

*Радмила Босанац,
адвокаћ, Београд*

Средства обезбеђења у пословима са елементом иностраности

Мере обезбеђења у међународном промету и уопште у пословима са елементом иностраности су данас велика потреба и много значајније него у унутрашњем промету, из разлога повећаних ризика. Ови ризици постоје прво у погледу избора иностраног пословног партнера, његове подобности, солвентности, моралне сигурности, затим ту су ризици везани за познавање и непознавање прописа државе у којој се посао обавља, примене меродавног права, девизна, царинска и друга ограничења, ризици наступања поремећаја у међународној трговини као последица економских и политичких догађаја. Због свега тога, послови са елементом иностраности имају у себи елементе алеаторности тако да коначни исход и реализација посла нису никада сигурни. Велики број ненаплаћених потраживања наших предузећа према иностраним партнерима у доба санкција, а и мимо тога говоре у прилог томе. Из тих разлога неопходно је предузимање мера обезбеђења код уговарања послова са елементом иностраности, било да се ради о извозно-увозним пословима или страним улагањима или некој другој врсти спољнотрговинских послова. Посебно је то случај са пословањем наших предузећа који после дугог периода санкција и ограничавајућих спољнотрговинских и девизних прописа треба да пронађу своје место на међународном тржишту, а такође да би се обезбедили повољни услови за прилив страног капитала преко страних улагања у домаћу привреду.

Врсте мера обезбеђења

Могу се разликовати мере обезбеђења на општем нивоу, које се прописују законима и гарантују општу сигурност домаћим и страним лицима у обављању спољнотрговинских послова и на појединачном, уговорном нивоу, везано за појединачни, конкретни посао.

Ове прве су мере обезбеђење у смислу услова за закључење и реализацију послова код домаће државе и, у смислу правне сигурности, да једном закључени правни посао неће бити онемогућен или отежан услед измене императивних прописа домаће државе, и одређују се међународним споразумима и домаћим законима и другим прописима.

Друга група су средства обезбеђења везана за сваки конкретан посао која странке уговарају и која зависе од слободне воље уговорних страна. Ова средства су регулисана у прописима који на општи начин регулишу уговорне односе, општим и посебним узансама као и правилима међународног права. Када је реч о хартијама од вредности које такође могу служити као средство обезбеђења плаћања, ови инструменти су регулисани и посебним законима и то Законом о хартијама од вредности, Законом о меници, Законом о чеку, с обзиром да су ови инструменти првенствено средства плаћања а затим средства кредита и обезбеђења плаћања.

Из овога произлази да се могу разликовати средства која треба да обезбеди сама држава извршавањем закључених и потписаних међународних споразума и средства обезбеђења о којима морају да воде рачуна саме странке у оквиру међусобних односа.

Држава такође може донети мере обезбеђења кроз одредбе у посебним прописима којима се штите домаћа лица од императивних прописа стране државе. На пример, у члану 114 Закона о меници, прописано је да ће савезна влада, према озбиљности прилика донети прописе о одговарајућој заштити за регресне меничне дужнике одлагањем рокова за исплату меница и сл., кад год инострана држава изда прописе којима се спречава вршење или одржавање права из тих меница.

Средства обезбеђења међународних плаћања

Једна од најважнијих врста послова са елементом иностраности су свакако послови спољнотрговинског промета, односно увоза и извоза роба и услуга. При томе, свака држава настоји да јој извоз буде већи од увоза и да наплати своја потраживања по основу извршеног извоза и тиме повећа прилив девизних средстава. У том смислу се и посебним императивним прописима налаже унос у земљу девиза остварених по основу извршеног извоза, према нашим прописима прдвиђен је и рок од 60 (90) дана за наплату и унос девизног прилива из иностранства, под претњом привредно-казнене санкције. Законодавац не улази у могућност или немогућност наплате услед наступања одређених ризика, већ је то питање препуштено тр-

говачком (привредном) суду у привредно-казненом поступку. С друге стране, приликом закључења послова спољнотрговинског промета, домаћа предузећа немају обавезу да уговоре инструменте за обезбеђење наплате већ је то препуштено њиховој слободној вољи и пословној пракси. Страни партнери често намећу своју вољу и домаћа предузећа су често принуђена да прихвате услове који им се нуде.

Оно што додатно компликује избор одговарајућег инструмента обезбеђења је сте питање меродавног права које ће се применити. За поједина средства обезбеђења донета су у међународним оквирима јединствена правила, која се примењују када су у питању међународни односи, мада у правној теорији има различитих мишљења да ли се њихова примена заснива на изричитој уговорној вољи странака или она представљају кодификоване међународне обичаје, који се примењују сем ако странке изричито не искључе њихову примену. Ова правила су прихваћена од већине земаља и често инкорпорисана у домаће законодавство, али постоје и извесна ограничења која нису везана за саме инструменте, као што су на пример девизна ограничења кроз домаће императивне прописе одређене државе, на које пословни партнери морају обратити пажњу.

У међународним плаћњима јављају се два основна облика плаћања, ако искључимо компензационе послове и плаћање путем пребијања¹⁾: плаћање по извршеној испоруци и плаћање уз документа. Авансно плаћање није уобичајено, али су наша предузећа у време санкција, па и у садашњем периоду често принуђена да изврше исплату робе пре испоруке. Ниједан од ових начина не даје довољно сигурности, па се најчешће прибегава међународном документарном акредитиву. Помоћу њега се обавља 80% међународне трговине било да се ради о промету робе и услуга било да се врши плаћање између партнера чије се седиште налази у различитим државама, из разлога што се подједнако штите и интереси продавца и интереси купца. Документарни акредитив је истовремено и средство плаћања и средство обезбеђења и то како плаћања тако и испоруке робе.

Документарни акредитив

Документарни акредитив је банкарски посао којим се акредитивна банка обавезује да по налогу налогодавца било сама било преко друге, коресподентне банке, изврши плаћање у корист трећег лица (кориснику) или по налогу трећег лица (пренос акредитива) или да плати, акцептира или негоцира менице вучене од стране корисника.²⁾ Према Закону о облигационим односима³⁾, прихватањем захтева налогодавца за отварање акредитива, акредитивна банка се обавезује да ће кориснику акредитива исплатити одређену новчану своту ако до одређеног времена буду

1. Ови облици плаћања су изузетак и за њих је потребно посебно одобрење надлжног органа
2. Види: Др. Младен Драшкић, *Правни односи на основу међународног документарног акредитива*, "Међународно привредно уговорно право", Савремена администрација, Београд; др. Мирко Васиљевић, *Акредитив*, "Пословно право", Савремена администрација, Београд

испуњени услови наведени у налогу за отварање акредитива, који мора бити сачињен у писменој форми.⁴⁾

Код документарног акредитива постоје два практично независна уговора на основу којих настаје три врсте правних односа. Први је основни уговор, купопродајни између продавца (извозника, извођача радова) и купца (увозника, инвеститора радова), којим се купац обавезује да ће са одговарајућом банком закључити други уговор о отварању акредитива. На основу овог другог уговора настаје правни однос између налогодавца акредитива (купац из основног уговора) и акредитивне банке, с једне стране и правни однос између акредитивне банке и корисника акредитива (продавац из основног посла). Тако овај уговор има елементе уговора у корист трећег, јер корисник акредитива не закључује уговор са банком.

Осим тога, може настати и четврти однос, у случају када акредитиван банка користи услуге друге банке, што је код међународног промета уобичајено, с обзиром да се налогодавац (купац-увозник из основног посла) налази најчешће у једној земљи где отвара акредитив, а корисник (продавац-извозник) у другој земљи где се ангажује друга банка.

Не улазећи овде детаљно у објашњење документарног акредитива, једно од важних питања, на које би требало обратити пажњу, јесте колико је акредитив сигурно средство обезбеђења. С обзиром да реализација основног посла путем акредитива зависи од банке или банака, онда и његова сигурност зависи од тога да ли ће и како банка извршити своје преузете обавезе. Одговорност банке је ограничена и везна само за формалну, спољашњу саобразност докумената са одредбама и условима акредитива. Банка се не упушта у исправност докумената, нити да ли постоје преварне радње у основном послу. Обавеза акредитивне банке састоји се у обавези испитивања поднетих докумената корисника акредитива, с разумном пажњом и у разумном року, па ако су саобразна условима издате акредитивне исправе, обавеза банке је да их искупи.⁵⁾

Ово произлази из два основна правила акредитива. Прво, банке нису везане за основни уговор нити их исти обавезује и друго, код пословања документарним акредитивом све заинтересоване стране се баве документима а не робом. Банка одговара само за спољну саобразност преузетих докумената са условима акредитива, и не преузима никакву одговорност ако су поднети документи на изглед саобразни са упутствима налогодавца, нити преузима икакву обавезу у погледу робе која је предмет отвореног акредитива.⁶⁾ Банка не преузима никакву одговорност или обавезу у погледу описа, количине тежине, квалитета, стања амбалаже, испо-

3. Акредитив регулишу и Опште узансе за промет робом. На међународном плану акредитив је регулисан Једнообразним правилима Међународне трговинске коморе која је донела и стандардне формуле за отварање документарних акредитива, а које су прихватиле банке већине земаља.

4. ЗОО, члан 1072.

5. Једнообразна правила, чл. 13 ЗОО чл. 1080.

6. Једнообразна правила, опште одредбе, члан 8, ЗОО члан 1082 став 1 и 2.

руке, вредности или постојања робе коју представљају документи, као ни за добру веру или радње и пропусте, платежну способност, извршење обавеза или углед пошиљаоца, превозника или осигурача робе или било којег другог лица.⁷⁾

Због независности акредитива према основном послу (начело аутономије акредитива) обавеза банке на исплату (или откуп или акцептирање менице) је самостална и апстрактна и независна од приговора који се тичу немогућности извршавања основног посла (избијања рата, стављање ембрга на извоз, прописивање извозних дозвола или квота, раскид основног уговора). Такође, банка не може кориснику истицати приговоре који потичу из њеног односа са налогодавцем или приговоре из њеног односа са другим коресподентним банкама, а такође ни корисник не може да се позива на уговорне односе између банака учесника у послу или на односе између налогодавца и акредитивне банке.⁸⁾

Поред тога, једнообразна правила још више искључују или ограничавају одговорност банака одступајући и од неких основних правних правила у области уговорне одговорности. Тако банке не преузимају никакву одговорност за форму, потпуност, тачност, аутентичност, фалсификат или правни значај било кога документа нити за услове који су назначени у документима. Такође, не преузимају никакву обавезу ни одговорност за последице које настану због закашњења или губитка при преношењу било каквих порука, писама или докуманат или због закашњења, или грешака насталих при преносу каблогограма, телеграма или телекса, нити за грешке у преводу или тумачењу техничких израза.⁹⁾

Ипак, у најновијој судској пракси и правној теорији банци се признаје право да одбије преварне документе и да их не искупи на пример у случају очигледног фалсификовања потписа, антидатирања и слично, као и да одбије искуп докумената у случају преварних радњи у основном послу, а налогодавац има право да одговарајућим привременим мерама спречи банку да искупи робна документа.¹⁰⁾ Међутим, признато право не значи и одговорност банке.

Узимајући у обзир искључивање и ограничење одговорности банке, излази да документарни акредитив није потпуно сигурно средство обезбеђења за налогодавца (купца – увозника робе), јер му банка не гарантује да ће за новац који исплати добити и робу, већ само документа са којима може да располаже са робом под условом да су документа не само споља саобразна са акредитивном исправом, већ и стварно саобразна са робом (роба може и да пропадне).

Са стране продавца робе који предаје документа и прима наплату, акредитив пружа потпуну сигурност повериоцу да ће извршити наплату предајом документа, с обзиром на апстрактност акредитивне исправе.

7. Др. Мирко Васиљевић, *Акредитив*, "Пословно право", стр. 714 Савремена администрација, Београд, 1977.

8. Др. Мирко Васиљевић, исто, стр. 707-722.

9. Једнообразна правила чл. 10.

10. Мирко Васиљевић, исто, стр. 714, Вукадиновић, *Документарни акредитив према новој ревизији Једнообразних правила обичаја из 1993*, "Право и привреда", 9-12/93.

Такође, према једнообразним правилима¹¹⁾, искључена је одговорност акредитивне банке према налогодавцу и у погледу извршавања обавеза друге банке чије услуге акредитивна банка користи у извршавању закљученог уговора о акредитиву са налогодавцем, односно коресподентне банке (то може бити авизирајућа или исплатна банка). Налогодавац није у правном односу са овом другом банком, са којом акредитивна банка закључује уговор, па чак и онда када је налогодавац сам одабрао коресподентну банку, али према једнообразним правилима, акредитивна банка закључује уговор са коресподентном банком на рачун и ризик налогодавца. Акредитивна банка не предузима никакву одговорност нити обавезу ако инструкције које пренесе коресподентној банци не буду извшене, чиме се одступа од начела да дужник одговара за помоћнике које је ангажовао ради извршења своје обавезе.

Ово правило које искључује одговорност банке, ставља банку у повољнији положај у односу на налогодавца и купца. Такође, банке се ослобађају одговорности за последице прекида рада услед више силе. Према једнообразним правилима под вишом силом се подразумева штрајк, локаут, побуна, грађански немири, устанци, ратови или било које друге околности ван њихове контроле.

Банкарска гаранција

Банкарска гаранција може бити прилично сигурно средство обезбеђења код наплате потраживања домаћих предузећа по основу извршеног извоза. Међутим, наша предузећа, у настојању да у условима велике конкуренције на међународном тржишту пласирају своју робу, прихватају и неодговарајуће услове пословања и не обезбеђују своје уговоре на адекватан начин. Међутим, захтевање обезбеђења плаћања банкарском гаранцијом не може да смањи шансе домаћим предузећима на страном тржишту, већ напротив може да повећава углед домаћих предузећа уколико користе банкарске гаранције познатих банака.

У међународном промету, банкарска гаранција је једно од значајних и доста прихваћених средстава обезбеђења плаћања. Иако је слична јемству, нарочито када је јемац банка, она пружа већу сигурност од грађанског јемства и знатно се разликује од истог. Грађанско јемство има акцесоран карактер и његова судбина зависи од судбине основног посла тако да јемчева обавеза зависи од обавезе дужника – кад је дужник ослобођен обавезе ослобађа се и јемац. Међутим, банкарска гаранција пружа повериоцу обезбеђење и кад је дужник ослобођен обавезе извршења, што у међународним оквирима може бити значајно нарочито ако дужник не може да изврши своју обавезу на пример због девизних ограничења, или из неких других околности које искључују одговорност дужника.

Банкарска гаранција је самостална у односу на основни уговор и банка не може користити приговоре из основног уговора, већ само приговоре који имају свој

11. Једнообразна правила, чл 12.

основ у уговору о банкарској гаранцији, као и приговоре из личног односа са корисником гаранције. Гаранцијом се ствара апстрактна обавеза банке да ће кориснику у случају неизвршења чинидбе из основног посла бити исплаћен одређени новчани износ.¹²⁾

Такође, предност банкарске гаранције је и у томе што се она брже и лакше реализује, само на основу захтева, а и поверилац има већу сигурност јер иза ове гаранције стоји банка која има већу финансијску сигурност, под условом да је извршен добар избор банке, јер у садашњој несигурности банкарског система ни банкарска гаранција није више тако сигурно средство обезбеђења ако се не поведе рачуна о избору банке.

Два битна својства банкарске гаранције јој дају предност над осталим средствима обезбеђења, а то су неопозивост и безусловност. Неопозивост значи да банка не може одустати од већ дате гаранције или је повући у року важности без предходне сагласности свих учесника у гаранцијском послу. Безусловност је правило код гаранција јер обавеза банке није условна како је то случај у грађанском праву. Поверилац је овлашћен да се обрати банци одмах када наступи гарантовани случај, односно када главни дужник благовремено и уредно не изврши своју обавезу која је предмет гаранције.

Према нашем Закону о облигацијама¹³⁾, дата је широка формулација банкарске гаранције којом се покрива како ризик неизвршења уговора, тако и ризик његове непуноважности и омогућава банкама да могу давати и примати све врсте гаранција уобичајених у пословима међународног промета. Банкарском гаранцијом се обавезује банка према примаоцу гаранције (кориснику) да ће му за случај да му треће лице не испуни обавезу о доспелости измирити обавезу ако буду испуњени услови наведени у гаранцији.¹⁴⁾ Закон познаје и могућност супергаранције, односно потврде обавезе из гаранције од стране друге банке, тако да корисник у том случају може своје захтеве из гаранције поднети било банци која је издала гаранцију, било оној која ју је потврдила.

Наш закон допушта и гаранцију са клаузулом "без приговора" или "на први позив" као посебну врсту гаранције, где банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези. Код ове гаранције, обавеза банке да исплати гарантовани износ настаје самим писменим саопштењем повериоца да су испуњени услови предвиђени у гаранцији односно да дужник није извршио своју обавезу из основног уговора. Банка је у овом случају дужна да исплати повериоцу гарантовани износ не само

12. Др. Младен Драшкић, наведено дело.

13. Банкарска гаранција као правни институт није регулисана у многим законодавствима. Она је произашла из пословне праксе и на њу се примењују пословни обичаји и банкарска правила, чијим сакупљањем је Међународна трговинска комора са седиштем у Паризу донела 1978. године Једнообразна правила за уговорне гаранције. Примена ових правила је добровољна.

14. ЗОО, чл.1083 став 1.

кад је главни дужник инсолвентан него и кад је основни дуг проглашен ништавним или је престао. С друге стране, дужник је у том случају дужан платити банци сваки износ који је банка платила по основу гаранције са овом клаузулом. Из тих разлога овај облик банкарске гаранције није повољан за дужника јер постоји опасност да поверилац неоправдано користи гаранцију.

Банка измирује обавезу из гаранције у новцу и у случају да се гаранцијом обезбеђује неновчана обавеза.

Оно што је карактеристика банкарске гаранције у нашем праву за разлику од уобичајене праксе у закључивању уговора о банкарској гаранцији у међународним оквирима, јесте обавезна писмена форма. Према Закону о облигацијама банкарска гаранција мора бити издата у писменој форми.¹⁵⁾

Банкарска гаранција се често меша са банкарским јемством, с обзиром да се банка може појавити и као обичан јемац из грађанског права, али ова два појма треба разликовати јер не производе исти правно дејство. Банкарска гаранција није акцесорна са главним дугом као јемством. Банка као јемац може да истиче према повериоцу приговоре на које дужник има право нарочито на немогућност дужника да изврши обавезе за коју се јемчи, док као гарант, банка нема права на те приговоре, њена обавеза је самостална и она је дужана да надокнади штету и кад је извршење дужникове обавезе постало немогуће и кад је дужникова обавеза престала. Гаранција производи дејство и онда када се посао који она обезбеђује не реализује, односно и када је уговор из основног посла непуноважан.

Осим тога, код јемства се гарантује испуњење туђег дуга, а код гаранције банка као гарант преузима сопствену обавезу да ће исплатити новчани износ на који гаранција гласи уколико се за то испуне услови који су предвиђени у гарантном писму.¹⁶⁾

Међутим, као и код јемства, банка за извршено плаћање по банкарској гаранцији, има право регреса према налогодавцу као и код јемства.

Регресни захтев се остварује на основу односа између налогодавца (дужника из основног посла) и банке гаранта,¹⁷⁾ односно на основу уговора о издавању банкарске гаранције. Овим уговором се поред осталог, обезбеђују регресна права према дужнику најчешће путем одговарајућег покрића, односно депозита, јер тако у случају реализације обезбеђења банка може брже да се регресира од дужника. Међутим, могуће је да се обезбеђење уговори путем стварно-правних, реалних обезбеђења, и то залог на пример хартија од вредности или путем хипотеке.

15. ЗОО, чл.1083.став 2.

16. Божидар Павићевић, *Банкарске гаранције у југословенском праву и правној науци*.

17. Код банкарске гаранције настају три врсте односа: 1. однос између дужника у основном послу који је налогодавац банкарске гаранције и повериоца у основном послу који је корисник банкарске гаранције; 2. однос између налогодавца који је дужник из основног посла и банке гаранта; и 3. однос између банке гаранта и корисника гаранције који је поверилац из основног посла.

Једно посебно питање, које се може поставити везано за функционисање страних банака на нашој територији, јесте питање која правна регулатива ће бити примењена у погледу услова под којима ће ове банке давати гаранцију домаћим предузећима у пословању са иностранством, нарочито ако се пође од тога да је банкарска гаранција средство које је створила пракса, а не законодавац и да је наш Закон о облигацијама један од ретких који регулише овај институт, али се морају имати у виду и домаћи императивни прописи везани за девизно пословање са којима банке могу доћи у сукоб због њихове неусклађености са новим променама у банкарском систему. Посебно када су у питању валутне или златне клаузуле које обезбеђују вредност обавезе из основног уговора и вредност исплаћене обавезе по банкарској гаранцији, с обзиром да се ради о међународном плаћању и да девизни прописи могу ограничавати плаћање у страниој валути како валутне тако и златне клаузуле.

Јемство

Јемство такође заузима значајно место у савременом платном промету као средство за обезбеђење плаћања, односно извршења неког облигационог правног посла и доприноси јачању правне сигурности, а најчешће га дају банке или друге финансијске организације. Домаћа и страна правна лица трговачког права такође се могу појавити у улози јемца, а такође и физичка лица. Јемство је лично, персонално обезбеђење код кога се јемац појављује као треће лице у односу према повериоцу и које преузима обавезу према повериоцу да ће испунити пуновжну и доспелу обавезу дужника под условом да је дужник не изврши.¹⁸⁾

Јемство је, као и акредитив, акцесорни правни посао који зависи од основног посла- посла спољнотрговинског промета.

Као такво, јемство прати судбину главног посла и јемчева обавеза постоји док постоји и обавеза дужника и то у истом обиму, сем уколико није уговорено јемство само за део дужникове обавезе. Међутим, од овога постоји одступање у случају стечаја главног дужника или принудног поравнања: тада долази до смањења дужникове обавезе али то остаје без утицаја на обим јемчеве обавезе и он и даље дугује цео износ на који се обавезао уговором о јемству. Стога, јемство је јако погодно средство обезбеђења у случају да постоји опасност од стечаја дужника, тако да га поверилац може захтевати увек када није сигуран у солвентност дужника.

Међутим, у случају стечаја главног дужника, поверилац је дужан да пријави своје потраживање у стечај и о томе обавести јемца. Уколико не поступи тако, одговараће јемцу за штету ако иста наступи због тога. Јемац ће одговорати за цео износ своје обавезе, али умањен за део који је поверилац остварио у стечајном поступку, или који би остварио у стечајном поступку да није пропустио да пријави своје потраживање у стечај.

18. ЗОО, члан 997.

Проблем који се јавља, нарочито ако се ради о јемцу који припада различитој држави од купчеве, јесте које право ће бити меродавно. Претежно схватање јесте да је то право земље дужника, с обзиром да је уговор о јемству акцесорне природе и да мора да прати судбину главног уговора.

Оно што је битно код јемства као средства обезбеђења у пословима спољно-трговинског промета и уопште код уговора у привреди, јесте да јемац на обавезу насталу из ових уговора одговара као јемац платиша, односно солидарно са главним дужником¹⁹). То значи да поверилац може захтевати испуњење дужникове обавезе из основног посла било од дужника било од јемца или истовремено од обојице, а уколико има више јемаца, обавеза се дели између њих на једнаке делове, ако што друго нија уговорено. Солидарно јемство има предности за повериоца јер обезбеђује повериоцу већи степен правне сигурности и већу брзину у наплати потраживања.

Међутим Закон о облигацијама допушта могућност код уговора у привреди и да се уговори другачије јемство сем солидарног. Уколико предузећа желе да искључе солидарно јемство, морају то посебно да уговоре, јер је солидарно јемство правило. Супсидијерно јемство се уговара у корист јемца, јер се од јемца може захтевати испуњење обавезе тек након што је главни дужник не испуни у року одређеном у писменом позиву. Међутим, нека законодавства захтевају прво покретање поступка наплате од дужника преко суда пре обраћања повериоца јемцу. Решење прихваћено у нашем ЗОО, да је за обраћање јемцу, довољно да се дужник не одазове на писмени позив повериоца, прихватљивије је са становишта потребе за бржом реализацијом повериоцевог потраживања.

Од овога постоје и два изузетка. Поверилац може тражити испуњење од јемца иако пре тога није позвао главног дужника на испуњење обавезе, ако је очигледно да се из средстава главног дужника не може остварити њено испуњење или ако је главни дужник пао под стечај.

Такође, један од проблема у пракси јесте што често уговор о јемству наша предузећа закључују простом сагласношћу воља, без посебне писмене форме, нарочито када се као дужници појављују страни партнери, полазећи од поверења и задате речи. Међутим, овакво закључење уговора о јемству је несигурно средство обезбеђења јер поверење често није довољан доказ у случају спора. Осим тога, наш ЗОО признаје уговор о јемству само ако постоји писмена изјава јемца, односно уговор о јемству обавезује јемца само ако је изјаву о јемчењу учинио писмено.²⁰

19. ЗОО чл.1004, став 4.

20. ЗОО, члан 988.

Стварноправна обезбеђења: залога, хипотека

У међународном промету се могу користити и стварноправна средства обезбеђења, а то су средства заложног права: ручна залога, залога хартија од вредности и других потраживања и права и залога непокретности, односно хипотека. Ова средства обезбеђења су такође акцесорне природе јер њихово постојање и пуноважност зависи од постојања и пуноважност уговора чијем обезбеђењу служи.

Уговарање ових средстава обезбеђења даје право повериоцу да заложену ствар (покретну или непокретну или потраживање) прода ако дужник о доспелости не измири своју обавезу која је обезбеђена залогом. Уговором о залози обавезује се дужник или неко трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилаца могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по престанку свог потраживања врати неоштећену залогодавцу.²¹⁾

У погледу врсте ствари које могу бити предмет залогe, и према пракси и према теорији то могу бити и потрошне и заменљиве ствари, а скорашња пракса је увела и новац, тачније речено девизна средства као предмет залогe.

У међународном промету, често се врши залагање робе, на пример путем складишнице-исправе коју издаје овлашћено складиште а у којој потврђује да је од депонента примило на чување робу која је у њој означена и којом се обавезује да ту робу изда лицу које је према њеној садржини легитимисано да је прими. За залагање је нарочито погодна дводелна складишница која се састоји од признанице и заложнице. Преносом заложнице конституише се заложно право на ускладиштеној роби заложног повериоца али и облигационо право потраживања из хартије од вредности, што је од значаја кад дужник не плати дуг о доспелости.²²⁾ Ово је врло угодно средство за обезбеђење плаћања јер дужник гарантује да ће извршити исплату свог дуга својом робом коју не помера из складишта већ повериоцу предаје само заложницу. Ако дужник не измири дуг, ималац заложнице (поверилац) може наплатити своје потраживање продајом робе, с тим што се прво намирују трошкови продаје, затим сва потраживања складиштара, па тек онда потраживања имаоца заложнице, док преостали износ од продате робе иде имаоцу признанице.

Поред залагања покретних ствари, залгати се могу и непокретне ствари и то у облику хипотеке.

Хипотека као средство обезбеђења плаћања у скорије време је веома популарно средство обезбеђења код кредита.

У међународној пословној и банкарској пракси, хипотека се користи за обезбеђење враћања дугорочних или средњорочних кредита који се по правилу дају за финансирање извођења инвестиционих радова у иностранству, Такође хипотека

21. ЗОО, члан 966.

22. Др. Мирко Васиљевић, наведено дело, Складишница стр. 862.

може бити средство обезбеђења код давања банкарских гаранција за извршавање спољнотрговинских послова.

Хипотека је стварно право које овлашћује титулара да се може наплатити из оптерећене непокретности принудном продајом, ако дужник о року не измири своје новчане обавезе. Хипотекарни поверилац има право на намирење свог потраживања из вредности заложене непокретности пре осталих поверилаца као и пре хипотекарних поверилаца који су хипотеку конституисали после њега и то без обзира на промену власника оптерећене непокретности.

У пословима трговачког права уобичајено је да се хипотека конституише на више непокретности и то тако да свака непокретност одговара за читаво потраживање, а од повериоца зависи из које ће се непокретности наплатити. Такође, у пракси се тражи да вредност непокретности на којој се конституише хипотека буде већа од вредности потраживања које се обезбеђује. На овај начин се хипотекарни поверилац обезбеђује да ће продајом те непокретности моћи да покрије своје потраживање, с обзиром да у време продаје вредност непокретности може и да опадне, а такође и да се могу из вредности непокретности покрити и сви трошкови продаје као и камата на главни дуг који се потражује.

С обзиром да је предмет хипотеке непокретност са свим припацама док се не одвоје, да је право хипотекарног повериоца уписано у јавну књигу у којој се воде непокретности, и с обзиром на начин реализације, хипотека је прилично сигурно средство обезбеђења. Међутим, треба водити рачуна о томе да непокретност која је предмет хипотеке може да пропадне, да буде експроприсана или национализована или да буде неподобна за продају, или да јој вредност толико опадне да се продајом не може покрити вредност потраживања. Из тих разлога се у пословној пракси предмет хипотеке осигурава, тако да у случају пропсти хипотекарни поверилац може да се намири из осигуране суме.

Хипотека може бити значајно средство обезбеђења страних улагања, као и извођења инвестиционих радова у иностранству, али поверилац који своје потраживање жели да обезбеди хипотеком, мора познавати пропсе који важе за конституисање хипотеке и за располагање са непокретностима.

С обзиром да се код хипотеке ради о непокретностима, меродавно право које се примењује на конституисање права хипотеке је право државе на чијој територији се непокретност налази, па то право треба познавати пре прихватања хипотеке као средства обезбеђења. Такође, приликом уговарања хипотеке као средства обезбеђења, посебно треба обратити пажњу на права странаца да располажу са непокретностима у једној држави и да стичу стварна права над истима, с обзиром да се ради о пословима са елементом иностраности. Приликом продаје непокретности оптерећене хипотеком ради намирења хипотекарног повериоца, мора се поступати у складу са прописима који регулишу промет непокретности, који су углавном императивног карактера.

Заложно право се може установити и на хартијама од вредности уз посебну клаузулу "вредност за залог" и предајом хартије заложном повериоцу.²³⁾ Овде се

ради о залагању потраживања из хартије. Према Закону о облигацијама, када се ради о хартијама по наредби, давање у залогу потраживања из хартије врши се индосаментом у коме је назначено да је предата у залогу. Међутим, заложно право на потраживању уписаном на хартији на доносиоца поверилац стиче предајом хартије од стране дужника. Што се тиче залагања хартија на име, ЗОО не садржи посебне одредбе, па се на њих имају применити опште одредбе о залагању потраживања: потребно је да постоји уговор о залагању, писмено обавештење дужнику и предаја саме хартије.

Као и било која друга ствар, лицу на које је ради залог пренета хартија од вредности, заложена хартија служи као обезбеђење да ће преносилац хартије уредно испунити неку своју обавезу. Ако дужник који је заложно хартију не измири своју обавезу о доспелости, поверилац може тражити од издаваоца хартије да испуни обавезу уписану у хартији. Стицалац хартије стиче својство заложног повериоца и може реализовати права из хартије само ради намирења потраживања које је обезбеђено заложним правом које је установљено преносом хартије. Он не може да врши даљи пренос хартије од вредности. Такође издвалац хартије од вредности (на пример менични обвезник) не може према заложном стицаоцу истицати приговоре који имају основ у његовом личном односу са корисником хартије, осим у случају да је заложни стицалац приликом установљења заложног права, односно стичући меницу, свесно поступио на штету дужника.²⁴⁾

Поред овога, хартије од вредности могу да послуже као средство обезбеђења на још два начина. Прво обичним, редовним, преносом хартије и права из хартије са дужника на повериоца који обећава да ће вратити хартију када дужник испуни своју обавезу. Овде се ради о фидуцијарном преносу хартије ради заснивања заложног права. Други начин је предаја хартије без формалног преноса права из хартије, где се обезбеђење састоји у интересу дужника као законитог имаоца хартије да изврши своју обавезу према повериоцу како би му овај хартију вратио, јер без хартије, иако је њен законити ималац, не може вршити права из хартије. Међутим, обезбеђење је сигурније када се на хартији установи заложно право.

На пример, ималац менице може наплатити заложну меничну тражбину и од добијеног новца намирити своје потраживање и о томе је дужан да обавести дужника, односно залагача ако је залагач треће лице. Ималац менице је такође дужан, ако се потпуно намирио за своје потраживање, предати залагачу изворну меницу и преостали вишак. Делимично намирење мора се забележити на меници. Ово право припада имаоцу менице и у случају када залагач падне под стечај односно кад се отвори поступак ликвидације, тако да је меница дата у залогу сигурно обезбеђење плаћања и у случају инсолвентности дужника и опасности да ће пасти под стечај.

23. ЗОО, члан 245, Закон о меници, члан 18; др Мирко Васиљевић, наведено дело, Хартије од вредности, стр 760, др Слободан Перовић и др Драгољуб Стојановић, "Коментар Закона о облигацијама".

24. Закон о меници, члан 18, став2, што је супротно одредби члана 994 ЗОО којим су овакви приговори могу истаћи када је у питању залагање потраживања.

Међутим оно што је несигурно код менице као средства обезбеђења у пословима са елементом иностраности, јесте примена меродавног права нарочито у погледу валуте плаћања, односно могућа валутна и девизна ограничења. Исплата се може извршити у новцу означеном у меници- одредба ефективне исплате у страном новцу, али уколико то није у супротности са важњим валутним и девизним прописима. Када је меница платива у новцу који није у течају у месту плаћања, менична свота се може платити новцем који је ту у течају, а по вредности коју има на дан доспелости. Вредност страног новца одређује се по обичајима који важе у месту плаћања, али трасант може одредити да се свота коју треба платити обрачунава по курсу одређеном у меници, али такође под условом да то није у супротности са валутним и девизним прописима²⁵). Такође, и у регулисању других питања везаних за меницу, као што је способност лица да се менично обавезе, облик примања меничних обавеза, облик и рокови протеста, дејство обавеза меничних дужника, па и само залагање менице, може доћи до сукоба закона и потребе решавања које ће право бити меродавно.²⁶)

Све ово треба имати у виду приликом обезбеђења потраживања залагањем меница.

Поред хартија од вредности, могу се залагати и сва друга потраживања која су преносива као и друга права.

Арбитражна и судска заштита

Као посебан и крајњи вид обезбеђења извршења закљученог спољнотрговинског посла, не треба заборавити судску и арбитражну заштиту. Сигурно је да пословни партнери треба да настоје да избегну ову крајњу инстанцу у решавању међусобних уговорних односа. Међутим, често је ипак једино решење судска или арбитражна пресуда. С обзиром да се ради о пословима са елементом иностраности, приликом реализације спољнотрговинских послова може доћи до сукоба не само у погледу примене меродавног права већ и до сукоба у погледу надлежности судова разних земаља или арбитража. Овај сукоб се може избећи споразумом о избору суда или арбитраже приликом закључења уговора, уколико је такав споразум допуштен императивним прописима. Мора се водити рачуна да ће то увек бити суд државе којој припада једна од уговорних страна а такође и да ће право које се примењује увек бити право једне државе које је увек повољније за једну од странака. Исти је случај и са арбитражом.

Такође једно од важних питања везаних за правилан избор суда или арбитраже је питање признања и извршења страних судских и арбитражних пресуда, јер се може десити да се пресуда донета од стране суда или арбитраже једне државе мора извршити у другој чији прописи не дозвољавају такво извршење.

25. Закон о меници, члан 40.

26. Види члан 94-100 Закона о меници, такође Женевску конвенцију за регулисање сукоба закона у материји меничног права.

Обезбеђење страних улога

Поред послова спољнотрговинског промета и страна улагања су важан део послова са елементом иностраности. Тенденција повећања страних улагања ради обезбеђења прилива страног капитала повезана је и са мерама обезбеђења одређених права страних улагача као и обезбеђења самих улога.

Закон о страним улагањима гарантује одређена права страним улагачима, а пре свега гарантује пуну правну сигурност и правну заштиту у погледу права стечених улагањем. Пре свега, према Закону о страним улагањима, права страног улагача стечена у момнету уписа страног улагања у судски регистар не могу бити сужена накнадном изменом закона и других прописа, а такође улог страног улагача и имовина предузећа са страним улогом не могу бити предмет експропријације или других мера државе са једнаким дејством, осим кад је законом или на основу закона утврђен јавни интерес и уз плаћање накнаде.

Међутим, овде се поставља питање како ће се у пракси спровести ове одредбе, ако је другим законом или прописом сужено неко право страних улагача или донета одлука о експропријацији. Другим речима, поставља се питање усклађености других прописа са Законом о страним улагањима, као и питање који ће закон у случају сукоба бити примењен.

Такође, Закон о страним улагањима регулише да страни улагач може, у погледу сваког плаћања везаног за страну улагање, слободно конвертовати домаћу валуту у страну конвертибилну валуту, предузеће са страним улогом може слободно вршити плаћање у међународним пословним односима и може страну валуту држати на девизном рачуну код овлашћене банке и тим средствима слободно располагати. Такође је регулисано да се на страна улагања на територији Југославије примењује југословенско право, сем уколико међународним или билатералним споразумом није предвиђен повољнији третман. То значи да када се на предузеће са страним улогом примани важећи Закон о девизном пословању, који садржи велики број ограничења, онда ове гаранције из Закона о страним улагањима остају само на папиру.

Осим тога, право на трансфер добити и имовине, који је овим законом јако лепо формулисан, у пракси има тешкоће јер је временски период трансфера средстава велики и велика је несигурност због још недовољно разрађеног функционисања банкарског система.

Осигурање спољнотрговинских послова

Посебан вид обезбеђења спољнотрговинских послова јесте осигурање спољнотрговинских послова, с обзиром да су ови послови изложени великим ризицима чије наступање често не зависи од воље самих учесника ових послова, а такође и у условима велике конкуренције на светском тржишту којој су изложена и предузе-

ћа из далеко развијенијих земаља, а посебно наша предузећа која траже своје место у светској трговини.

Овом сигурању до сада није поклањана већа пажња ни у пракси ни у правној торији, иако је постојао закон о финансирању ове врсте осигурања.

Доношењем новог Закона о фонду за осигурање и финансирање спољнотрговинских послова из јануара ове године²⁷⁾, створене су основе за већу примену овог осигурања. Овим законом оснива се фонд као правно лице специјализовано за осигурање од некомерцијалних и комерцијалних ризика у спољнотрговинском пословању и финансирање спољнотрговинских послова ради подстицања и унапређења извоза и развоја других економских односа са иностранством, у општем интересу унапређења услова пословања на југословенском тржишту.

Овај фонд је од посебног значаја за спољнотрговинско пословање, јер су до сада спољнотрговинска предузећа била препуштена на милост и немилост иностраним партнерима и изложена великим ризицима, а нарочито у време санкција када је практично било немогуће наплатити потраживања у иностранству, а такође и условима постојања великог броја ненаплаћених потраживања од партнера из бивших југословенских република, који су сада припадници страних држава.

Овај фонд ће вршити осигурање од некомерцијалних и комерцијалних ризика.

Некомерцијални ризици су набројани у овом закону и то су случајеви када је немогуће наплатити потраживање због:

1. неплаћања дуга у уговореном року, ако је дужник држава, државна организација или правно лице за које гарантује држава;

2. политичких догађаја у земљи дужника или рата државе чији је држављанин дужник-са другом државом;

3. општег мораторијума плаћања, немогућности конверзије валуте земље дужника у конвертибилне валуте или забране трансфера-до истека ових забрана;

4. забране увоза или извоза робе или услуга;

5. једностраног раскида уговора од стране државе или државне организације, као купца или корисника услуга;

6. заплене, оштећења, забране располагања или уништења робе учињеног од стране државе, од часа изласка робе из државе места отпремања до приспећа у државу места пријема робе;

7. забране или онемогућавања транспорта робе;

8. катастрофалних елементарних несрећа;

9. других некомерцијалних ризика утврђених одлуком управног одбора фонда, на коју сагласност даје савезна влада.

Некомерцијални ризици су такође и штете настале у вези са имовином уложеном у предузећа или пословне јединице у другој држави и истима се у ствари осигуравају улагања домаћих предузећа у иностранству, и то у случају:

27. "Службени лист СРЈ", бр. 3/02 од 18.јануара 2002.

1. национализације, експропријације или других мера државе које се могу поистоветити са национализацијом или експропријацијом;
2. немогућности да се располаже имовином у трајању од најмање 12 месеци, због других мера предузетих од државе у којој је извршено улагање;
3. уништења или оштећења имовине у току рата који води држава у којој је извршено улагање имовине, односно политичких догађаја у тој држави.

Ближи услови осигурања тек треба да се донесу.

Како ће ово осигурање функционисати у пракси остаје да се види, али ово може бити једно од значајних средстава обезбеђења у спољнотрговинским пословима.

Уместо закључка

Сигурно је да савремено пословање захтева коришћење средстава обезбеђења приликом закључења спољнотрговинских послова. Које од бројних средстава ће домаћа предузећа да користе или да прихвате на захтев страног партнера на њима је да одлуче. Оно о чему треба водити рачуна јесте:

- колико су средства обезбеђења плаћања сигурна и како обезбедити њихову већу сигурност; и

- које право ће бити примењено код појединих средстава обезбеђења плаћања нарочито када долази до сукоба закона, да ли ће се применити прво оно што су странке уговориле или меродавно право које су уговориле или на које упућују одредбе уговора, или нека друга правна правила која нису уговорена, а све под условом да су у складу са императивним прописима домаће државе.

Међутим, оно што је у ствари најбитније код избора средстава обезбеђења, јесте превентива, односно предузимање свих расположивих мера којима се може обезбедити реализација спољнотрговинског посла и ризик свести на најмању меру:

- познавање прописа стране државе из које је ино партнер, или у којој се реализује спољнотрговински посао;

- познавање прилика на тржишту;

- познавање инопартнера, утврђивање бонитета и других релевантних фактора.