

*Бранка Радовић-Јанковић,  
заменик директора, Агенција за приватизацију, Београд*

## **Изјаве, гаранције и обавезе из уговора о продаји капитала и имовине јавним тендером и јавном аукцијом**

Посебан значај данас у привредном законодавству, које је обележено интензивним процесима приватизације, представљају уговори о продаји капитала и имовине јавном аукцијом и јавним тендером.

Иако се ради о именованим уговорима који се по свом историјском постојању сматрају најстаријим, правна природа уговора о продаји капитала и имовине јавном аукцијом и јавним тендером због свог предмета је сложена и специфична и за наше законодавство неискуствена област. Стога се може поставити питање да ли је то уговор о продаји специфичне робе или је то специфичан уговор. Сматрамо да се може прихватити становиште да се ради о специфичној роби која је предмет уговора па да то даје извесне особености целом правном послу.

Реч је о именованим, каузалним, адхезионим, формалним, формуларним и вишестрано обавезним уговорима.

Кауза ових уговора је продаја акција ( трансферних ) у које је подељен целокупни друштвени капитал субјекта приватизације.

Док се уговори о продаји капитала односно имовине јавним тендером закључује после продаје капитала односно имовине као резултат извршене продаје, уговор о продаји капитала односно имовине јавном аукцијом закључује се пре продаје капитала односно имовине.

И у једном и у другом случају самим моментом закључења уговора купац који је уједно и инвеститор не постаје и власник капитала односно акција што је последица правне природе друштвеног капитала. Наиме, потребно је извршити низ рад-

њи у периоду између ступања на снагу уговора (signing) и испуњености услова (closing) да би купац могао постати власник капитала.

Купац постаје власник капитала тек по испуњењу услова предвиђених уговором (closing conditions).

Уговори о продаји капитала односно имовине јавним тендером и јавном аукцијом закључују се увек у писаној *ad solemnitatem formi* која је битан услов за његову пуноважност. Евентуалне измене уговора такође су у писаној форми.

Уговори о продаји капитала и имовине јавном аукцијом и јавним тендером представљају формуларне уговоре односно уговоре по приступу. Разлике у степеном обавезности постоје између ове две врсте уговора.

Тако се код тендерске продаје купац у својој понуди обавезује на генералне одредбе уговора (продајна цена, депозит, начин обезбеђења плаћања, изјаве, гаранције, заштита итд.) Преговори су могући око прецизирања детаља као што је нпр. динамика инвестиционих улагања, начин спровођења социјалног програма итд.

Уговори о аукцијској продаји су типични формуларни уговори пошто све услове из уговора потенцијални купац унапред прихвата потписивањем уговора пре одржавања јавне аукције што представља неопходан услов да би потенцијални купац стекао статус учесника на аукцији.

Уговори о аукцијској и тендерској продаји су вишестрано обавезни уговори пошто се као учесници јављају три стране и то продавац, купац и Агенција за приватизацију.

Код уговора о продаји капитала јавним тендером у неким случајевима учесници уговора су четири уговорне стране пошто се на страни купца јавља и гарант.

Продавац је субјект приватизације односно предузеће које продаје свој друштвени капитал односно имовину.

Купац је инвеститор који може бити и правно и физичко лице домаће или страног. Агенција за приватизацију је, специјализована институција која организује и спроводи продају друштвеног капитала у име и за рачун Републике Србије.

Могло би се рећи да се Агенција за приватизацију појављује у двострукој улози. Са једне стране агенција је носилац јавне власти - *iure imperii* - коју је на њу делегирала држава и која се валоризује у преузимању права и обавеза у име и за рачун државе а такође је и субјект друштвеног надзора над извршењем уговора. Са друге стране агенција се јавља и у улози привредног субјекта - *iure gestionis* који има равноправан положај уговорне стране.

Правни основ за закључење овог уговора садржан је у члану 41. Закона о приватизацији ("СЛ. Гласник РС" бр. 38/2001). Овим чланом предвиђени су битни елементи уговора о продаји капитала и имовине. Сагласно овој одредби закона уговор садржи одредбе о уговорним странама, уговореној цени, року плаћања коришћењу земљишта и друге одредбе о којима се уговорне стране споразумеју. Полазећи од искустава земаља у транзицији и на основу међународне пословне прак-

се у области приватизације, уговорима о продаји капитала и имовине дефинисане су стандардне обавезе продавца и купца капитала односно имовине.

С обзиром на предмет и карактер правног посла и на сложен систем узајамних права и обавеза између продавца, купца и Агенције за приватизацију, уговори садрже много више одредаба од оног што представља битне елементе и стандардне уговорне обавезе.

Сваки уговор садржи права и обавезе које неће бити типичне за све продаје капитала и имовине и разликоваће се зависно од делатности субјекта приватизације.

Модерним приступом уговарања детаљно се регулишу сва права и обавезе уговорних страна како би се смањила могућност произвољног тумачења појединих одредби уговора а тиме и могућност настанка спорова између њих.

Могло би се закључити да уговори садржински, концептуално, термилошки, по приступу разрешења уговорних односа, свеобухватности, имају карактеристике уговора англосаксонског права.

### **Предмет уговора**

Предмет уговора је без обзира да ли се ради о продаји јавном аукцијом или јавним тендером, капитал ( друштвени или државни ) или имовина.

Законодавац је као принцип поставио продају 70% капитала што не искључује могућност продаје и мањег процента.

Друштвени капитал подељен је у акције па је непосредни предмет продаје акција.

Постоје термилошке разлике у дефинисању предмета уговора у једном и у другом случају. Тако су код тендерске продаје предмет уговора « трансферне акције» а код аукцијске «продајни капитал».

Под «трансферним акцијама» подразумевају се акције које ће тек моментом корпоратизације друштвеног предузећа у друштво капитала добити карактер «правих» акција у смислу Закона о хартијама од вредности.

Но, у оба случаја ради се о продаји капитала који представља износ од 70% укупног друштвеног капитала који се продаје и који је подељен у акције. Наиме, различите дефиниције немају и различито суштинско значење већ само термилошко и изведени су из истог појма «друштвени капитал»

### **Купопродајна цена**

Као и код сваког уговора о купопродаји цена чини битан елемент уговора. Оно што је специфично за ову врсту уговора је начин обезбеђења исплате купопродајне цене. На дан закључења уговора о купопродаји уједно се закључује и уговор односно споразум о депоновању средстава који се сматра исплатом купопродајне цене.

Споразум о депоновању средстава закључују агенција, купац и агент за депозит. Агент за депозит је по правилу банка код које се депонују средства у висини купопродајне цене.

Агент за депозит ће купопродајну цену у пуном износу и без икаквих одбитака исплатити у складу са споразумом о депоновању средстава и то путем дознаке или неког другог уговореног начина преноса средстава на рачун буџета Републике Србије.

Купопродајна цена биће исплаћена после closinga односно «оцењивања испуњености услова» када је испуњен и последњи услов тј. када се агенту за депозит достави оверен примерак решења надлежног трговачког суда о упису у регистар друштва капитала у којем је купац уписан као акционар са одређеним процентом капитала.

## **Гаранције, изјаве и обавезе продавца и агенције за приватизацију**

### **Гаранције, изјаве и обавезе код јавног тендера**

И ако је продавац једна од три уговорне стране код уговора о продаји капитала односно имовине путем јавне аукције или јавног тендера без чијег потписа уговор не производи правно дејство, код пружања гаранција или давања изјава продавац има пасивну функцију.

Продавац купцу не даје изјаве ни гаранције па чак ни изјаве или гаранције које су везане за сам статус односно облик предузећа чији је капитал предмет продаје.

Продавчеве обавезе односе се на пренос акција радницима без накнаде и пренос акција у Приватизациони регистар. Све ове обавезе односе се само на техничко и оперативно спровођење ових права која су законом утврђена, што значи да би их купац спровео чак и да нису резултат уговорних обавеза.

Гарант свих обавеза предузећа у име и за рачун Владе Републике Србије је Агенција за приватизацију, као специјализована институција која се бави промоцијом, иницирањем, спровођењем и контролом поступака приватизације.

Стварањем уговорних обавеза за Агенцију за приватизацију, иза којих се као крајњи гарант појављује Влада Републике Србије обезбеђује се већи степен правне сигурности за купца који за извршење уговорних обавеза као партнера непосредно има државу. На овај начин се пружа пуна правна заштита стратешком инвеститору који је купац капитала односно имовине субјекта приватизације.

Код тендерске продаје капитала и имовине Агенција за приватизацију и организује и спроводи поступак продаје капитала односно имовине.

Гаранције које даје Агенција за приватизацију односе се углавном на статусно правни положај предузећа, на имовинско правне односе, део финансијских перформанси које се односе на статус капитала и немогућност његовог отуђења, постојање одређених овлашћења. Гаранције агенције се не односе на мане воље или на својства ствари.

У спровођењу поступка приватизације агенција као уговорна страна у уговорима о продаји друштвеног капитала гарантује купцу : истинитост података ( као што су облик предузећа, постојање зависних друштава, висину капитала, исплату дивиденди итд.), да се неће вршити промене вредности капитала од момента расписивања тендера, за пренос права својине над акцијама, пуноважност обавеза и поступка, овлашћења за продају акција, власничка права над непокретностима, плаћање такси и других дажбина, овлашћења за закључење уговора, да су надлежним органима плаћање свих пореских обавеза непостојање обавеза према прописима којима се врши заштита околине итд. агенција гарантује и да се нису вршиле никакве измене, у оквиру субјекта приватизације, од одређеног датума (од дана расписивања тендера) које се односе на измене статута, реорганизацију или статусне промене, давање имовине или дела имовине у закуп или конституисања заложног права на њој.

Купац нема права да раскине овај уговор по основу мана воље, скривених мана или по било којем другом основу који се односи на физичка или правна својства робе. Наиме уговорне стране се изричито одричу примене Закона о облигацијама главе VII као и друге одредбе закона које би биле у супротности са овим. Оваква уговорна обавеза последица је могућности купца да изврши обилазак субјекта приватизације и разгледа сва постројења, непокретности, опрему као и да му се стави на увид сва документација и пружи све релевантне информације. Купцу се даје могућност и да направи свој *due diligence*.

Гаранција агенције категорисана је појмом «у знању агенције» или «према сазнањима агенције» под којим се подразумева постојеће знање вишег руководећег кадра агенције као и свако друго знање за које је разумно очекивати да се налази на располагању овим лицима.

### **Агенција је дужна да потпише «Disclosure letter»**

»Disclosure letter« је једна од новијих институција у нашој уговорној пракси. »Disclosure letter« потписује Агенција за приватизацију, и чини Анекс бр1. уз уговор. Оно садржи изјаву којом се постиже заштита и инвеститора и Агенције за приватизацију. Агенција гарантује истинитост и тачност података који су изнети у уговору а односе се на изјаве и гаранције. Ограничења агенције садржана су у чињеници да су подаци засновани на сазнањима продавца и агенције која су стечена током припреме тендерске документације, да су везани само за пословање продавца односно његових зависних предузећа, не обухвата податке којима располажу државни или правосудни органи. Заштита инвеститора односи се на гаранцију истинитости и тачности података.

Пошто између дана потписивања уговора и дана када ће бити испуњена и последња радња да би купац постао власник капитала и да би се исплатила продајна цена, постоји проток времена од неколико месеци, агенција поред изјава и гаранција као уговорна страна преузима низ обавеза.

Све ове обавезе углавном се односе на обезбеђење обављања редовних привредних и пословних делатности кроз различите видове активности, непреузимања нових обавеза ван оних које спадају у његове редовне активности, да не запошљава нове раднике или не повећава накнаде за рад, али и да не раскида постојеће уговоре о раду, не отуђује имовину или да је оптерети на било који други начин, узима зајмове, не исплаћује дивиденде и сл.

Активности се могу предузимати само ако спадају у редовно обављање пословања.

За све радње које се предузимају а не спадају у редовну делатност предузећа потребно је претходно прибавити сагласност купца у року који је одређен уговором. Ако купац није сагласан односно не прихвата предложене радње оне се не могу спровести.

Уговорна обавеза агенције односи се на «упућивање захтева» управном одбору субјекта приватизације и директору који су дужни да «уложе максималне напоре» за обезбеђење уговорних обавеза. Овакве дефиниције «обавеза» Агенције проистичу из њене законодавне функције и немања правних инструмената да субјект приватизације «приволи» да се уздржи од предузимања радњи које би могле угрозити приватизационе процесе.

### **Последице повреде изјава и гаранција код јавног тендера**

Агенција ће купцу надокнадити сву штету коју претрпи као последицу повреде било које од изјава и гаранција које су утврђене уговором, под условима и ограничењима која су уговорена.

Сви уговорени услови представљају горњу границу одговорности агенције.

Тако, купац нема право да тражи накнаду штете по основу кршења изјава које је дала агенција које појединачно ( по одштетном захтеву или групи одштетних захтева заснованих на истој чињеници или околностима ) не прелазе износ губитка од најмање USD 500,00 и ако укупан захтев не премашује суму од USD 2.500.000 (што се сматра «доњом границом одштетног захтева»), при чему ће бити надокнађени само губици који прелазе доњу границу одштеног захтева. Поред тога, обавеза агенције да купцу или било којој другој страни накнади штету која је настала као последица кршења било које од изјава, гаранција или обавеза, ограничава се на укупан износ у висини од 20% од купопродајне цене.

Поред ограничења које се односи на висину накнаде штете, купац је ограничен и роком у којем може поднети захтев за накнаду штете и рок износи 6 месеци од дана закључења уговора.

Купац агенцију писмено обавештава о природи одштетног захтева и то у року од 15 радних дана од дана када је страна која је оштећена дошла до сазнања о чињеницама или околностима које су довеле до истицања одштетног захтева.

Купац нема право на двоструку накнаду чак и у случају када је дошло до повреде више од једне изјаве, гаранције или обавезе.

Иста правила важе и у случају да је захтев поднет од стране трећих лица.

### **Гаранције, изјаве и обавезе код јавне аукције**

За разлику од уговора о продаји капитала јавним тендером код уговора о продаји капитала јавном аукцијом, гаранције за обавезе и изјаве су Агенција за приватизацију и продавац као субјекат приватизације.

Агенција за приватизацију и субјекат приватизације дају сличне изјаве као и у случају уговора о продаји капитала јавним тендером али је обим изјава и гаранција мањи. Тако се изјаве и гаранције састоје у истинитости података да је субјект приватизације организован у складу са прописима Републике Србије и СР Југославије, да капитал који се продаје није оптерећен заложним правом или неким другим теретом, да се продаје капитал у проценту који је наведен у уговору, да уписница која се издаје купцу после продаје капитала даје право гласа у скупштини, да агенција и субјекат приватизације имају овлашћења за закључење уговора и извршавање обавеза које проистичу из њега, да потписивање уговора није у супротности са прописима или евентуалним судским пресудама или налозима, да су поднети захтеви свим надлежним органима који се морају прибавити да би овај уговор био потписан.

Агенција не даје било какве друге изјаве и гаранције, с обзиром да је купац имао прилику да се у потпуности упозна са стањем субјекта приватизације, његовим статусом, финансијским стањем и пословањем.

Уговором о аукцији поред гаранција и изјава нису изричито предвиђене и обавезе за Агенцију за приватизацију или продавца као што је то у случају тендерске продаје.

### **Последице повреде изјава и гаранција код јавне аукције**

Последице повреде изјава и гаранција код јавне аукције настају ако купац не стекне право својине над капиталом који је предмет продаје, зато што изјава или изјаве или гаранције предвиђене уговором нису истините или тачне или су пре дана када треба да буду испуњени услови настале околности које су проузроковале повреду изјава или гаранција.

Дан када треба да буду испуњени услови дефинисан је као «дан рекламације» под којим се подразумева дан до којег купац може искористити своје право да раскине трансакцију. Агенција и субјект приватизације дужни су да изврше пренос својине на купца. Ако у року до истека деведесетог дана од дана који је одређен као «дан рекламације» купац није у могућности да стекне право својине над продајним капиталом, зато што изјаве или гаранције нису истините или тачне или зато што су пре испуњености услова настале околности које су проузроковале повреду изјава или гаранција, купац има право да раскине уговор. Сматра се да је до повреда изјава или гаранција дошло ако их је проузроковала или Агенција за приватизацију или субјект приватизације и то у случају да ни субјект приватизације ни агенција не могу да отклоне настале последице до дана рекламације.

Права купца су да раскине уговор у року од 30 дана од «дана рекламације» уз претходно достављање писменог обавештења о раскиду уговора.

Последице раскида уговора су повраћај купопродајне цене коју је купац уплатио. Агенција за приватизацију дужна је да врати новац у висини куповне цене. У овом случају купац је дужан да пренесе тј. врати агенцији капитал, односно уписницу о уписаним акцијама или акције.

Купац губи сва права на обештећење, ако није искористио своје право да раскине уговор у року од 16 дана од «дана реклаamacије».

## **Изјаве, гаранције и обавезе купца**

### **Изјаве, гаранције и обавезе купца код јавног тендера**

Код првих потписаних уговора о продаји друштвеног капитала путем јавног тендера на страни стратешког инвеститора који је страна правно лице појављују се две стране као учесници уговора, купац и гарант. Купац је по правилу предузеће «ћерка» гаранта у којем гарант има 100% капитала.

Купац и гарант изјаве и гаранције које дају агенцији дају и појединачно и заједно.

Гарант нема право на привилегију *beneficium excussionis sive ordinis* коју има у грађанском праву, а на основу које гарант може бити тужен, односно од њега тражено да испуни обавезу главног дужника тек пошто главни дужник буде тужен и пошто се утврди да он не може испунити своју обавезу. Агенција, у случају да купац није испунио своју обавезу у року има право да истовремено тражи испуњење обавезе одмах и од гаранта који одговара солидарно са купцем.

Изјаве и гаранције односе се: на облик предузећа купца које је основано и ради по законима државе свога седишта; на овлашћење за закључење уговора и преузимање обавеза за његово извршење; на извршење обавеза које не могу бити у супротности са законима, другим прописима или пресудом која би била обавезујућа за купца или гаранта; постојање свих релевантних сагласности за закључење уговора и преузимање обавеза ;

Док се изјаве и гаранције односе на правни статус купца и његова овлашћења за закључење и извршавање уговора, обавезе имају материјалну импликацију на предузеће које је предмет продаје.

За дате изјаве и пружене гаранције купац и гарант иступају и заједно и појединачно. За разлику од гаранција и изјава које су заједничке за купца и продавца, обавезе купца и гаранта се разликују и свако од њих се посебно обавезује.

Обавезе купца се односе на извршење инвестиционог плана, социјалног програма, омогућавање учешћа представника запослених у управном и надзорном одбору, наставак пословања предузећа у истој делатности у наредних пет година, потпомагање усклађивања са технолошким стандардима Европске заједнице и других међународних организација из области из које је делатност продавца.

Гарант се обавезује да ће у наредних пет година посредно или непосредно имати више од 50% акција у продавцу, што значи да у овом периоду не може да прода-

је капитал другим лицима који би могли постати већински власници, без сагласности Владе Републике Србије.

### **Последице повреде изјава и гаранција код јавног тендера**

За разлику од обавезе агенције за накнаду штете која је лимитирана у погледу висине новчаног износа и у погледу рока у којем се захтев може поднети, оваква ограничења нису предвиђена ни за купца ни за гаранта.

У односу на изјаве и гаранције купац и гарант се и заједнички и појединачно обавезују да обештете агенцију за све штете, укључујући и изгубљену добит и судске трошкове које би агенција могла имати услед кршења било које од изјава или гаранција предвиђених уговором.

Агенцији је дато право да од купца захтева да уместо да купац и гарант накнаде штету агенцији, накнаде штету продавцу.

У случају кршења обавезе гаранта у погледу висине акцијског капитала, гарант је дужан да Влади Републике Србије плати уговорну казну у висини од 50% од купопродајне цене.

Гарант се такође неопозиво обавезује да обештети и у целости плати све уговорне казне и пенале агенцији које би у складу са условима из уговора требало да плати купац.

### **Изјаве, гаранције и обавезе код јавне аукције**

Купац изјављује агенцији да је правно лице (ако је купац правно а не физичко лице) које је организовано у складу са законима земље у којој се налази његово седиште; да има овлашћење за закључење уговора и извршење обавеза из уговора; да ни куповина капитала, нити стицање својине над капиталом, нити испуњење обавеза из уговора није у супротности са законом другим прописом или судском одлуком која би обавезивала купца; да нису покренути нити вођени поступци пред било којим судом, арбитражом, државним, управним или било којим другим органом који могу утицати на пуноважност односно могућност спровођења овог уговора; поднета су или су прибављена сва овлашћења која су неопходна да би купац имао сагласност за закључење уговора ради стицања права својине над капиталом који је предмет продаје; купац гарантује да ни он ни његови радници, директори, заступници или представници нису повезани са субјектом приватизације или члановима аукцијске комисије.

### **Последице повреде изјава и гаранција код јавне аукције**

Купац обештећује агенцију за сваки губитак, односно штету, која је настала или коју је претрпео субјект приватизације или агенција као последица кршења или неисправности било које од изјава односно гаранција које је прихватио уговором.

Ако у року од 3 месеца од дана закључења уговора купац прекрши било коју од изјава или гаранција а не успе да их санира у року од 30 дана од дана достављања писменог обавештења агенције или субјекта приватизације, агенција има право на раскид уговора.

Отказни рок је 30 дана.

У случају раскида уговора купац ће платити агенцији уговорну казну у износу који је једнак висини депозита. У суштини купац губи право на депозит.

Купац такође губи право на капитал који је купио и дужан је да потврду о поседовању акција или уписницу којим се доказује власништво над капиталом без одлагања достави Агенцији.

Агенција губи сва права на обештећење уколико није искористила своје право на рекламацију пре «дана рекламације».