

*Драгица Мартиновић,  
водећи правник за уговарање,  
Енерџопроект Холдинг АД*

UDK 347.4

## **Елементи јаноправног карактера код концесионог уговора**

### **Резиме**

*Концесија је правни однос између државе (концеденција) и правног или физичког лица (концесионара), у коме држава уступа правном или физичком лицу право коришћења природног богајства или добра у општој употреби, или вршење јавне службе ради остваривања јавних интереса уз одређену накнаду.*

*Како је држава једна од уговорних страна у уговору о концесији и како је предмет уговора о концесији обављање привредне делатности од јавног интереса, по овај уговор доводи у непосредну везу са јавноправним елементима.*

*С обзиром да је уговор о концесији по својој природи уговор више јавноправног него грађанскоправног карактера, слобода уговарања је ограничена. увек се полази од императивних одредаба и јавног поретка.*

*Како држава остварује своје интересе обављањем јавних служби системом концесија (снабдевање грађана одговарајућим услугама у области саобраћаја, и слично у области природних богајстава, комуналија и сл.) и како реализација уговора о концесији носи одређене ризике, по концесионар има пуно право да, у циљу заштите својих интереса, тражи од ње гаранције којим би му држава под одређеним условима гарантовала остварење његових права по основу уговора о концесији, односно стабилности пословања.*

**Кључне речи:** *Концесија, Јавно предузеће, Административни уговори*

## Увод

Реч концесија потиче од латинске речи *concedere*, што значи допуштање, повластица, односно овлашћење.

У праву, концесија представља правни однос између државе као носиоца власти и као субјекта економских односа и физичких и/или правних лица, којима држава даје одобрење ради обављања привредне делатности од јавног интереса.

У нашим прописима (Закон о концесијама, Сл. гласник РС бр. 25/97), концесија се дефинише као правни однос између државе (концедента) и правног или физичког лица (концесионара), у коме држава уступа правном или физичком лицу право коришћења природног богатства или добра у општој употреби, или вршење јавне службе ради остваривања јавних интереса уз одређену накнаду.

Концесија није нов правни институт. Историја оваквог правног односа почиње још у феудализму, у правној форми регалија. Реч регалија потиче од речи *rex*-краљ, који је тада био врховни носилац власти и врховни господар имовине. Како се центар моћи и управљања имовином пренео на државни апарат, тако и регалија у капитализму добија правну форму концесије.

У привреди земаља са капиталистичким уређењем концесија је била врло заступљена као облик инвестирања капитала од стране, најчешће, крупних приватних предузећа. У земаљама са социјалистичким уређењем овај принцип није био применљив, изузетак представља СССР где је ради подизања земље после великих разарања у току грађанског рата и револуције давана концесија страним капиталистима у уским областима привредних делатности.

Међутим, данас је овај облик инвестирања у привреди све присутнији. Треба навести неке земље где у последње време улагање капитала у привреди путем концесије доживљава све већу либерализацију. На пример: у Аргентини је у септембру 1989. године донет Закон о државној реформи Но. 23696 (State Reform Law No. 23696), који утврђује основе за приватно улагање капитала у делатности од јавног интереса без било каквог ограничења у вези са земљом порекла улагача.

Аргентинска легислатива у вези са страним улагањем коначно је либерализована 1993. године доношењем Амандмана уз Закон о страном улагању бр. 21.382 (Amendment of the Foreign investment law No. 21.382). Страни улагачи могу улагати капитал у Аргентини без било каквог претходног одобрења и под истим условима као и домаћи. Енергетски сектор је био главна мета те реорганизације (Закон бр. 24065 од јануара 1992) – Law 24065.<sup>1)</sup>

Влада Перуа, на челу са председником Фухиморијем, је јула 1990. године почела са реформама политичког и привредног деловања. Главни циљ реформе је популаризација приватног улагања, како локалног тако страног.

Најважније реформе су се односиле на модернизацију енергетског система, а основ таквих реформи је био Закон о електро концесијама донет Врховним де-

1. Special report on the electric business prepared by Aurilio Garcia Sayan abogados I.T.R. special Supplement, априла 1996.

кретом (Decree Law) Но 25844 из 1992. године. Сходно том Закону, све те делатности могу бити реализоване од стране физичких или правних лица националних или страних.<sup>2)</sup>

Шпанија је земља са малим домаћим резервама сировина. Тај факт је главна црта шпанског енергетског закона. Стога, минерали, гас, нафта и други материјали су формално класификовани као јавна добра. Али и поред тога, истраживање, производња, транспорт, експлоатација, испорука и снабдевање минералима, гасом, нафтом и другим материјалима може да буде, што и јесте случај, у рукама приватних корпорација кад оне стекну релевантне дозволе и одобрења за вођење тих активности од стране надлежних државних институција. У шпанском уставу (чланови 199. и 125.) је утврђено да је држава одговорна за регулисање "основа" које се тичу рударске и енергетске индустрије. "Основе" представљају државно политичке подструктуре које могу доносити легалне прописе на њиховој територији, увек поштујући генералне принципе утврђене од стране централне владе. Генерални легални пропис којим је утврђена шпанска енергетска политика је Национални енергетски план. Актуелни план је план који важи за период од 1991. до 2000. године.

Закон 1973. (Mining Act, Law 23/1973 of July 73) био је парцијално измењен Законом 54/1980 од 5. новембра у вези са енергијом која се односи на рударске ресурсе. Овим изменама учињено је прилагођавање са рударском регулативом за улазак у Европску Унију. Наведени Закон утврђује да сви рударски ресурси у Шпанији припадају држави, изузетак је направљен за минералне и термалне воде, стење и друге конструкционе материјале.

Сходно овом закону Влада може утврдити "резерве" где су искључене приватне рударске делатности у складу са економским и стратешким циљевима земље, што значи да држава може предузети директну експлоатацију, мада је законом, под одређеним условима, предвиђена додела концесија и приватним бизнисменима.<sup>3)</sup>

Како су сви рудници формално јавна добра, у суштини све активности у пољу испитивања, истраживања и експлоатације захтевају административне дозволе или концесије које одобрава Влада. И у случају када се обезбеди потребна дозвола, концесионар може добити право да откупи земљиште на коме се изводе рударске активности, међутим, не може постати и власник рудника.

Мађарска, такође, врло динамично спроводи реорганизацију енергетског сектора. Она у томе предњачи у односу на друге источноевропске земље. Процес хармонизације енергетског сектора са ЕУ стандардима почео је доношењем Закона о концесијама из 1991. године. И друге бројне земље које се налазе у транзицији форсирају овај систем улагања.

2. Special report prepared by Bernardo e Duggan and Victoria Zoldi of basilico, Fernandez – Madero & Duggan, Buenos Aires – International Financial Law Review, 1996.

3. Special report prepared by Bernardo e Duggan and Victoria Zoldi of basilico, Fernandez – Madero & Duggan, Buenos Aires – International Financial Law Review, 1996 – Gomez – Acebo & Pombo.

Концесије се врло често, готово по правилу, организују као страну улагање, али то за сам појам концесије није од великог значаја.

Очигледно је да држава све више прибегава оваквом начину инвестирања, нарочито она држава која не може да обезбеди потребан капитал, као и стручњаке специјализоване за управљање и пословање великим привредним системима, као што су железнице, поште, производња, пренос електричне енергије, рудници, путеви и томе сл. Све чешће држава те делатности уступа физичким или правним лицима, домаћим или страним, уз одговарајућу накнаду.

Како је држава једна од уговорних страна у уговору о концесији, поставља се питање како то утиче на карактер тог уговора?

### **Правна природа уговора о концесији**

Уговор о концесији је инструмент правног и економског промета, којим се остварује јавни интерес. Треба истаћи да се овај уговор по неким својим карактеристикама не разликује од класичног цивилноправног уговора. Међутим, како је предмет уговора о концесији обављање привредне делатности од јавног интереса, то се овај уговор доводи у непосредну везу са јавноправним елементима. Управо из тих елемената произилазе неке особености концесионог уговора, које се огледају нарочито у овоме: 1) не важи правило консенсуализма, јер се по правилу захтева строга форма за заснивање концесијског односа, 2) не важи правило равноправности саговорача, јер концедент у поступку закључења концесијског уговора наступа са позиције јавне власти, 3) одредбе прописа, којима се утврђује садржина концесијског уговора саставни су делови тог уговора, 4) присутност јавноправних елемената зато што је предмет уговора делатност од јавног интереса, 5) решавање спорова насталих из остваривања концесионих права и обавеза, чији је предмет непокретност у искључивој је надлежности суда, док за решавање спорова насталих из извршења других међусобних права и обавеза може се уговорити надлежност арбитраже, итд...<sup>4)</sup>

Поред горе наведених карактеристика, треба навести још неке чињенице које овај уговор опредељују. На пример: Концесионар није слободан у формирању цене свог производа, односно услуге. Уговор о концесији, сходно члану 20. Закона о концесијама (Сл. гласник РС бр. 20/97), мора да садржи одредбе којима се утврђују цене, односно критеријуми за одређивање цена производа и услуга за крајње кориснике. Уговор, готово увек, садржи одредбу којом се утврђује да формирање цена, односно њихова промена, подлеже одобрењу концедента. На пример: У Одлуци о давању концесије за изградњу, коришћење и одржавање дела аутопута Е-75 од Ниша до границе са Републиком Македонијом, стоји да висина путарине-тарифе,

4. Концесијски однос и концесијски уговор, Др Љубиша Дабић, Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије, Зборник радова са Саветовања одржаног 16. и 17. III 1995. године у Београду, стр. 143 до 167., Институт за упоредно право, Привредна комора Југославије.

као и тарифни систем подлежу одобрењу надлежних органа Републике Србије, као и свака промена тог система. Међутим, чак и да се оваква једна одредба не угради у текст уговора, концедент је тај који одлучује о променама цена. Колико је његово овлашћење у овом погледу показује и то што он може у току саме реализације концесије чак и да смањи цене, уколико то буде захтевао јавни интерес. Да би предупредио негативне последице једне овакве одлуке, концесионар би морао на вредме обезбедити гаранције којима ће га концедент заштити од ризика недовољног прилива средстава од пројекта, како би концесионар могао да надокнади своју инвестицију.<sup>5)</sup>

Поред горе поменутог овлашћења да смањи цене, треба истаћи и то да концедент има право да постави и доњу границу цене, односно да захтева од концесионара да производ и/или услугу, која је предмет уговора о концесији, пласира по што је могуће бољим ценама на тржишту. Типичан пример за то представља одредба (чл. 7.2) Концесионог споразума закљученог између Републике Либерije и Liberia Gold And Diamond Corporation 20. септембра 1976. године, која гласи: "Концесионар ће уложити највеће напоре како би продао произведено злато, дијаманте и било који пратећи минерал по максималним могућим ценама на тржишту."

Колика су овлашћења концедента у уређивању концесионог односа говори и чињеница да он одређује начин и услове под којима се обавља концесија. У том смислу концедент утврђује техничко-технолошке услове реализације концесије, степен и начин ангажовања домаћих лица и коришћење домаћих материја, производа и услуга, услове и начин одржавања предмета концесије у концесионом периоду, услове и начин чувања животне средине, висину стопе приноса концесионара у концесионом периоду итд.

Концедент, такође, има право вршења надзора над обављањем концесионе делатности. У том својству концедент врши контролу целокупне реализације концесије како би се уверио да се она одвија у складу са уговором, важећим законима и јавним интересом. Сходно томе, концедент може мењати уговор, односно предузимати неке друге мере ради заштите јавног интереса.

Једна од уговорних одредаба која, можда, највише иде у прилог тврдњи да држава има моћ да у складу са јавним интересом мења и укида одредбе уговора о концесији, је једностранни раскид концесионог уговора од стране концедента. Наиме, концедент може, уколико то захтева јавни интерес, да раскине уговор о концесији без обзира на разлог. Концесионар у овом случају има право да тражи накнаду штете, али не и право да захтева извршење уговора. Француски закон, на пример, омогућава влади да прекине концесију иако концесионар испуњава своје обавезе, ако је то од општег интереса, али у том случају влада мора да надокнади концесионару трошкове и изгубљени профит. Такође, влада треба на време да обавести концесионара о својој намери да прекине концесију.<sup>6)</sup>

5. Концесије по БОТ моделу, проф. др Б. Ивковић, Марија Павић, дипл. инг. Јелена Луковић, дипл. ецц., Гарип Хадзини, дипл. инг., Издавач Прометеј, Нови Сад, 1999. године.

На основу свега изложеног произилази закључак да је уговор о концесији дво-странообавезни правни посао у којем преовладава јавноправни карактер уговора у односу на грађанскоправни карактер.

Овде би требало истаћи разлику између концесије и јавног предузећа, с обзиром да оба облику делују у јавном интересу.

### **Сличности и разлике између концесије и јавног предузећа**

Сходно Закону о јавним предузећима (Сл. гласник РС бр. 5/90) јавно предузеће представља предузеће које обавља привредну делатност од јавног интереса.

Основна сличност између јавног предузећа и концесије је у томе што се баве привредном делатношћу од јавног интереса.

Следећа сличност би се огледала у томе, што се у оба случаја, начин обављања привредне делатности од јавног интереса мора одвијати под условима коришћења јавног добра и/или пружања услуге од јавног интереса, који су законом прописани у зависности од карактера и врсте јавног добра и/или услуге. Низом законских прописа утврђује се обавеза обављања делатности тако да се обезбеди техничко-технолошко јединство система у области инфраструктуре, ефикасно функционисање и рационално управљање тим системом. Законски прописи, такође, утврђују дужност сваког корисника јавних добара и даваоца јавних услуга да своју делатност обављају на начин којим се обезбеђују услови за рад човека у здравој средини.

Највећа разлика је у томе што је концесионар предузеће на које држава нема непосредан утицај, осим уколико није оснивач.

Међутим, јавно предузеће је, чак и кад је у приватној својини, под непосредним утицајем државе. Наиме, држава у управљању јавним предузећем учествује по основу уложеног капитала, уколико га је она основала и по основу обезбеђивања заштите јавног интереса.

Ради обезбеђивања заштите јавног интереса, надлежни државни орган даје сагласност на статут јавног предузећа, даје сагласност на избор и разрешење директора, именује најмање трећину чланова надзорног одбора, даје сагласност на статусне промене предузећа, даје сагласност на акте којима се утврђује политика цена.

Према томе државни органи могу утицати на рад јавног предузећа без обзира на то да ли су средства уложена у јавно предузеће у државној, приватној, или мешовитој својини. Кад је у питању јавно предузеће у државној својини, држава има положај власника у управљању предузећем. Кад је у питању јавно предузеће у другим облицима својине, надлежни органи прате како се остварује јавни интерес у пословању предузећа.<sup>7)</sup>

6. Концесије по БОТ моделу, проф. др Б. Ивковић, Марија Павић, дипл. инг., Јелена Луковић, дипл. ецц., Гарип Хадзини, дипл. инг., издавач Прометеј, Нови Сад, 1999. године.

Концесионо предузеће се оснива у складу са законом којим се уређује правни положај предузећа и другим прописима, којима се уређују услови и начин пословања предузећа. Сходно Закону о концесијама (Сл. гласник РС бр. 25/97) статусне промене и промене седишта концесионог предузећа врше се уз сагласност концедента. У складу са наведеним произилази да концесионо предузеће има више аутономије у пословном и управљачком смислу од јавног предузећа. Међутим, како се и концесионо предузеће бави делатношћу од јавног интереса и како је држава надлежна за заштиту јавног интереса, то је разлог због којег и у овом случају држава утиче на ограничење аутономије у пословању, што може бити утврђено и самим уговором о концесији.

Пример, који у то може да нас увери су одредбе (чл. 15.) Концесионог споразума закљученог између Републике Либериије и Liberia Gold And Diamond Corporation 20. септембра 1976. године, које гласе: "Концесионар ће бити компанија основана у складу са законима Републике Либериије и имаће своје главно седиште и менаџмент у Либериији. Концесионар ће презентирати Влади фотокопије овереног сертификата о оснивању, Уговор о оснивању и целокупну другу документацију која је у вези са оснивањем компаније. Концесионар не може, без претходне писмене сагласности дате од стране Владе, вршити: а) измене Уговора о оснивању, б) спајање или припајање са било којим другим лицем, ц) продавање, изнајмљивање, или било какво располагање са целокупном или битним делом његове имовине (искључујући злато, дијаманте и друге пратеће минерале), д) задуживање, или давање кредита, е) оптерећивање имовине залогом, хипотеком или било које друго оптерећивање итд."

### **Прописи којима је уређен уговор о концесији у нашем праву**

Први пропис који је уређивао концесије, код нас, је био спрски Закон о потпомагању индустријских предузећа из 1873. године. После 1945. године у нашој земљи дуги низ година није постојао пропис који је регулисао ову материју. Овакав начин обављања привредне делатности, очигледно није имао примену све до новијег периода. Први акт који је донет, а који регулише концесије, је био Закон о страним улагањима из 1988.г. (Сл. лист СФРЈ бр. 77/88). Затим, Закон о општим условима давања концесија страним лицима у Републици Србији (Сл. гласник РС бр. 6/90), којим се ова материја детаљније регулише у односу на претходни текст Закона. Међутим, овај Закон је био у супротности са Уставом зато што је стављао у неравноправан положај домаћа лица у односу на страна. Тренутно, концесиони систем у СРЈ је устројен на савезном нивоу Законом о страним улагањима из 1996. године (Сл. лист СРЈ 29/96) и на републичком нивоу Законом о концесијама Ре-

7. Др Ивица Јанковец, Јавна предузећа, Привредно право, четврто измењено и допуњено издање, Београд, 1999. год.

публике Србије (Сл. гласник РС бр. 20/97) и Законом о концесијама Црне Горе (Сл. лист ЦГ 13/91).<sup>8)</sup>

Интересантно је поменути да је Закон о страним улагањима из 1994. (Сл. лист 79/94) изменио формулацију предмета концесије (концесија на обновљива и на не-обновљива природна богатства), коју је утврђивао претходни Закон о страним улагањима (Сл. лист СФРЈ 77/88). Нови законски текст под предметом концесије подразумева уступање права на коришћење природног богатства или добра у општој употреби, без обзира на то да ли се концесија односи на обновљиво или необновљиво природно богатство.

Према савезном Закону о страним улагањима, концесија је искључиво везана за страна улагања, јер тим законом није предвиђена могућност давања концесије домаћем лицу (предузећу или другом правном лицу, односно физичком лицу), већ само и једино страном лицу, што је у правној теорији изложено критици. Ово неприхватљиво искључење права домаћих лица да добијају концесије отклоњено је новим републичким Законом о концесијама, према коме се концесија дефинише као право коришћења природног богатства или добра у општој употреби, које домаћем, односно страном лицу уступа надлежни државни орган уз одговарајућу накнаду, или као давање дозволе домаћем или страном лицу за обављање делатности од општег интереса. Међутим, ова разлика између савезног и републичког прописа је разумљива ако се имају у виду уставне одредбе по којима је концесија као облик остваривања права привређивања страних лица у искључивој надлежности савезне државе, док с друге стране, давање концесије домаћим лицима спада у законодавну надлежност република чланица.<sup>9)</sup>

У Републици Црној Гори, одговарајуће одредбе о концесијама садржи Закон о концесији. У складу са чл. 1. наведеног Закона, предмет концесије може бити само обновљиво природно богатство или добро у општој употреби. То је разлика у односу на горе наведене прописе. Такође, концесију страном улагачу даје влада Републике Црне Горе, која закључује и уговор о концесији. Законом о концесији није ограничено трајање концесије у Републици Црној Гори.

Поред горе наведених прописа реализација концесије се уређује и другим прописима, којима су утврђени услови под којима се може вршити експлоатација добра у општој употреби (Закон о шумама, Закон о средствима у својини Републике Србије – Сл. гласник РС бр. 53/95, Закон о комуналним делатностима – Сл. гласник РС бр. 42/98, Закон о водама – Сл. гласник РС бр. 54/96, Одлука о начину спровођења јавне лицитације за давање концесије страним лицима – Сл. лист СРЈ бр. 57/96 итд.)

8. М. Перуновић, Концесија у праву СРЈ, Право и привреда бр. 5-8/98, стр. 306-315.

9. "Савремена пракса" број 1708, 2. страна, од 6. октобра 1997. године.

## Врсте концесија

Концесије делимо по различитим критеријумима.

С аспекта модалитета уступања концесионих права концесије делимо на законске и уговорне.

Уобичајено је да се концесије дају једностраним актом концедента, или путем уговора о концесији који закључују концесионар и концедент. Први начин базира се на уступању концесионих права искључиво једностраним, административним актом државне власти израженим у форми закона или управног акта. Код нас, Закон о страним улагањима из 1988. год. (Сл. лист СФРЈ бр. 77/88 чл. 19) је предвиђао да страном лице може добити концесију за експлоатацију необновљивог природног богатства или јавног добра само на основу посебног савезног закона који се доноси за сваки уговор посебно.<sup>10)</sup>

Овакав систем доделе концесија, односно уступања концесионих права данас је све мање заступљен.

Уступање концесионих права концесионим уговором је чешћи и, може се рећи, преовладајући облик заснивања концесионих односа. Концесиони уговор подразумева одређену слободу уговорних страна у уређивању међусобних односа. Међутим, та слобода у уговарању је ограничена због јавноправног карактера концесионог уговора. Садржина концесионог уговора увек полази од императивних одредаба и јавног поретка.

Следећа разлика би се могла односити на разлику између концесија на обновљива и концесија на необновљива природна богатства, коју је утврђивао Закон о страним улагањима из 1988. године.

Савезни закон и републички закони, који тренутно регулишу ову материју, познају разлику између концесија за коришћење природних богатстава и добара у општој употреби; концесија за обављање делатности од општег интереса и концесија за изградњу, управљање и пренос (Б.О.Т. Build, operate and Transfer).

Подела концесија са аспекта предмета, може да буде извршена на концесије за:

1. Истраживање или истраживање и експлоатацију или само експлоатацију свих врста минералних сировина.
2. Изградњу, одржавање и коришћење водопривредних објеката (броне, акумулациона језера) и система за снабдевање водом, система за наводњавање и одводњавање,
3. Изградњу, одржавање и коришћење путева, енергетских објеката, изградњу железничких пруга и других објеката железничког саобраћаја, објеката ваздушног саобраћаја, аеродрома, нафтовода, гасовода,
4. Изградњу, одржавање и коришћење комуналних објеката, ради обављања комуналних делатности,

10. М. Перуновић, Концесија у праву СРЈ, Право и привреда, бр. 5-8/98, стр. 306-315.

5. Изградњу, одржавање и коришћење телекомуникација, или њихове реконструкције, модернизације и коришћење,

6. Уређивање и коришћење обала река и језера и изградња објеката, ради обављања делатности,

7. Изградњу објеката, реконструкцију, модернизацију и коришћење већ изграђених објеката у бањама, односно подручјима са природно-лековитим својствима и другим природним вредностима ради њиховог коришћења,

8. Реконструкцију, модернизацију и коришћење већ изграђених објеката из тачке 3) овог члана, ради обављања делатности,

9. Обављање делатности које су законом одређене као делатности од општег интереса.

Нарочито је интересантна разлика између класичног облика концесије и посебног облика концесије Б.О.Т.

### **Правне сличности и разлике класичног облика концесије и посебног облика концесије Б.О.Т.**

Код Б.О.Т. система је реч о једној врсти концесије где држава одобравајући искоришћавање одређеног објекта, такође, као и код класичног облика концесије, преноси и право обављања делатности од јавног интереса.

Такође, сличност са класичном концесијом је и у томе што инвеститор управља реализацијом концесије. Међутим, и поред такве претпоставке поставља се питање у којој мери управља концесионар, а у којој држава? Опет се враћамо на јаноправни карактер овог института. како концесија делује у јавном интересу и како држава има овлашћење и дужности да у јавном интересу поступа на одређени начин, то је и разлог због које је аутономија управљања реализацијом концесије ограничена.

Заједнички услови и за класични облик концесије и за посебни облик концесије Б.О.Т., сходно Закону о концесијама, су:

1. да се давањем концесије обезбеђује: (а) рационално коришћење природног богатства или добра у општој употреби; (б) техничко-технолошко унапређивање делатности која је предмет

2. концесије, односно техничко-технолошко јединство система у области инфраструктуре, ефикасно функционисање и рационално управљање тим системом; (в) заштита и унапређивање животне средине у складу са прописима о заштиту животне средине;

3. да се концесија даје на рок који не може бити дужи од 30 година;

4. да је акт о давању концесије донела Влада Републике Србије и да је исти објављен у "Сл. гласнику Републике Србије".

5. да се концесија даје на основу претходно спроведеног поступка јавне лицитације;

6. да је уговор о концесији закључен између Валде и концесионара и регистрован према прописима о страним улагањима.<sup>11)</sup>

Највећа разлика је у томе што је код Б.О.Т. система укључена и изградња објекта, а не само његово искоришћавање. Затим, разлика је и у томе што код концесије Република или локални орган управе добија накнаду за уступање права коришћења природног богатства или добра у општој употреби, или услуга за обављање делатности од општег интереса, док код Б.О.Т. система држава добија објекат али после одређеног периода експлоатације од стране инвеститора.<sup>12)</sup>

Сам термин Б.О.Т. систем састављен је, како је речено, од почетних слова енглских речи built (изградити), operate (управљати), transfer (пренети). Употреба овог термина за овај правни посао је одомаћена и код нас (прихвата је чак и наш закон) и у упоредном праву, јер сам термин указује на садржину овог посла. Иако је наш Закон покушао да дефинише суштину Б.О.Т. система, ипак су законске одредбе далеко од тога да регулишу ову материју у довољној мери. Оне не одговарају на многа значајна питања и не могу се применити без додатних разјашњења, која се морају тражити у уговорној судској пракси, те у науци.<sup>13)</sup>

Поред уговора о концесији, у овом систему се јављају бројни уговори, као што су: уговор о изградњи објекта, уговор о кредитирању, уговор у управљању (уколико концесионар хоће да ангажује неко треће лице ради управљања пројектом), уговор о директном улагању, уговор са корисницима и сл. Б.О.Т. систем је веома сложен посао и везан за низ проблема. Реч је, најчешће, о веома скупом подухвату. Припремни период изградње и ризици су врло специфични.

Недостатак искуства партнера у реализацији оваквих пројеката и неспремност партнера да прихвати ризике пројекта су критичне тачке оваквог начина извођења пројекта.

Пример из наше праксе: Једно југословенско предузеће је учествовало на конкурс за изградњу једне хидроелектране у иностранству по Б.О.Т. систему. Понуда је била прихваћена и приступило се оснивању предузећа у складу са локалним прописима, које би као "концесионо предузеће" било носилац целокупног посла. Договор међу партнерима је био да поједини партнери учествују у директном улагању ради изградње пројекта, а остали да подгину кредит код локалне банке ради обезбеђења другог дела финансирања изградње.

Међутим, кад је дошло до преговора о уговору о кредитирању са банком, банка је тражила солидарну одговорност свих партнера у послу, односно свих оснивача друштва, наводећи као разлог то што она даје кредит предузећу које је концесионар, а не појединачним партнерима. Давање овакве једне гаранције повлачи солидарну одговорност свих партнера у послу. Гаранција је, поред тога што је била

11. Члан 4. 11., 13., 21 и 22 Закона о концесијама Републике Србије (Сл. гласник РС бр. 20/97).

12. Р. Бранковић, Посебан облик концесије Б.О.Т., Правни живот бр. 11/98.

13. М. Пауновић, Особени финансирања пројекта (Б.О.Т. Систем) као облика страних улагања, Правни живот бр. 11/1996.

солидарна, била и недељива, покривала је главницу и камате, порезе, провизије и све трошкове и била је неограниченог трајања.

После свега, треба навести да је истим нацртом уговора о додели кредита за изградњу пројекта, поред солидарне гаранције, било предвиђено успостављање хипотеке на пројекту, предаја индустријске залогe на целокупној опреми, као и залогa свих акција клијента.

Наше предузеће је одустало од овог аранжмана због наведених гаранција.

Овакав аранжман је, како смо већ рекли, веома сложен како због предмета делатности, тако и због дужине трајања и броја ризика који га прате.

Поред ризика који се јављају код концесија уопште (политичких, правних, комерцијалних итд.), овде се јављају и посебни ризици финансирања, изградње, управљања и експлоатације.

После свега поставља се питање под којим условима концесионар може раскинути уговор о концесији, уколико би на такав начин морао да штити своје интересе.

### **Раскид уговора по клаузули *rebus sic stantibus***

У складу са Законом о концесијама, концесиони однос се може прекинути и престати уколико за то буду испуњени одређени услови.

Концесиони однос се прекида у следећим случајевима: 1) ако се вршењем концесионе делатности доводи у опасност животна средина или законом заштићена подручја и објекти, која се у време давања концесије није могла предвидети, 2) у случају рата или неког другог разлога који узрокује објаву ратног стања, 3) у случају немогућности обављања делатности због знатнијег оштећења објекта концесије, 4) и у другим случајевима предвиђеним уговором.

Концесиони однос престаје у следећим случајевима: 1) престанком концесионог уговора, 2) откупом концесије, 3) одузимањем концесије, 4) из других разлога утврђених уговором о концесији.

Концесиони уговор може престати протеком времена за које је закључен и раскидом уговора (споразумним или једностраним).<sup>14)</sup>

Нарочито је занимљиво питање може ли и концесионар под дејством одређених промењених околности да тражи измену или раскид уговора. Наиме, дешава се да концесионар после закључења уговора о концесији констатује да не може рентабилно да обавља јавну службу или експлоатише природна богатства услед неке нове околности, која је наступила после закључења уговора, чије наступање се није могло предвидети нити је концесионар био дужан да је узме у обзир у време закључења уговора. На пример, ситуација на тржишту се променила услед промене трошкова живота, тако да нема потраживања за концесионарном производњом. Односно, да су се околности на тржишту толико промениле да је испуњење

14. Закон о концесијама, чл. 40. и 41.

обавезе постало отежано, или се због њих не може остварити сврха уговора, и то и у једној и у другој хипотези у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна.

У оваквим случајевима концесионар може да тражи измену уговора наслањајући се на познату доктрину клаузуле *rebus sic stantibus* према којој се може тражити измена или раскид уговора ако су непредвиђене околности учиниле извршење уговора претерано отежаним или могућим само уз претерано велик губитак. Поред овог начина заштите права концесионара у упоредном праву налазимо још нека решења. На пример: аналогна примена теорије импревизије која се примењује на административне уговоре у француском праву.

Теорија импревизије претпоставља да су непредвиђене чињенице пореметиле економску активност концесионара до те мере да су га ставиле у положај да не може да извршава обавезе из уговора о концесији, тако да држава мора да интервенише. Концесионар који се позива на случај импревизије не сме да престане са извршавањем уговорних обавеза, нарочито ако обавља неку јавну службу, у случају да држава не пристаје на од њега предложене измене, већ треба да се обрати на надлежну арбитражу или суд да они реше настали спор.<sup>15)</sup>

### Закључак

На крају, треба указати да је код реализације концесије веома важан способан преговарачки тим за високе стручне техничке, правне и финансијске аспекте посла.

Пре било каквих разговора о уласку у неки овакав аранжман треба урадити економску евалуацију оправданости обављања такве делатности.

Наведени економски елаборат треба да садржи: износ укупног улагања, износ средстава који се обезбеђује из кредита банке (или неким другим путем), износ који обезбеђују партнери, као и услове под којима се обезбеђују та средства.

Наведени економски елаборат (уколико је такав случај) треба да садржи и износ трошкова набавке и испоруке опреме, затим грађевинских радова, израде пројектне документације и надзора. Такође, треба знати трошкове рада основаног предузећа за реализацију концесије, оперативне трошкове, тј. трошкове особља које ће бити запослено и трошкове одржавања који ће бити рачунати према искуственим подацима са сличних пројеката.

Најзад, треба знати вредност неке врсте тарифе која представља накнаду коју добија концесионар коришћењем објекта за време експлоатације.

15. Концесијски однос и концесијски уговор, Др Љубиша Дабић, Нови уговори од значаја за привредни развој Југославије, Зборник радова са Саветовања одржаног 16. и 17. III 1995. године у Београду, стр. 143. до 167., Институт за упоредно право, Привредна комора Југославије.

И све то како би функционисало под неповољним претпоставкама и да ли би у том случају дало задовољавајуће резултате. После свега треба дати анализу повраћаја средстава. За које време експлоатације се могу вратити уложена средства?

Тек након детаљног сагледавања свих параметара и могућности потенцијални концесионар може приступити доношењу одлуке о учешћу на лицитацији за доделу концесије.

Поставља се питање да ли и како концесионар може да се заштити од свих ризика који прате реализацију концесије?

С обзиром да држава остварује своје интересе обављањем јавних служби системом концесија (снабдевање грађана одговарајућим услугама у области саобраћаја, и слично у области природних богатстава, комуналија и сл.) и с обзиром да држава на тај начин обезбеђује своје фискалне циљеве, то би концесионар имао пуно право да од ње тражи заштиту његових права по уговору о концесији. Како држава у овом уговору, поред горе наведеног, наступа и са позиције власти и моћи, то би концесионар требао да тражи гаранцију којом би му држава под одређеним условима грантовала остварење његових права по основу уговора о концесији, односно стабилност пословања.

Даље, ради заштите права концесионара, могла би се у уговор о концесији уградити клаузула која би омогућавала периодичну ревизију уговора и измену уговорних одредаба водећи рачуна о промењеним околностима.

Поред горе наведених инструмената за заштиту својих права, концесионар може да изврши осигурање од ризика који би могли да угрозе реализацију концесије.

**(чланак примљен 25. I 2001.)**

**Dragica Martinović,  
Lawyer at the Holding "Energoprojekt", p.c.**

## **The public law elements in a contract of consession**

### **Summary**

*This article deals with the legal relation between a state and legal or natural person, as parties in a contract of consession. The author thinks that it is a public law contract, rather than civil law contract. That is why contracting liberty is limited and an interpretation of that contract should start from its public law elements. On the ground of the contract of concession state realises its interests in the field of public utilities (transport, natural resources, etc.), so that the performance of that contract bears a certain risk to the user of concession. That is why he has a right to claim from the state a guarantee for protection of his contractual rights.*

**Key words:** *consession; public utility company; administrative contracts.*