

*Магда Вујачић,
судија, Виши привредни суд, Београд*

Осврт на положај страног повериоца и страног дужника у случају стечаја

Наша земља је у транзицији.
Привреди земље је потребан новац.
Новца у земљи нема довољно, ноторно.
Зато су страна улагања од изузетног значаја.

Страни улагач ће нам новац "донети" кроз разне послове, увек са јасним циљем што брже, веће и сигурније зараде. Пре уноса новца у земљу страни улагач, између осталог, тражи одговор на питање правне сигурности, тражи одговор на питање како правни систем штити његова поверилачка или власничка права стечена на основу уложеног новца.

Новац се на тржишту може пласирати на безброј начина. Овде ћемо говорити о две карактеристичне могућности:

а) Оснивање предузећа - страни капитал као оснивачки улог или као улагање у предузеће (сам странац или као суоснивач и суулагач са домаћим лицем),

б) Облигациони уговори именовани и неименовани по Закону о облигационим односима.

*Страни капитал као оснивачки улог
(одлука/уговор о оснивању предузећа) и
улог странца у домаће предузеће
(уговор о улагању)*

По Закону о предузећима донетим јула 1996. године, (измене и допуне 1996., 1997., 1998. и 1999. г.) предузеће је правно лице које обавља делатност ради стица-

ња добити - члан 1. овог закона. По члану 8. истог закона, предузеће могу основати и физичка и правна лица, домаћа и страна, с тим што се за страна лица тражи реципроцитет и испуњеност услова из закона који уређује страна улагања. У пракси судова се не бележи случај намере странца да оснује предузеће у нашој земљи а да није испуњен услов о реципроцитету. Што се тиче Закона о страним улагањима он само разрађује захтеве за оснивање предузећа из Закона о предузећима имајући у виду страног оснивача/уговорача о оснивању предузећа и намеће му одређене организационо административне обавезе.

Оно што је битно за страног лице јесте члан 11 и члан 12 Закона о страним улагањима који детаљно разрађују права страног лица и њихову заштиту по основу оснивања предузећа или улагања у предузеће. Ове законске одредбе прописују управљачка и имовинска права оснивача/улагача укључујући и право на добит и право на повраћај уложеног за случај престанка рада предузећа.

Пошто Закон о страним улагањима не предвиђа начин престанка предузећа основаног страним капиталом и предузећа у које је уложен страни капитал, остаје да закључимо да оно престаје радом на основу ликвидације или стечаја, што је регулисано одговарајућим одредбама Закона о предузећима и Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији.

Прописи о престанку рада предузећа не праве никакву разлику између предузећа основаних средствима домаћих оснивача и предузећа основаних по Закону о страним улагањима. Значи, ако је предузеће трајније инсолвентно, над њим се отвара поступак стечаја по члану 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Цитирана два закона предузеће са страним капиталом изједначаје са домаћим предузећем и у погледу могућих предлагача престанка рада предузећа иако то у пракси може да доведе до значајних тешкоћа. Важећи стечајни закон садржи одредбе о поступању са средствима која преостану после исплате поверилаца - чл. 148.

Стечај се отвара због трајније инсолвентности дужника - чл. 2. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Исту одредбу садржи и радна верзија преднацрта будућег стечајног закона (члан 3.) с тим што ближе одређује шта је неспособност за плаћање, шта је инсолвентност. Пракса привредних, сада трговинских судова указује на то да повериоци редовно буду намирени само у неком проценту свог потраживања, тако да после исплате трошкова стечајног поступка и поделе стечајне масе повериоцима, остатка нема. Ако се ипак деси у току трајања поступка стечаја, такав прилив у стечајну масу да повериоци буду у целости намирени, онда се преостала средства у приватној својини предају власнику - став 2. чл. 148. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. Значи, ако је страног лице, физичко или правно (увек приватно) својим средствима основало предузеће у земљи по члану 8. ст. 5. Закона о предузећима и по одредбама Закона о страним улагањима или је уложило своја средства у предузеће на основу уговора о улагању по том закону, а предузеће банкротира, онда се прво из стечајне масе плаћају трошкови поступка стечаја и намирују повериоци, а остатак средстава предаје

се власнику или деоничару (власницима, деоничарима сразмерно њиховим улагањима). У напред реченом случају ради се о очигледно неуспелом улагању страног капитала. До банкрота предузећа је дошло или због погрешних пословних потеза власника - улагача капитала или као резултат датих услова на тржишту и страни улагач је на губитку као било где у свету у ком се послује у тржишним условима. Битно је да страна лице чије улагање средстава није било успешно, после стечаја "свог" предузећа добија остатке као и домаћи власник или улагач, ако их уопште има.

Облигациони уговори

Напред је било речи о правном положају страног лица у случају банкрота предузећа у које је он улагао или које је он основао и закључено је да странац у овој земљи није дискриминисан у погледу права на остатке својих средстава у случају стечаја предузећа. Међутим, страног власника капитала који тражи тржиште за пласман више од изнетог интересује како су у овој земљи заштићена права повеоца из уговора у привреди у случају стечаја домаћег саговорача.

Ваља рећи да се на облигационе односе привредних субјеката првенствено примењују прописи Закона о облигационим односима. Закон је донет, ступио је на снагу крајем 1978. године и до данас претрпео је неколико измена, али је био и остао модеран европски закон, који подробно уређује односе страна уговорница из уговора у привреди. Страни улагач приликом склапања послова са домаћим партнером, треба да очекује да ће се њихови евентуални будући спорови решавати првенствено применом тог закона, ако саме стране уговорнице другачије не уговоре.

У времену испред нас, очекује странце као уговорне стране у уговорима о купопродаји, транспорту, шпедицији, грађењу, посредовању, осигурању, лизингу, у уговорима везаним за туризам, за производњу хране и многим другим именованим и неименованим уговорима, међу којима су вероватно најзначајнији уговори о заједничком улагању у производњу добара за које је заинтересовано страна тржиште. У карактеристичне уговоре спадају они уговори о заједничком улагању где странац улаже новац, обртни капитал, а домаћи партнер даје радну снагу, постојеће објекте и постројења. (примери: производња одевних предмета, извоз малина). У овим уговорима страном саговорачу су на располагању класична средства обезбеђења: уговорна камата (на пример код зајма), пенали (уговор о грађењу), гаранција банке (превоз, шпедиција, складиштење), ручна залога, хипотека и др.. Овом приликом ће бити речи о уговорној камати, ручној залози и хипотеци, јер су то средства обезбеђења потраживања које важећи Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, изричито регулише у одељку V, који се односи на правне последице стечаја. Закон о стечају (Закон о инсолвентности) који је у припреми овим институтима посвећује и више простора од сада важећег.

О камати

Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (ЗППСЛ) у члану 102. прописује: "даном отварања стечајног поступка не престаје да тече камата на потраживања од дужника која се измирују из стечајне масе". Аутору овог излагања је познато да је приликом доношења закона 1989. године дато следеће образложење: по Закону о санацији и престанку организација удруженог рада даном отварања поступка стечаја над дужником престаје да тече камата на потраживање поверилаца. По том законској одредби номинални износ потраживања поверилаца је исти на дан отварања стечаја као на дан усвајања деобног биланса на основу ког се доноси решење о деоби стечајне масе. У међувремену су протекле године посвећене уновчењу имовине дужника, формирању стечајне масе и утврђењу потраживања поверилаца. Без обзира што је то био период пре галопирајуће инфлације и хиперинфлације, ипак је трошак поступка "појео" већи део стечајне масе, тако да износ за поделу повериоцима по решењу о главној деоби углавном био незнатан у односу на вредност потраживања поверилаца на дан отварања стечаја. Да би се то избегло нови закон (нови из 1999. године), уводи систем даљег тока камате на обавезу дужника. Предвиђено је да ће то приморати стечајног управника да знатно брже обави све послове који претходе формирању деобне масе, да ће повериоци преко одбора поверилаца својим ангажовањем допринети да се поступак стечаја што пре оконча, да се стечајна маса не би истопила на трошкове.

Очекивања се нису остварила. Поступци стечајева су и даље изузетно (у просеку) дуго трајали и трају. Образложење је свакако у општим условима привређивања.

Иако је цитиран члан 102. ЗППСЛ имао за циљ заштиту потраживања поверилаца, економско финансијски и политички догађаји у земљи са почетка 90-тих година и ратне прилике у првој половини 1999. године, обезвредиле су потраживања свих, па и страних поверилаца у таквој мери да је данас и у блиској будућности сваки инвеститор страног капитала допунски опрезан пре него што са домаћим партнером закључи уговор, без обзира што би цитирани члан 102. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, требало да буде гаранција свим повериоцима да њихово утврђено потраживање од дужника у стечају камата тече све до деобе стечајне масе. Ваља овде јасно рећи страном инвеститору, повериоцу, да га у случају стечаја домаћег дужника не чека брза исплата утврђеног, неспорног, признатог потраживања, јер ЗППСЛ садржи круту одредбу, члан 142., да се деоби приступа кад знатан део имовине дужника буде уновчен. Овај пропис са одредбом става 1. члана 140. закона, о равномерном намирењу поверилаца, у пракси значи дуго чекање на наплату без обзира ко је поверилац и колико су му "чисти" папири као основ за наплату. Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији по члану 139. ст. 1. даје могућност поделити деобне масе повериоцима чија су потраживања утврђена и пре него што се окончају парнице по тужбама поверилаца који су на то упућени по чл. 127. ст. 1., тако што би се за повериоце спорних потраживања

резервисао одговарајући износ из стечајне масе, а остали део би се без одлагања делио, али се ова законска могућност једноставно у пракси само изузетно користила.

Да сумирамо: камата која се на дуг дужника у стечају обрачунава све до деобе стечајне масе није дала очекивани ефекат у периоду 1989. – 2002. године. Због спорог уновчања стечајне масе, нарочито због изузетно дуготрајних парница, од чијег окончања зависи ток стечаја, страни поверилац, исто као и домаћи не може рачунати на брзу наплату свог потраживања у проценту који омогућава вредност деобне масе.

Ручна залога и хипотека

Ручна залога и хипотека су у промету роба и услуга институти осигурања повериоцевог потраживања који корен вуку из Римског права. Њихова снага је и данас од изузетне важности, јер је имовина дужника променљива категорија и без реалног терета поверилац није сигуран у наплативост свог потраживања у време доспелости. На простору на ком је више деценија владала друштвена и државна својина и на ком је у јеку приватизација и које се враћа тржишним условима пословања, од посебног значаја су реална средства обезбеђења потраживања страног пословног партнера.

Наше законодавство ручну залогу уређује Законом о облигационим односима - чл. 96б. - 99б, док је хипотека регулисана - чл. 61. - 69. Закона о основама својинско правних односа. Реални терети на деловима имовине дужника пружају и страном пословном партнеру највећу сигурност да ће своје потраживање по доспелости наплатити, без обзира на могуће практичне тешкоће у реализацији права.

Максималну гаранцију наплативости потраживања ужива поверилац у чију корист је установљена ручна залога или хипотека и у случају стечаја над дужником, који је ствар оптеретио ручном залогом или хипотеком.

Члан 117. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, гарантује различно право тако што прописује да отварање стечаја над дужником не утиче на право заложног - хипотекарног повериоца да се одвојено намири из вредности хипотеком - залогом оптерећене ствари. У ово право се не дира ни онда кад се стечај не спроводи због несразмере у висини обавеза стечајног дужника и вредности имовине која улази у стечајну масу. Заштита различног права је иста за све залоге и хипотеке, без обзира да ли су настале уговором, по сили закона или на основу судске одлуке. Привилегованост различног повериоца у наплати потраживања из тзв. посебне стечајне масе, наглашено је и тиме што по сада важећем стечајном закону постоји преклузија за пријаве потраживања поверилаца по чл. 90., али преклузија за различног повериоца не важи.

* *
*

Да сумирамо: покретна (машине, возила) или непокретна ствар (углавном зграде) дужника или трећег лица које оптерећује своју ствар у корист повериоца, најсигурније су обезбеђење страног повериоцу за наплативост потраживања већ по одредбама Закона о облигационим односима и Закона о основама својинско правних односа јер промена власника не дира у право повериоца а Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, одредбама чл. 117. и 118. потврђује да се поверилац из вредности оптерећене ствари може наплатити без обзира на стечај над дужником, или лице које је своју ствар оптеретило у корист повериоца као својеврсну гаранцију за обавезу дужника из уговора са повериоцем. Важећи ЗППСЛ а ни стечај ни закон у припреми нити фаворизују нити дискриминишу страног повериоца у реализацији разлучног права.

Пошто је дат одговор на питање о правном положају ималаца страног капитала за случај стечаја предузећа чији су власници/предузећа у која су улагали; и за случај стечаја домаћег пословног партнера, користим дати простор у публикацији да укажем на нека актуелна размишљања везана за ручну залогу и хипотеку као реалне терете:

Закон о облигационим односима ручну залогу дефинише у члану 966., дајући право залогопримцу да из вредности заложене ствари наплати потраживање од залогодавца. По члану 968. и 974. ст. 1. ствар оптерећења залогом мора да се преда залогопримцу. Једино што стране уговорнице могу уговорити по ставу 2. чл. 974. је заједничко чување предмета залогa. Члан 976. залогопримцу забрањује употребу ствари. Међутим, привредни живот је инвентивнији од закона. Заложене машине радилице, привредна возила, разни апарати који се користе у процесу производње залогодавца губе своју вредност неупотребом и преласком у пасивно притежање залогопримца, који не сме да их користи. Залогодавац - дужник губи могућност да привређује са тим стварима и самим тим смањује се изглед да дужник заради новац потребан за исплату дуга за чије обезбеђење је дао залогу. То је основни разлог што је све више присталица за недржавинску, непосесорну залогу. Тај облик залогa омогућава да предмет залогa остане у притежању дужника, тако да дужник даље експлоатише ствар у оквиру њене редовне употребе и после закључења уговора којим је повериоца обезбедио залагањем своје покретне ствари. Истовремено је поверилац - залогопримац ослобођен трошкова чувања ствари. За ову врсту залогa потребно је установити одговарајући регистар ради заштите интереса трећих лица, а можда и посебну публикацију по установљеној залози по којој је ствар остала у државни дужника. Указујем на модел закона Европске банке који је обухватио и овај проблем. Затим указујем на могућу сходну примену одредаба Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе. Тај закон предвиђа упис у јавни регистар који води специјализована агенција. Одређени су услови и поступак за тај упис и маркирање ствари на које се упис односи. У ери компјутера регистар-

ски судови би могли примати и пријаве за упис постојања недржавинске залогe, с тим што би тај упис био само евиденционог карактера, али ипак значајна помоћ потенцијалном пословном партнеру ради процене финансијског стања супротне уговорне стране.

Хипотека, како је напред већ речено, од Римског права до данас једно је од најсигурнијих обезбеђења повериоца. Међутим, у нашој земљи је само мањи (знатно мање од 50%) површине земљишта, а тиме и зграда, уписано у земљишне књиге. Њихово установљење је још у току и због природе посла, свакако ће још потрајати. Зато овај институт у пракси не може бити коришћен онолико колика му је стварна вредност. У члану 64. ст. 1. Закона о основама својинско правних односа је речено, да се хипотека стиче уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом, што значи да упис има конститутивни карактер. Законодавцу ваља сугерисати да пропише да се хипотека може конституисати између субјеката привредног права и тако што би се писмени уговор оверен код суда евидентирао у регистру предузећа. Озбиљно ваља размотрити и потребу и могућност оснивање хипотекарне банке на коју би се између осталог пренела и надлежност реализације хипотеке.

Напред речено је само осврт на питања која су отворена у фази ревитализације тржишта у земљи, са јединим циљем покушаја доприноса у разради будућих закона који ће на савремен начин регулисати и питање нових облика обезбеђења потраживања поверилаца.