
- улагања страних лица у домаћа предузећа,
- продаје стране робе са консигнационих складишта у земљи,
- прибављања и уступања права индустријске својине, знања и искуства (know-how)

Да би уговор био пријављен и регистрован код надлежног органа он претпоставља писмену форму, која је код ових уговора обавезна. Уговори који по закону морају бити регистровани и закључени у писменој форми, а нису закључени у писменој форми, ништави су. На пример, уговор о страним улагањима, према Закону о страним улагањима, који није закључен у писменој форми, ништав је.¹²⁾

Међутим код других врста уговора, није изричито прописано да недостатак прописане форме повлачи ништавост уговора, иако је прописан и минимум елемената које ови уговори треба да садрже. То је случај на пример код уговора о заступању страних лица у Југославији,¹³⁾ уговора о компензационим пословима са иностранством,¹⁴⁾ уговора о пословима посредовања у спољнотрговинском промету.¹⁵⁾

Код уговора код којих није прописана писмена форме као услов пуноважности, писмена форма је потребна као доказно средство приликом регистрације односно пријављивања ових уговора. У случају да је такав уговор закључен без писмене форме, и да није пријављен надлежном органу према прописима, он неће бити ништав, производиће правно дејство, али повлачи санкцију за лице које је било дужно да изврши пријављивање односно регистрацију уговора. То је по правилу домаће лице, и овакво схватање је у складу са начелом правне сигурности у односу на савесно страно лице које није одговорно и не би требало да сноси последице због кршења домаћих императивних прописа од стране домаћег лица.

На ништавост суд пази по службеној дужности и на њу се може позивати свако заинтересовано лице или јавни тужилац. Право на истицање ништавости се не гаси.

12. Закон о страним улагањима, "Службени лист СРЈ", бр. 79/94,15/96,29/96

13. Уредба о заступању страних лица у Југославији, "Службени лист СРЈ", бр. 5/92,26/94,61/94

14. Одлука о компензационим пословима са иностранством, "Службени лист СРЈ", бр. 51/92,61/94,86/94,30/97

15. Одлука о пословима посредовања у спољнотрговинском промету, "Службени лист СРЈ", бр.51/92

Опште правило код ништавости је да је свака уговорна страна дужна да врати оно што је примила по основу таквог уговора, а ако то није могуће, има се дати одговарајућа накнада у новцу. Међутим, изузетак постоји код ништавости уговора због тога што је по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Тада суд може, према одредбама Закона о облигационим односима, одбити у целини или делимично захтев несавесне стране за плаћање оног што је другој страни дала, а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има седиште или боравиште. Међутим, пошто се у овом случају ради о ништавости због повреде императивних прописа, императивни прописи посебно регулишу питање поступања са предметом извршења забрањеног уговора. Пошто се ради о извршењу забрањене радње (или покушају) за коју је предвиђена и одређена санкција, предмет извршења се најчешће одузима према одредбама одговарајућег императивног прописа. Код недозвољене купопродаје девиза или недозвољеног плаћања и наплаћивања у девизама, девизе се одузимају, тако да се овде као последица ништавости јавља одузимање предмета извршења уговора. Одузимање предмета извршења је посебна заштитна мера која је прописана за све недозвољене радње односно радње које су противне одредбама Закона о девизном пословању. Предмет извршења код свих девизних послова су девизе, или злато. С обзиром да све повреде Закона о девизном пословању повлаче за собом одузимање предмета извршења, то претпоставља да су сви послови који су закључени противно његовим одредбама ништави. Међутим, у пракси то баш није увек тако када су у питању спољнотрговински послови. На пример, у случају прекорачења рока наплате,¹⁶⁾ не може се сматрати ништавим посао због тога што наплата није извршена у законском року од 60 дана, пре свега полазећи од тога да се ради о послу са еле-

16. Закон прописује рокове наплате извезене робе и извршених услуга, и потраживања по другим основама, као и увоза унапред плаћене робе, чиме се ограничава уговорна слобода странака. Ови рокови не могу бити дужи од 60 дана, сем у случају кад се ради о наплати извезене робе или извршених услуга страним лицима у оквиру привредне делатности у слободним и царинским зонама, када се рок наплате везује за уговор. Ткође, изузетек постоји и код услуга у ваздушном, железничком, друмском, поморском, речном и ПТТсаобраћају, које се наплаћују у роковима и по поступцима прописаним међународним уговором, с обзиром да се ради о услугама које су због свог међународног значаја регулисане међународним уговорима.

Посебном одлуком прописано је да се изузетно, у одређеним случајевима, законом прописани рок од 60 дана за наплату може продужити за још 60 дана.

Даном наплате у смислу овог Закона, сматра се дан када су девизе уплаћене у корист рачуна банке овлашћене за послове са иностранством, односно дан када је извршено царинење робе којом се наплаћује извоз.

Код извођења инвестиционих радова у иностранству, наплата истих се врши према уговору, али су правно лице или предузетник дужни да по завршетку тих радова унесу у земљу девизе у року од 60 дана од дана наплате инвестиционих радова.

Уговарање рокова плаћања или испоруке унапред плаћене робе супротно императивним одредбама, не повлаче ништавост уговора, с обзиром да је обавеза испоруке робе или плаћања унапред већ извршена, већ повлачи само казнене мере.

ментом иностраности, и да плаћање зависи од различитих околности, као што су могућности страног партнера, прописи стране државе, идр. Међутим, домаће предузеће је дужно да приликом закључења уговора са страним партнером уговори наплату извезене робе, односно увоз унапред плаћене робе у законском року од 60 дана као битан састојак уговора и да у случају неизвршења обавезе страног лица предузме одговарајуће мере. Прво, домаће лице може да тражи продужење рока уноса девиза односно увоза робе од НБЈ у још једном додатаном року од 60 дана, Уколико ни тада страни партнер не изврши своју обавезу, домаће предузеће треба да тражи раскид уговора и повраћај онога што је дало другој уговорној страни (повраћај робе или девиза) а уколико повраћај није могућ да тражи накнаду штете. О овоме би суд који води привредно-казнени поступак због непоступања по одредбама закона требало да води рачуна, односно надлежни свазни орган који води прекршајни поступак. Уколико је домаће предузеће предузело све што му је прописима и међународним обичајима дозвољено ради заштите својих уговорних права, па ако не дође до наплате или накнаде штете, онда се може говорити о вишој сили и ослобађању домаћег предузећа од одговорности за кршење императивних прописа. С друге стране не би требало занемарити чињеницу да су домаћа предузећа пре свега дужна да код одабирања страног партнера поступају са пажњом доброг привредника и воде рачуна о бонитету и солвентности партнера са којима закључују спољнотрговинске уговоре.

Осим тога, код неких уговора, могућа је конверзија, коју предвиђа и ЗОО. Када неиспуњење законских одредби, повлачи ништавост те врсте уговора, остаје на снази друга врста уговора чији елементи су испуњени, под условом да је то у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост уговора. То је случај са уговором о компензационом послу. Домаће предузеће не може уговорити компензациони посао, односно плаћање извоза робе увозом и обрнуто, без предходне сагласности Народне банке. Уколико предузеће закључи компензациони посао без одобрења, и накнадно га не прибави, компензациони посао ће бити ништав, значи неће моћи извршити наплату извоза увозом. Међутим, уговор са страним партнером ће остати на снази, с тим што је домаће предузеће дужно да посао сведе на редован извоз или редован увоз, поступајући према законском режиму који важи за редован извоз и редован увоз. Слична је ситуације и код послова привременог увоза или извоза који се врше ради оплемењивања робе или дораде. У случају ништавости уговора о привременом увозу или извозу, или немогућности извршења уговорних обавеза дораде или оплемењивања, овај уговор ће имати третман уговора о редовном извозу односно увозу. То подразумева губитак олакшица које су прописане код привременог увоза или извоза, односно компензације и обавезу пријављивања редовног увозног или извозног посла, прибављање дозвола, полагања дела девиза код НБЈ код увоза и др.

На апсолутну ништавост уговора суд мора да пази *ex officio*, а посебно код уговора из области девизног и спољнотрговинског пословања, јер се ради о заштити

јавних интереса. Међутим, дешава се да судска пракса код решавања питања у области облигационих односа не води довољно рачуна о апсолутној ништавости нити о императивним прописима већ се углавном везује за ЗОО занемарујући одредбе овог закона који првенство примене дају императивним прописима.

2. Друго питање које се поставља у погледу важности уговора у односу на императивне прописе јесте питање важења закљученог уговора у случају промене прописа и увођења нових ограничења на девизно и спољнотрговинско пословање.

Одговор на ово питање би могао бити двојак. С једне стране, ако се пође од важности самог прописа, који почиње да важи одређеног дана од дана објављивања, већ закључени уговори се морају ускладити са новим решењима из прописа. С друге стране, начело правне сигурности захтева да закључени уговор мора да се изврши онако како је закључен, односно да се на њега примењују одредбе прописа који су важили у време његовог закључења, што је у складу и са начелом да се на правне односе и извршене радње примењује пропис који је важио у време извршења, а нови се примењује само уколико је повољнији.

Наши прописи не регулишу ово питање у потпуности, па се оно мора решавати у сваком конкретном случају путем тумачења прописа.

Према Закону о страним улагањима,¹⁷⁾ уговори о улагању или уговори, односно одлуке о оснивању који су поднесени на одобрење, односно регистрацију савезном органу надлежном за економске односе са иностранством до дана ступања на снагу овог закона, а нису одобрени, односно регистровани до тог дана, одобравају се, односно региструју по одредбама новог закона. Такође је регулисано да се на односе утврђене уговорима о концесији закљученим до дана ступања на снагу новог закона примењују одредбе тих уговора, односно закона на основу којих су закључени, ако је то за концесионара повољније или ако уговорне стране одређена питања споразумно не уреду у складу са овим законом.

Према Закону о кредитним односима са иностранством,¹⁸⁾ кредитни послови који су у току на дан ступања на снагу овог закона завршиће се под условима који су важили у време започињања тих послова, ако је то за учеснике у тим пословима повољније.

Наш Закон о девизном пословању не регулише посебно ово питање, док је на пример, у словеначком закону, у прелазним и завршним одредбама, регулисано да уговори о страним улагањима, склопљени на основу закона о страним улагањима чија важност је престала са доношењем овог закона, се извршавају у складу са уговором до истека уговора. Слично је регулисано питање важности уговора о дугоочној производној кооперацији. Ови уговори који су регистровани до дана ступања на снагу девизног закона, извршавају се у складу са уговором до истека уговора. Међутим, за остале уговоре из области девизног пословања, није прописано питање њихове важности, па се подразумева да се они морају ускладити са новим решењима из закона.

17. "Службени лист СРЈ", бр. 79/94, 15/96, 29/96

18. "Службени лист СРЈ", бр. 42/92, 24/94, 28/96

Закон о спољнотрговинском пословању регулише ово питање само у вези са статусним условима. Започети послови спољнотрговинског пословања производе правно дејство и у случају престанка права за обављање спољнотрговинског пословања предузећа које их је започело. Предузеће коме је престало право за обављање ових послова може започете послове завршити или их уступити предузећу или другом правном лицу које је регистровано за спољнотрговинско пословање.

Закон о облигационим односима не регулише генерално питање важности уговора који су настали у време важења закона који је престао да важи, односно питање примене новог закона или нових одредби једног закона на већ закључене уговоре и друге облигационе односе, сем у односу на ступање на снагу самог ЗОО. У прелазним и завршним одредбама овог закона у вези са применом закона, регулисано је да се одредбе овог закона неће примењивати на облигационе односе који су настали пре ступања на снагу овог закона.

Према општем начелу, закони немају ретроактивно дејство осим у изузетним случајевима када је то изричито законом прописано. Остаје да се у сваком конкретном случају мора тумачити да ли нова законска ограничења имају дејство на већ закључене уговоре.

3. Осим тога, ово питање пуноважности уговора у односу на императивне прописе није везано само за спољнотрговинске уговоре него и за остале уговоре који имају девизну вредност, односно код којих постоје клаузуле плаћања у девизама и валутне клаузуле обезбеђења, или код којих је предмет уговора страном средство плаћања. Закон о девизном пословању, како је већ речено, је закон који регулише начин плаћања и наплаћивања приликом обављања спољнотрговинског промета, као и друге послове везане за девизни режим, другим речима регулише промет страног новца и промет новца уопште и капитала у односима са иностранством.

Основни проблем који треба решити приликом реализације уговора у спољнотрговинском промету везан је за начин плаћања и врсту валуте у којој ће плаћање бити извршено, с обзиром да се код ових уговора разликује место закључења уговора и место његове реализације, односно место где ће бити извршено плаћање. Овај проблем се нарочито компликује с обзиром на чињеницу да различите државе различито регулишу ово питање и ограничавају наплату односно плаћање на својој територији у страном валути, односно у девизама.

ЗДП и валутне клаузуле обезбеђења и плаћања

Још једно питање које је везано за уговорна девизна ограничења, јесу валутне клаузуле. Југословенски закон не допушта валутне клаузуле (такође ни златне клаузуле) у уговорима између домаћих лица, станих лица и између домаћих и страних лица на територији Југославије, и на тај начин инсистира на начелу номинализма. Начело номинализма које се састоји у томе да уговорна обавеза плаћања буде извршена у истом броју номиналних јединица као у моменту закључења уговора, напуштено је (бар у свом стриктном значењу), у скоро свим системима у упоред-

ном праву, из разлога што примена начела једнакости уговорних престација налаже да се у циљу заштите уговорних страна могу уговорити валутне и друге клаузуле којима ће се извршити обезбеђење плаћања у случају смањења вредности валуте плаћања и смањења њене куповне моћи. Начело номинализма које је раније било опште прихваћено, у садашње време је превазиђено нарочито са стварањем Европске уније и увођењем евра као будуће јединствене валуте, која за сада има улогу еквивалента у коме се изражавају сви послови закључени како између земаља чланица Европске уније, тако и код послова које закључују државе чланице са придруженим државама и трећим државама. Међутим, југословенски закон се на домаћој територији опредељује за начело номинализма на тај начин што забрањује закључивање послова којима се обезбеђује да ће се вредност уговорне обавезе у новим динарима израчунати на основу цене злата или курса новог динара у односу на стране валуте. У случају када се ради о закључењу уговора односно послова ван територије Југославије, без обзира да ли се ради о домаћим или страним лицима, закон ништа не прецизира, али се може закључити да овакве клаузуле нису забрањене. Сем ових клаузула за заштиту вредности уговорних престација, забрањене су и клаузуле плаћања у страној валути на територији Југославије. Изузетак постоји у одређеним прописаним случајевима када је дозвољена наплата од страних лица под одређеним условима, што је регулисано пратећим прописом. Међутим, овим прописом нису обухваћени неки послови код којих би се такође могло дозволити плаћање и наплаћивање у девизама, као што је то случај са туристичким услугама које пружају домаће агенције у иностранству. Ту се ради о увозу услуга, али се не дозвољава наплата у девизама од домаћих лица, већ се наплата мора вршити у иностранству, на који начин наплаћена девизна провизија остаје у иностранству.¹⁹⁾ Плаћање и наплаћивање између домаћих лица, када је у питању посао са елементом иностраности, требало би дозволити под условима и на начин који држава пропише, другим речима под контролом државе, с обзиром да се ово плаћање и наплаћивање фактички врши у девизама, али ван легалних токова и државне контроле. С друге стране, и валутне клаузуле које служе ради обезбеђења вредности узајамних престација би требало дозволити, с обзиром да је такво уговарање постала свакодневна појава и да то више ни једна законска одредба не може забранити, а чак се и у појединим законима уводи девизни еквивалент као средство обезбеђења од инфлације (па чак и у неким казним прекршајним одредбама, којима се прописује казна у динарској противувредности девиза). Овде се у ствари ради о државном валоризму, односно валоризму који уводи држава ради заштите својих интереса од последица стриктне примене начела номинализма (заштита од инфлације). С друге стране, тај валоризам није допуштен у уговорним односима иако је постао свакодневна појава. Егзистирањем одредбе која нема никаквог значаја и коју је живот превазишао умањује обавезну снагу читавог закона.

19. Види ближе: Радмила Босанац, Туристичке агенције и правни режим спољнотрговинског и девизног пословања, "Право и привреда", 5-8/98, VII конгрес правника у привреди

Међутим, и поред потребе измене ових одредаба, чињеница је да су оне на снази и неприхватљиво је мењање закона путем судске праксе, која занемарује императивност одредби ЗДП, и првенство даје одредбама Закона о облигационим односима. Начело монетарног номинализма регулише и ЗОО у члану 394, према коме кад обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан исплатити онај број новчаних јединица на који обавеза гласи, изузев кад закон одређује нешто друго. Међутим, оно што је довело до различитог тумачења јесте валута обавезе регулисана у члану 395. ЗОО. До 1993.године, овим чланом је било регулисано да ако новчана обавеза противно савезном закону гласи на плаћање у злату или некој страниој валути, њено испуњење се може захтевати само у домаћем новцу према курсу који је важио у тренутку настанка обавезе. С обзиром да су проблеми инфлације унели потребу заштите вредности уговорних престација у вези са могућом променом вредности валуте плаћања у односу на валуту уговора, ова одредба је измењена. У том смислу, ако новчана обавеза гласи на плаћање у злату или некој страниој валути, њено испуњење се може захтевати у домаћем новцу према курсу који је важио у тренутку испуњења обавезе. Испуњење новчане обавезе која гласи на страну валуту или злато, није више искључиво везана за домаћу валуту, него допушта могућност и исплате у девизама на које гласи. Међутим, ова исплата у девизама не може се посматрати мимо императивних норми из ЗДП, тако да се плаћање у девизама, а такође и закључивање уговора са валутном клаузулом може извршити само у случајевима које дозвољава ЗДП и под условима које утврђује овај закон и његови пратећи прописи. Осим тога, ова одредба је донета да би се ублажило начело номинализма када је обавеза плаћања уговорена у девизама, а извршава се у динарима, као и да се заштити вредност узајамних престација с обзиром на промену вредности валуте обавезе у моменту плаћања у односу на моменат уговарања. У том смислу је и од стране савезног суда и врховних судова заузет став да ако новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниој валути, али се исплата по закону мора извршити само у динарима, суд ће дужника обавезати на исплату динарске противувредности износа стране валуте по најповољнијем курсу по коме пословне банке у месту плаћања на дан исплате откупљују ефективну страну валуту.²⁰⁾ Међутим, ово схватање не значи аутоматско важење валутних клаузула, већ само у случајевима кад их Закон о девизном пословању дозвољава.

Код ових уговорних клаузула се поставља такође питање пуноважности уговора који садржи забрањене валутне и златне клаузуле. Према формулацији у ЗДП, забрањено је закључивање уговора са клаузулама валутним и златним како ради плаћања тако и ради обезбеђења, из чега произилази да су овакви уговори, закључени противно законским одредбама, ништави. Међутим, у упоредном зако-

20. Монетарни номинализам-валоризам и накнада штете у условима високе инфлације, Закључци са Саветовања грађанских одељења Савезног суда, Врховног војног суда, Врховних судова република и Вишег привредног суда у Београду, Суботица, 1996.године, Билтен судске праксе бр.42&97

нодавству и пракси, прихваћено је становиште да су нишгаве само недозвољене клаузуле, али не и сам уговор.

За разлику од домаћег ЗДП, који забрањује и валутне клаузуле плаћања и валутне клаузуле обезбеђења, неки закони бивших југословенских република дају нека савременија решења са мање ограничења.

У словеначком закону се прави разлика између пословања резидената и нерезидената, с једне стране и послова између резидената.²¹⁾ Пословање између резидената и нерезидената је слободно, ако законом није друкчије одређено, што подразумева поред плаћања и наплаћивања путем платног промета, и уговарање заштитних клаузула а такође и међусобно плаћање у девизама. Ограничење постоји у погледу готовинског плаћања с обзиром да је овим законом прописано да резиденти, који су правна лица, заступници и филијале страних правних лица у Словенији, смеју вршити плаћање у страном готовини у иностранству или примити плаћање из иностранства у страном готовини под условима и на начин који прописује банка Словеније. Такође, плаћање нерезидената у домаћој готовини, резиденти који су правна лица смеју примати у складу са прописима који уређују готовинско пословање у домаћем платном промету. То значи да валутне клаузуле плаћања нису забрањене, али да се могу уговорити под одређеним условима које прописује држава. Другачији третман је у случају пословања између резидената. Међутим и код послова између резидената, није забрањено у потпуности закључивање послова у страном валути, али је конторлисано од стране државе која прописује услове и начин закључивања ових послова. Што се тиче валутних клаузула за вредносно обезбеђење уговора, оне су такође дозвољене и то без ограничења. Законом је прописано да је дозвољена употреба девиза и других међународних мера вредности као вредносне основе у уговорима између резидената, при чему је валута испуњења домаћа валута.

IV. ЗДП и хартије од вредности

Као што је већ речено начин плаћања у пословању са иностранством регулисан је Законом о девизном пословању, који не регулише могућност плаћања у хар-

21. За разлику од нашег ЗДП који разликује страна од домаћих лица, словеначки ЗДП разликује резиденте од нерезидената и ови појмови се не поклапају са нашим домаћим и страним лицима. Резиденти по овом закону су привредна друштва и друга правна лица са седиштем у Словенији, осим њихових филијала у иностранству; филијале страних привредних друштава, уписане у судски регистар у Словенији; самостални предузетници појединци односно физичка лица која самостално обављају делатност као занимање, са седиштем односно сталним пребивалиштем у Словенији; физичка лица са сталним боравиштем у Словенији; физичка лица која привремено бораве у Словенији на основу ваљане боравишне односно радне визе у трајању најмање 6 месеци; дипломатска, конзуларна и друга представништва Словеније у иностранству, која се финансирају из буџета, као и словеначки држављани запослени у њима и њихови чланови породице. Сви остали су нерезиденти.

тијама од вредности, већ третира хартије од вредности само по питању преноса хартија од вредности преко границе. Међутим, регулисање питања везаних за хартије од вредности са позиције девизног пословања веома је значајно, с обзиром да се и код хартија од вредности које се јављају у међународној трговини јавља проблем валуте плаћања и друга питања везана за тржиште хартија од вредности. Хартије од вредности регулише Закон о облигационим односима као општи закон, Закон о хартијама од вредности као закон који регулише врсте, услове и начин издавања хартија од вредности које се издају у серији и трговину тим хартијама, Закон о меници и Закон о чеку. Ниједан од ових закона не третира питање промета страних хартија од вредности нити питање улагања у домаћа предузећа у хартијама од вредности. Полазећи од тога да је Закон о девизном пословању *lex specialis* који регулише питања плаћања у међународном промету и друга питања везана за девизно пословање, односно облигационе односе који имају девизну вредност, онда би овај закон требало детаљније да регулише и питања везана за хартије од вредности у страниој валути, како домаће тако и стране, а посебно тржиште ових хартија од вредности.

Поред регулисања изношења и уношења хартија од вредност преко границе, које је такође недовољно регулисано,²²⁾ ЗДП посвећује хартијама од вредности само један члан у коме прописује да обавезе из обвезница које су издате по основу девизне штедење и хартије од вредности које гласе на страну валуту исплаћују се домаћем и страном физичком лицу у девизама или, на његов захтев, у динарима. Притом није речено о каквим хартијама од вредности се ради, с обзиром да према Закону о хартијама од вредности, само неке домаће хартије од вредности могу гласити на страну валуту. Акције према овом закону не могу гласити на страну валуту.

Принципи веће слободе у оквиру девизног и спољнотрговинског пословања прихваћени су одавно у земљама западне Европе. На пример, у немачком Закону о валути од 1948. била је уведена строга и свеобухватна девизна контрола, да би се Законом о спољној трговини из 1961. целокупни платни промет са иностранством као и промет између домаћих лица са страним девизама, хартијама од вредности и златом, прогласио у начелу слободним, уз могућност увођења ограничења посебно код послова промета златом, извоза капитала и за друге послове "који се могу неповољно одразити на економскоу и финансијску ситуацију земље, тј. неповољно утицати на куповну снагу њеног новца и платни биланс са иностранством".²³⁾ Данас је процес смањивања ограничења све више изражен, а нарочито у земаљама чланицама Европске уније. Смањивање ограничења код промета робе, хартија од вредности и капитала је данас повезано са хармонизацијом правних система чла-

22. Види: Р. Босанац, Акционарство и приватизација у оквиру постојећег девизно-правног режима, Право и привреда, 5-8/99, стр. 794, Удружење правника у привреди, VIII годишњи конгрес правника у привреди у Врњачкој бањи

23. Др. Врлета Круљ, Утицај административних (девизних) одобрења и дозвола на закључење и испуњење уговора, Збирка радова из права спољне трговине, стр.49

ница Европске уније са комунитарним правом, и везано је за тзв. "унутрашње тржиште" између држава чланица. Једно од основних начела јесте слобода кретања капитала ради успостављања јединственог финансијског тржишта које подразумева право резидената држава чланица да инвестирају или да позајмљују финансијска средства од резидената других држава чланица, и слободно пружање финансијских услуга. Ради веће либерализације, државе чланице су прво биле обавезне да дају девизне дозволе и олакшице за послове који су везани за дугорочне кредите, стицање средњорочних и дугорочних хартија од вредности издатих на финансијском тржишту и приступ хартија од вредности тржишту капитала- увођење, емитовање и пласман. Касније се приступило потпуној либерализацији кретања капитала, уз задржавање права од стране држава чланица да предузму потребне мере како би спречиле повреду својих прописа, нарочито у области пореза и надзора над финансијским институцијама и евиднције, као и да предузму потребне мере у случају потребе отклањања поремећаја у свом монетарном или финансијском систему. Међутим, ограничења постоје у односу држава чланица према трећим државама, мада се и овде настоји да се примени исти степен либерализације на послове који се односе на кретање капитала из Европске заједнице у треће државе и обрнуто.²⁴⁾

Интересантно је видети на који начин је нека питања у вези са хартијама од вредности решио словеначки закон о девизном пословању који је увео већу слободу девизног пословања и мања ограничења у складу са правом Европске Уније.

Према овом закону, послови са хартијама од вредности су послови на тржишту капитала и новца и подразумевају продају, издавање и увођење домаћих хартија од вредности у иностранство, затим продају, издавање и увођење страних хартија од вредности у Словенију, као и улагање резидената у хартијама од вредности у иностранству и улагање нерезидената у хартијама од вредности у Словенији. Увођење хартија од вредности значи почетак трговине страним хартијама од вредности у Словенији или домаћих хартија од вредности у иностранству. Ови послови са хартијама од вредности могу се обављати под условима који су прописани овим законом или пратећим прописом. Резиденти уписују, уплаћују односно купују и продају хартије од вредности у иностранству само преко овлашћеног учесника тржишта хартија од вредности (берзнопосредничко друштво или банка која је прибавила дозволу за обављање ове делатности). Банке и осигуравајуће организације могу у иностранству куповати неограничено све хартије од вредности, инвестициони фондови такође имају право да у иностранству купују хартије од вредности у складу са прописима којима се уређују инвестициони фондови. Остали резиденти, у прелазном периоду док Словенија не постане члан Европске уније, могу неограничено куповати само хартије које издају чланице ОЕЦД и међународне финансијске институције као и друге хартије од вредности прве врсте са одговарајућим бонитетом по оцени најмање две међународно признате агенције за оцењивање

24. Др. Радован Д. Вукадиновић, Право Европске Уније, ЕЦПД, Београд, 1995, стр. 192-196

ризика. Нерезиденти такође могу да уписују и уплаћују односно купују и продају вредносне папире у Словенији само преко овлашћеног учесника и под условима које прописује Банка Словеније.

Овај закон регулише и пренос хартија од вредности у иностранство. Према нашем Закону о хартијама од вредности, хартије од вредности које гласе на страну валуту емитент може продавати само на страном тржишту (сем акција које су изражене у девизном еквиваленту), а наш Закон о девизном пословању дозвољава изношење хартија од вредности само до вредности од 1000 ДЕМ. Према словеначком закону, пренос хартија од вредности у иностранство може вршити овлашћени учесник уз подношење предходне пријаве Банци Словеније.

Регулисањем на овај начин, омогућен је велики степен либерализације кретања капитала кроз промет хартија од вредности и дате су веће могућности за страна улагања у домаћа предузећа.