

Др Јелена ГАЗИВОДА
АОД Јанковић, Поповић, Митић

ДИРЕКТНИ УГОВОР

Резиме

Директан уговор је именовани, тространо обавезујући, формални, каузални, акцесорни уговор са споразумно утврђеном садржином са дуго-трајним извршењем престација, који закључују финансијери пројекта, приватни субјект/пројектно друштво, и уговорне стране из основних комерцијалних уговора на којима почива пројекат. Овај уговор, најуже посматрано, представља „део пакета обезбеђења“ финансијских институција које обезбеђују финансирање, али је и много више од тога будући да је од утицаја на опстанак пројекта али и на питање уговорних страна у основном уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта, с обзиром да представља уговорени механизам замене приватног субјекта новим који ће допринети опстанку пројекта и пуном измирењу обавеза по основу обезбеђеног финансирања. За разлику од типичних средстава обезбеђења која подразумевају извршење на предмету обезбеђења, овај уговор обезбеђује „директно“ укључење у пројекат кроз „ступање“ у уговорни однос на коме почива пројекат, уз преузимање старања о реализацији пројекта. Догађај који даје повод за активирање механизма „ступања у уговор“ је неизвршење доспеле обавезе пројектног друштва која прети да доведе до раскида уговора на основу кога се реализује конкретан пројекат, а посредно доводи у питање и могућност потпуног извршења обавеза пројектног друштва према финансијским институцијама које су обезбедиле финансирање. Директним уговором се обезбеђују две могућности за „опстанак пројекта“: а) „ступање у уговорни однос“, као и б) пренос права и обавеза пројектног друштва на другог субјекта, који испуњава све неопходне услове и критеријуме да може да обезбеди да пројекат настави да се реализује онако како је иницијално било предвиђено у тренутку закључења основног уговора о сарадњи који уређује спровођење конкретног пројекта за који је обезбеђено финансирање. Директним уговором, на основу унапред дате сагласности уговорних страна, суспендује се право на раскид уговора за одређено време,

док се не покуша са „одржавањем“ пројекта живим, а одлуком финансијера пројекта, који није непосредна уговорна страна у односу јавног и приватног субјекта, обезбеђује се и механизам за промену уговорне стране, што отвара питања аутономије воље уговорних страна као и питања хијерархије и односа јавног и приватног интереса.

Кључне речи: директни уговор, финансирање дугорочних уговора, обезбеђење финансирања, „ступање“ у уговорни однос, унапред дат пристанак на суспензију права на раскид уговора.

I Појам, значај, циљ и обележја директног уговора

Директни уговор (енг. *direct agreement* или *lenders direct credit agreement*) представља део пакета уговора, који уређује однос јавног и приватног субјекта/пројектног друштва и среће се код различитих модела јавно-приватног партнерства,¹ односно закључује се у вези са уговором о концесији. Иако овај уговор представља, најуже посматрано, део „пакета обезбеђења“ финансијских институција које обезбеђују финансирање (у даљем тексту: финансијери пројекта)² он је много више од тога будући да излази изван оквира пуког обезбеђења финансијера пројекта и задира дубоко у однос јавног и приватног субјекта, али не само њих, већ и других учесника у реализацији пројекта, од утицаја је на опстанак пројекта, али и на питање самог уговорног односа и уговорних страна у основном уговору о сарадњи јавног и приватног субјекта.³

1 Michael Geddes, *Making Public-Private Partnership Work: Building Relationship and Understanding Cultures*, London, 2005, 8-15; Слађана Бенковић, Слађана Барјактаревић Ракочевић, „Модели јавно-приватног партнерства у финансирању инфраструктурних пројеката“, *Операциони менаџмент у функцији одрживог економског раста и развоја Србије 2011-2020*, Београд, 2011, 492-494; *A Guidebook on Public-Private Partnership in Infrastructure*, United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, 2011, 4-10; Yong Hee Kong, „Different Models of PPP“, *Cross-Border Infrastructure Toolkit, Public Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF)*, доступно на адреси: http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Cross-Border-Infrastructure-Toolkit/Cross-Border%20Compilation%20over%2029%20Jan%2007/Session%204%20-%20Private%20Sector%20Participation/Private%20Sector_02%20Diferent%20Models%20of%20PPP%20-%2029%20Jan%2007.pdf.

2 Jeffrey Delmon, *Public-Private Partnership in Infrastructure, An Essential Guide for Policy Makers*, New York, 2011, 21.

3 У домаћем праву овај уговор је уведен Законом о јавно приватном партнерству и концесијама - ЗЈПКК, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011, 15/2016, међутим и даље се, због ограниченог броја пројеката који се у Републици Србији покрећу, односно реализују у складу са поментуим законом, веома ретко среће у пракси а сам ЗЈКПП овом уговору посвећује само један члан.

Директан уговор је именовани, тространо обавезујући, формални, каузални, акцесорни уговор са споразумно утврђеном садржином са дуготрајним извршењем престација, који закључују финансијери пројекта, приватни субјект/пројектно друштво,⁴ и уговорне стране из основних комерцијалних уговора на којима почива пројекат.⁵ Који се уговори могу сматрати основним комерцијалним уговорима на којима почива пројекат, разликује се од случаја до случаја, у зависности од особености конкретног пројекта. Ови уговори се најопштије могу одредити као уговори из којих произлази плаћање накнаде пројектном друштву, односно уговори из чијег извршења настају финансијска средства којима се обезбеђује извршење обавеза пројектног друштва према финансијерима пројекта.⁶

Без обзира на околност што се приликом обезбеђивања пројектног финансирања финансијерима пројекта достављају финансијски модел пројекта, пословни план, односно планирани буџет пројектног друштва, финансијери пројекта, у пракси, најчешће желе да виде и сам уговор који обезбеђује претежни, а понекад и једини, будући приход пројектног друштва, из кога ће се сервисирати обавеза финансијског задужења. Утолико

4 Уговори о сарадњи јавног и приватног субјекта најчешће подразумевају оснивање посебног привредног друштва у форми друштва капитала (најчешће друштва са ограниченом одговорношћу, енг. *special purpose vehicle/SPV*), које оснива приватни субјект, односно конзорцијум приватних субјеката, који је од стране јавног субјекта одабран у законом уређеном поступку, селективном и транспарентном поступку (уређеном Закон о јавним набавкама, односно посебим законом који уређују јавно-приватна партнерства, односно концесије), и које привредно друштво преузима обавезу извршења уговорних обавеза и остваривања права уређених уговором који закључује са јавним субјектом. Ово друштво се у теорији а и у пракси реализације уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта назива различито: друштво посебне намене, пројектно друштво, концесионо предузеће, и сл.

5 Graham D. Vinter, *Project Finance: A Legal Guide*, London, 2006, 273.

6 Као комерцијални уговори из којих пројектно друштво остварује право на накнаду у пракси се најчешће појављују именовани уговор о пружању услуга који, у зависности од пројекта до пројекта, добија специфична обележја и најчешће и другачији назив који одговара природи услуге која се пружа - уговор о транспорту нафте, односно уговор о транспорту природног гаса, код којих пројектно друштво остварује приход по основу транзитне таксе која се плаћа за пренос/транспорт закупуених капацитета у односу на уговорене количине нафте / гаса; уговор о пружању лучких услуга, односно уговор о пружању аеродромских услуга, код којих пројектно друштво остварује приход по основу лучких, односно аеродромских такси; уговор о управљању, уговор о концесији, и др. Такође, код уговора о изградњи постројења за производњу електричне енергије као најважнији уговор се појављује уговор о откупу енергије (енг. *power purchase agreement / PPA*), на основу кога јавни субјект откупљује најчешће целокупан контингент произведене електричне енергије и за то пројектном друштву плаћа уговорену накнаду.

је и значајније да су и ови уговори унапред договорени (да је садржина и форма ових уговора усаглашена и да представља прилог основног / генералног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта), било у својој пуној садржини, или у форми споразума о свим битним елементима уговора (енг. *term-sheet*), јер тада обезбеђују да закључење директног уговора остварује свој пун смисао.

Финансијере пројекта не интересују само основне одредбе ових уговора, већ, пре свега, одредбе које се односе на износ, валуту, динамику и начин плаћања по тим уговорима, а додатно, и одредбе које се односе на средства обезбеђења таквих плаћања. Будући да приходи које ће у будућности остваривати пројектно друштво, представљају основни, а неретко и једини, извор прихода конкретног друштва, за финансијере пројекта је од суштинског значаја и питање да ли постоји било који други субјект који претендује, или има уговорено или установљено право да, под одређеним условима, захтева плаћање из овог извора, те да ли је пројектно друштво установило било какво средство обезбеђења (садашње или будуће) у корист било ког трећег лица, чије активирање би могло да умањи или ограничи право финансијера пројекта на претендовано приоритетно намирење из средстава која пројектно друштво треба да оствари као приход из комерцијалног уговора.

Уговорна страна у директном уговору, може да буде, уз пројектно друштво и финансијере пројекта, који су уобичајене уговорне стране у директном уговору, и јавни субјект, посебно у случају кад су обавезе јавног субјекта (пре свега, обавеза плаћања накнаде за обављање делатности, односно за пружање услуга од општег интереса) од круцијалног значаја за будуће оперативно пословање пројектног друштва, односно за обезбеђивање исплативости пројекта.

Иако је основни разлог закључења директног уговора уговарање обезбеђења финансијера пројекта за њихово потраживање према пројектном друштву, финансијери пројекта ово средство обезбеђења не активирају на начин који је типичан за друге комерцијалне трансакције – извршењем на предмету обезбеђења, већ на основу овог уговора „ступају“ у уговорни однос на коме почива читав пројекат, на начин да ступају на место пројектног друштва, преузимајући његову улогу, односно преузимајући старање о реализацији пројекта. Овом приликом ваља имати у виду да су: а) за финансирање ових пројеката финансијери пројекта обезбедили значајна средства, б) да се финансијска средства најчешће користе за изградњу новог, или реконструкцију већ постојећег објекта, постро-

јења, односно система, в) да пројектно друштво остварује право на накнаду по уговору са јавним субјектом од тренутка започињања обављања делатности која је предмет уговора, што наступа тек након изградње и стављања у погон објекта, постројења, односно система, г) да финансијери пројекта као једино реално средство обезбеђења имају новац на рачуну пројектног друштва које пројектно друштво тек треба да започне да приходује након започињања обављања делатности, након изградње, односно реконструкције, у односу на чије трошење желе да задрже контролу, те да се највећи број средстава обезбеђења односи или на будућа потраживања (на пример, залога на будућим потраживањем пројектног друштва из уговора из кога пројектно друштво тек треба да остварује приход у неком будућем тренутку), или на будућу имовину коју пројектно друштво тек треба да стекне реализацијом пројекта, односно изградњом објекта, постројења, односно система.⁷

Отуда, закључењем директног уговора финансијери пројекта стичу право да практично преузму даље вођење пројекта, односно да се „директно“ укључе у пројекат, за разлику од њиховог дотадашњег учешћа у пројекту, у коме су обезбедили финансијска средства за реализацију пројекта и пратили извршење обавеза пројектног друштва по основу закљученог уговора јавног и приватног субјекта, као уговора о кредиту, када се стекну услови за извршење обавеза пројектног друштва према финансијера пројекта, што, како смо горе навели, наступа од тренутка када пројектно друштво почне да приходује од обављања делатности која је предмет уговора који је закључило са јавним субјектом.

Догађај који даје повод за активирање овог механизма „ступања у уговор“, предвиђеног директним уговором, је неизвршење доспеле обавезе пројектног друштва која прети да доведе до раскида уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта. Дакле, у случају кад пројектно друштво не испуни своју обавезу, финансијери пројекта су, на основу овог уговора, овлашћени да интервенишу директно у уговор, на унапред договорен начин, под унапред договореним условима, односно у унапред договореном поступку, при чему ће оваквом интервенцијом у сам пројекат „купити“ одређено додатно време, у коме ће покушати да нађу начин за прева-

7 У појединим пројектима, као што је то случај са концесионим пројектима, и реконструисани, односно изграђени објекат, постројење, односно систем све време представљају власништво јавног субјекта те финансијери пројекта на оваквој имовини у већини правних система и не могу да установе средство обезбеђења будући да пројектно друштво ни у једном тренутку не представља власника те имовине.

зилажење конкретног проблема који је наступио, настојећи да пројекат одрже живим, а све са циљем да он доживи свој пуни животни век и финансијери пројекта у целости намире своје потраживање према пројектном друштву, на начин како је то било пројектовано, очекивано и планирано у иницијалној фази постизања споразума о читавом сету уговора који обезбеђују успешну реализацију пројекта.⁸

Преговарање директног уговора представља посебно деликатан задатак будући да је овај уговор вишестрани уговор и он обавезно мора да укључи одговарајуће сагласности и одобрења стране из комерцијалног уговора, која се дају унапред, а чији је циљ да се, и поред неизвршења обавеза пројектног друштва, одржи на снази комерцијални уговор, те је у пракси уобичајено инсистирање финансијера пројекта на следећим обавезним елементима овог уговора:

а) финансијери пројекта желе за себе да задрже право да имају увид, односно да имају утицај на висину накнаде која се уговара у непосредном односу пројектног друштва и друге уговорне стране из комерцијалног уговора. Веома често финансијери пројекта захтевају и да имају контролу над начином извршења обавеза из комерцијалног уговора, а посебно над механизмом измена било начина извршења уговора, било цене предвиђене уговором будући да ово може да буде од утицаја на начин извршења обавезе пројектног друштва према њима, што се последично може одразити на могућност, динамику и уредност измирења обавеза пројектног друштва према финансијерима пројекта. Додатно, финансијери пројекта желе да обезбеде да им уговорне стране пројектног друштва унапред, самим закључењем директног уговора, дају сагласност „ступање“ у комерцијални уговор и на преузимање права и обавеза пројектног друштва из комерцијалног уговора;

б) финансијери пројекта за себе увек најпре желе да осигурају извесност да, у случају неизвршења обавезе пројектног друштва према њиховој уговорној страни из комерцијалног уговора, друга уговорна страна неће одмах раскинути уговор, већ ће о наступању ове околности најпре обавестити финансијере пројекта, остављајући им примерен рок, који се најчешће унапред договори, у коме ће финансијери пројекта настојати да нађу решење за проблем у реализацији уговора који је наступио; и на крају,

в) финансијери пројекта желе да се уговором унапред обезбеде да им друга уговорна страна из комерцијалног уговора неће ни на који дру-

8 E. R. Yescombe, *Public-Private Partnerships, Principles of Policy and Finance*, Elsevier, Oxford, 2007, 277.

ги начин оспорити, ускратити могућност или отежати да они преузму управљање пројектом, односно да неће покушати да осујети финансијере пројекта у оваквом настојању.⁹

Овакав сет захтева представља озбиљно ограничење за другу уговорну страну из уговора са пројектним друштвом, која и сама може да има интерес да настоји да преузме пројекат,¹⁰ те се у пракси закључења ових уговора, неретко срећу и одређени захтеви ових лица према финансијерима пројекта, као, на пример, захтеви за правом прече куповине ових лица, кад конкретни уговори допуштају право прече куповине, чему се најчешће противи јавни субјект, с обзиром на *intuitu personae* природу уговора и начин одабира приватног субјекта, временског ограничења права финансијера пројекта да преузму пројекат ступајући у права и обавезе пројектног друштва,¹¹ као и ограничење могућности остваривања овог права на максимално једну могућност ступања у уговор на место пројектног друштва током читавог века трајања уговора.

Јавни субјект има много разлога да подржи закључење директног уговора, јер уговарањем овог механизма заштите у корист финансијера пројекта, финансијери пројекта делом делују и у корист јавног субјекта, одржавајући пројекат живим и настојећи да му обезбеде пун животни век.

Као основна питања у вези са директним уговорима постављају се следећа питања: а) када се финансијерима пројекта може допустити да ступе у пројекат, односно да преузму контролу над њим, б) која је права мера преузимања обавеза пројектног друштва, које је оно иницијално преузело закључењем уговора, и в) до које мере, односно до ког тренутка у времену се финансијерима пројекта може омогућити да изнађу начин за отклањање проблема, који прете да угрозе читав пројекат.

У односу на прво питање, већина директних уговора даје простора финансијерима пројекта да могу да ступе у пројекат у било ком тренутку. Ове одредбе се намерно постављају најшире могуће у овој врсти уговора, остављајући финансијерима пројекта могућност да, у зависности од околности конкретног случаја, одаберу тренутак када ће озбиљност пропуста пројектног друштва бити таква да може да угрози пројекат, а они одлуче да искористе

9 На пример, захтевима за привремену меру забране преузимања пројекта и слично.

10 На пример, откупом потраживања финансијера према пројектном друштву, посебно у случајевима када износ пројектног финансирања није такав да би преузимање овакве обавезе за комерцијалног учесника у послу било немогуће или у случајевима када је пројектно друштво измирило претежан део обавезе према финансијерима пројекта.

11 У пракси је овај захтев најчешће усмерен на две, а максимално пет година.

уговорено право. У погледу обима преузимања одговорности и обавеза пројектног друштва, такође нема никаквих ограничења. Напротив, директни уговори управо допуштају могућност преузимања свих обавеза и одговорности из уговора пројектног друштва са јавним субјектом, односно другом уговорном страном из комерцијалног уговора. И коначно, временски период до када се финансијерима пројекта може омогућити да нађу начин за отклањање проблема је, такође, веома флесибилно одређен будући да је њихова „интервенција“ у пројекат руковођена одржавањем пројекта живим.

Директним уговором се, по правилу, обезбеђујују, практично, две могућности за „преживљавање“ пројекта: а) тзв. „ступање“ у уговорни однос (енг. *step-in*), као и б) пренос права и обавеза пројектног друштва на другог субјекта, који испуњава све неопходне услове и критеријуме да може да обезбеди да пројекат настави да се реализује онако како је иницијално било предвиђено у тренутку закључења основног уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.

II Најважније одредбе директног уговора

Директни уговор, као што је то горе поменуто, представља најчешће тространи уговорни однос. У пракси су могуће различите опције овог уговора, а као најчешће, са приближно истом или веома сличном садржином срећу се следеће могућности: а) директни уговор који закључују финансијери пројекта, пројектно друштво и уговорна страна из комерцијалног уговора, који обезбеђује основни приход пројектног друштва, и б) директни уговор који закључују финансијери пројекта, пројектно друштво и јавни субјект.¹²

Директни уговор као своју основну одредбу има одредбу према којој страна уговорница пројектног друштва (било да је то јавни субјект или уговорна страна из комерцијалног уговора) потврђује да је упозната са постојањем уговора о кредиту, који закључују финансијери пројекта и пројектно друштво, са комплетним пратећим пакетом обезбеђења који конкретан уговор о кредиту поседује те да се саглашава са средствима обезбеђења из конкретног уговора о кредиту,¹³ а јавни субјект, односно

12 Суштински, директни уговор је увек тространи уговор који закључују финансијери пројекта, пројектно друштво и уговорна страна из уговора, из кога потиче целокупан или преовлађујући приход пројектног друштва.

13 Уобичајено је да се средства обезбеђења предвиђена уговором о кредиту таксативно наведу и у овој одредби, ради избегавања сваке сумње у исправно разумевање шта пакет обезбеђења све обухвата.

уговорна страна из комерцијалног уговора, додатно потврђују да нису упознати да постоји било какво друго установљено средство обезбеђења обавеза пројектног друштва у вези са уговором који су закључили.¹⁴

Пројектно друштво закључењем директног уговора овлашћује даље јавног субјекта, односно своју уговорну страну из комерцијалног уговора, а овај то прихвата преузимајући уговорну обавезу, да ће сва плаћања која је дужан да изврши према уговорима које има са пројектним друштвом, исплатити пројектном друштву на рачун у односу на који су финансијери пројекта установили средство обезбеђења (најчешће се уговара постојање рачуна посебне намене – енг. *special purpose account* или *escrow account*) или на неки други рачун, који одреде финансијери пројекта, а над којим они такође имају контролу, односно у односу на који рачун имају приступ, при чему се ово овлашћење, све време трајања овог уговора, не може опозвати, ограничити нити искључити, без претходне писане сагласности финансијера пројекта. Свако плаћање које буде извршено на уговорени начин сматраће се извршењем обавезе јавног субјекта, односно друге уговорне стране из комерцијалног односа, према пројектном друштву, у свему на начин на који је уговорено њиховим основним уговором – дакле сматраће се уредно и благовремено извршеним плаћањем према пројектном друштву.¹⁵ Оваквом одредбом финансијери пројекта практично врше преумеравање средстава из којих би пројектно друштво измиривало обавезу према финансијерима пројекта на посебан рачун у односу на који имају установљено средство обезбеђења, чиме осигуравају измирење обавезе пројектног друштва по основу уговора о кредиту, којим је обезбеђено финансирање пројекта, и извршење уговора са јавним субјектом.

Даље, закључењем директног уговора јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, се обавезују да неће раскинути уговор са пројектним друштвом, а да о томе претходно писмено не обавесте финансијере пројекта, онда кад наступи разлог за раскид, предвиђен уговором закљученим са пројектним друштвом. Претходно обавештење, које су дужни да доставе финансијерима пројекта, обавезно мора да садр-

14 у случају односа јавног субјекта и пројектног друштва, реч је о уговору који уређује права и обавезе уговорних страна у вези са реализацијом конкретног пројекта док се у односу пројектног друштва и друге уговорне стране из комерцијалног односа, мисли на уговор који уређује права и обавезе уговорних страна у вези са обављањем комерцијалне делатности пројектног друштва, из којег пројектно друштво остварује једини или највећи део прихода, из којих сервисира извршење обавеза према финансијерима пројекта, по основу уговора о кредиту.

15 Е. R. Yescombe (2007), 194-196.

жи предлог датума са којим би уговор потенцијално могао да буде раскинут, информацију о разлозима за раскид уговора, као и спецификацију износа који је пројектно друштво дужно јавном субјекту, односно другој уговорној страни из комерцијалног уговора, уколико је применљиво, тј. ако је уговорена и обавеза плаћања пројектног друштва према јавном субјекту, односно према уговорној страни из комерцијалног уговора, у ком случају су обавезни и да таксативно прикажу обавезе које је пројектно друштво било дужно да изврши према њима, а није их извршило.

У директним уговорима у којима је уговорна страна јавни субјект, уобичајена је и одредба која уређује тзв. *ликвидно тржиште*,¹⁶ према којој, током трајања периода који започиње достављањем писаног обавештења о намери раскида уговора и траје уобичајено 90 дана (што је применљиво на оперативну фазу спровођења уговора), односно 120 дана (што је применљиво током фазе изградње објекта, постројења, односно система), финансијери пројекта достављају писано обавештење јавном субјекту о разлозима због којих су уверења да у конкретном случају не постоји ликвидно тржиште за конкретан пројекат, односно због чега сматрају да у датом тренутку на ужем или ширем тржишту (у зависности од тога на који начин је пројекат одређен), не постоји потражња за конкретним пројектом, односно не постоји правно лице, које би било заинтересовано да узме учешћа у конкретном пројекту, преузимајући права и обавезе пројектног друштва, а које поседује сва потребна знања, искуства, референце, технику и технологију и обучен кадар, да би могло да обезбеди да пројекат „преживи“, тј. да настави да се спроводи и извршава на договорен начин.

У случају да је јавни субјект супротног мишљења од онога које су изнели финансијери пројекта, дужан је да у року који је прописан уговором, а који према стандардним моделима овог уговора најчешће износи 14 дана, рачунајући од дана добијања обавештења од стране финансијера пројекта да ликвидно тржиште, по њиховом мишљењу, не постоји, обавести финансијере пројекта о својим разлозима зашто сматра да ово тржиште постоји.

У случају кад су јавни субјект и финансијери пројекта различитог мишљења у погледу постојања ликвидног тржишта за пројекат, тада одлуку о томе постоји ли ликвидно тржиште доноси орган или тело који је уговором одређено за решавање спорова између страна о питањима у односу на која имају другачије мишљење. У случају да су и јавни субјект и финансијери пројекта мишљења да за конкретан пројекат не постоји ли-

16 *Standardization of PFI Contracts*, Version 4, HM Treasury, March 2007, 252.

квидно тржиште, односно ако овакву одлуку донесе уговорени орган, односно тело за решавање спорних питања у вези са уговором, уговор јавног и приватног субјекта се аутоматски раскида.

Директни уговор увек садржи одредбу о томе да ће, у било које време кад је наступило неизвршење уговорне обавезе пројектног друштва, које даје основа за раскид уговора (без обзира на околност да ли је у вези са овим непоступањем упућено писано обавештење о намери да се уговор раскине) или током периода у коме, након достављања писаног обавештења о намеравању раскида уговора, финансијери пројекта настоје да нађу начине да се проблем који је настао у извршењу уговора превазиђе, финансијери пројекта имају право да именују свог представника, чије увођење у однос јавног и приватног субјекта предвиђа директни уговор, који ће преузети бригу о пројекту, управљати њиме, и који ће се старати о извршавању обавеза и остваривању права пројектног друштва.

Уговорено право „ступања“ у пројекат, је по својој суштини најближе именовану принудне управе, с том разликом што се именоване представника финансијера пројекта врши добровољно, на основу уговора, а не на основу закона, као што је то најчешће случај са принудном управом, која подразумева и ангажовање надлежног државног органа (суда, регулаторног органа надзора и слично). Даље, активности именованог представника финансијера пројекта трају док за његовим ангажовањем постоји потреба, односно док пројектно друштво не превазиђе проблеме који су угрозили пројекат, што не мора да буде унапред временски ограничено нити орочено. Значајна разлика овог института у односу на институт принудне управе је и у томе, што од дана именовања принудне управе престају овлашћења дотадашње управе друштва, а на принудног управника прелазе све дужности управе друштва. Овлашћени представник који се овим уговором уводи у пројектно друштво, практично, не преузима овлашћења и дужности управе, већ заједно са пројектним друштвом ради на превазилажењу проблема који су угрозили пројекат, односно прете да га угрозе, и који је, заједно и солидарно са пројектним друштвом, одговоран према финансијерима пројекта.¹⁷

У вези са овим правом финансијера пројекта, у пракси су чести примери уговора у којима финансијери пројекта предвиђају право да се

17 У пракси реализације уговореног права „ступања у пројекат“, именовани представник финансијера пројекта практично преузима дужности управе друштва, а заједничка и солидарна одговорност напореда са пројектним друштвом, представља још једно средство обезбеђења које за себе уговарају финансијери пројекта.

лице које се именује на њихов предлог стара о целокупној, или за финансијске институције, важном делу имовине пројектног друштва, како би обезбедило да не дође до умањења ове имовине, у свему у складу са сетом средстава обезбеђења који су уговорени као пратећи уговори уз уговор о кредиту који је дат пројектном друштву, односно како би ово лице обезбедило извршење других уговорних обавеза, без опасности по наступање ризика који могу да се одразе на имовину пројектног друштва, али и извршење других обавеза овог друштва, за шта, према финансијерима пројекта, ово лице одговара солидарно са пројектним друштвом.

Лице које се именује на предлог финансијера пројекта се уобичајено назива „додатни носилац обавезе“ (енг. *additional obligor*), а у уговорима се неретко среће и под називом „овлашћени представник финансијера“ (енг. *representative*).

Пројектно друштво које је уговорна страна у директном уговору се закључењем уговора обавезује да ће потпуно сарађивати са лицем кога именују финансијери пројекта, у смислу стављања на располагање свих неопходних информација, документације и свега осталог што је потребно како би се током овог периода суспензије односно „застоја“ у могућности раскида уговора, проблем који је довео до настанка основа за раскид уговора отклонио, превазишао, дугорочно решио, и пројекат био доведен у стање да може да настави да се спроводи на уговорен начин.

Закључењем директног уговора јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, се обавезују према финансијерима пројекта да, током периода „ступања у уговор“ (енг. *step-in period*), неће раскинути уговор, без обзира на непоступање пројектног друштва, које даје основа за раскид уговора, током ког периода ће се настојати да се нађе начин да се проблем који је довео до немогућности извршења обавезе пројектног друштва превазиђе, како би пројекат „преживео“ кризу у реализацији и наставио да се спроводи на начин на који је његова реализација уговорена.¹⁸

У случају кад су финансијери пројекта именовали, односно поставили горе поменутог овлашћеног представника, који се стара о имовини пројектног друштва и уједно настоји, заједно са финансијерима пројекта, да нађе начин за „преживљавање“ пројекта, јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, имају обавезу да, док траје овај период налажења решења, односно могућности да пројекат прежи-

18 E. R. Yescombe (2007), 278.

ви, комуницирају и послују искључиво са овим лицем, а не са пројектним друштвом, а будући да се ово лице сматра солидарно одговорним са пројектним друштвом, све активности и радње које буду извршене према овом лицу сматраће се радњама, обавезама, односно активностима преузетим директно према пројектном друштву. Другим речима, током трајања периода „ступања у уговор“ од стране финансијера пројекта, односно од стране њиховог овлашћеног представника, на уговорен начин и током уговореног периода, наступа „застој“ у погледу могућности раскида уговора, у ком периоду се настоји да се проблем који је наступио, који је узрок неизвршења обавезе пројектног друштва и који је дао основа за раскид уговора, уколико је могуће, отклони у целости или барем делом, како би се током истека овог периода могло наставити са реализацијом пројекта, односно са извршењем уговора.

У том смислу, директни уговор представља битно ограничење права на раскид уговора које се реализује добровољно, будући да се јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, саглашавају са привременом суспензијом права на раскид уговора из уговора са пројектним друштвом, што се све оправдава значајем пројекта, његовом комплексношћу и, коначно, вредношћу инвестиције која је уложена у пројекат.

Период „ступања“ у однос јавног субјекта са пројектним друштвом, односно у однос пројектног друштва и друге уговорне стране из комерцијалног односа (енг. *step-in period*), траје док траје време које је превиђено за то директним уговором. Током трајања овог периода финансијери пројекта, али и јавни субјект, имају интерес како да отклоне тренутни проблем у реализацији пројекта, тако и да поново успоставе ред, континуитет у извршавању обавеза пројектног друштва и предупреду настанак нових околности које могу да потенцијално представљају будуће проблеме у реализацији пројекта.

Уколико се, међутим, током трајања овог периода не отклоне проблеми који су довели у опасност пројекат и који су условили настанак основа за раскид уговора, или ако наступе нове околности које су по својој природи такве да пројекат доводе у питање, раскид уговора поново може да се наметне као једина опција.

Овлашћени представник ће, након истека периода током кога се старао о друштву и решио проблеме који су претили да угрозе пројекат, доставити писано обавештење јавном субјекту, односно другој уговорној страни из комерцијалног уговора, а након протекла уговореног рока од најчешће 30 дана, он ће бити ослобођен свих обавеза и одговорности према

јавном субјекту, односно према другој уговорној страни из комерцијалног уговора, када ће се сматрати да је истекао период „иступања“ из односа (енг. *step-out period*), након чега пројектно друштво поново преузима на себе све обавезе и одговорности из уговора са јавним субјектом, односно обавезе и одговорности из комерцијалног уговора, и директно је одговорно својим уговорним странама за извршење уговором преузетих обавеза.

Директни уговор, уз могућност одржавања пројекта „живим“ током одређеног периода (енг. *step-in period*), а све у циљу налажења могућности да се проблем који је настао у вези са реализацијом пројекта, односно извршењем обавеза пројектног друштва превазиђе, уобичајено предвиђа још једну могућност – пренос права и обавеза пројектног друштва из уговора на друго лице које испуњава одређене услове прописане уговором (енг. *novation* или *substitution*).¹⁹

У својству лица које испуњава прописане услове најчешће се уговором предвиђа круг лица која објективно могу да испуне услове опредељене природом пројекта, с тим што је пракса закључења директних уговора указала на различит спектар ових лица, у зависности од тога с ким је уговор закључен, и у којој се фази налази пројекат у тренутку када наступе околности које дају основа за раскид уговора. Тако, у случају тространих уговора код којих се у својству једне од уговорних страна појављује јавни субјект, уобичајено се предвиђа да се као лица на која се могу пренети права и обавезе пројектног друштва из уговора са јавним субјектом, појављује правно лице са чијим се именовањем унапред сагласио јавни субјект, које: а) поседује сва потребна знања, искуства, правну и финансијску способност да буде уговорна страна у уговору са јавним субјектом, и да преузме извршење свих обавеза пројектног друштва из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта, и б) које запошљава лица која поседују потребна знања, имају неопходно искуство, референце, али имају и адекватну финансијску моћ, односно имају потребну мрежу подизвођача, што све даје уверавање и наду да ће моћи да на себе преузме извршење свих обавеза пројектног друштва из уговора о сарадњи јавног и приватног субјекта.²⁰

С друге стране, директни уговори код којих се као једна од уговорних страна појављује уговорна страна из комерцијалног уговора уобичајено садрже другачију листу лица на која се могу пренети сва права и обавезе пројектног друштва, те се као најчешћи случајеви могу навести следећа лица: а) сами финансијери пројекта, б) њихово повезано лице, в)

¹⁹ *Ibid.*, 195.

²⁰ *Standardization of PFI Contracts*, 251.

правно лице које је под непосредном или посредном контролом финансијера пројекта, г) стечајни управник, или (д) лице које поседује сва потребна знања, искуства, правну и финансијску способност да буде уговорна страна у комерцијалном уговору и да преузме извршење свих обавеза пројектног друштва из конкретног комерцијалног уговора, и које поседује довољна средства и изворе (укључујући овде како финансијска средства, тако и мрежу подизвођача) идентична или приближно слична онима, која су била на располагању пројектном друштву на дан закључења конкретног комерцијалног уговора.

Директни уговор у вези са ступањем ових лица у уговорни однос предвиђа да, осим у случајевима наступања повреде уговора која даје основа за раскид уговора, или током трајања периода кад је могуће извршити горе описано ступање у уговор, финансијери пројекта могу, уз давање писаног обавештења јавном субјекту, односно другој уговорној страни из комерцијалног уговора, у зависности од природе конкретног директног уговора, исходovati пренос права и обавеза из уговора на друго лице које испуњава потребне услове, док се јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, обавезују да ће прихватити овакав пренос права и обавеза пројектног друштва на друго лице које испуњава све потребне услове да може да настави да извршава уговорне обавезе, односно да може да обезбеди да се пројекат даље несметано реализује.

Будући да се код преноса права и обавеза из уговора практично ради о промени уговорне стране, оваква промена се може извршити само уз претходну сагласност јавног субјекта, односно друге стране из комерцијалног уговора који су дужни да у примереном уговореном року, од уобичајено десет до 30 дана, донесу одлуку о томе да подржавају предлог финансијера пројекта, у вези са учињеним предлогом лица које испуњава услове.

У циљу обезбеђивања извршења овакве обавезе поједини уговори садрже и одредбу о томе да ће се ћутање јавног субјекта, односно друге уговорне стране из комерцијалног уговора у уговореном року, сматрати као прихватање предлога финансијера пројекта.

Рачунајући од датума кад јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора да сагласност на лице на које ће прећи сва права и обавезе пројектног друштва, односно истеком рока у коме су дужни по уговору да дају овакву сагласност, наступају одређене уговорне последице које сваки директни уговор прописује, и то:

а) пројектно друштво, односно било које друго одговорно лице које је са њим солидарно одговарало за испуњење обавеза из уговора, ослоба-

ђа се од тог тренутка *pro future* сваке појединачно, и свих обавеза, односно свих права из уговора са јавним субјектом, односно из уговора са другом страном из комерцијалног уговора, а сва права и обавезе прелазе тим даном на лице које испуњава све претходне услове да може да настави са реализацијом пројекта;

б) јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, треба да опозове било који основ за раскид уговора, односно обавештење о раскиду уговора, под условом да је пропуст који је довео до настанка основа за раскид уговора отклоњен, или је отпао у уговореном року, рачунајући од дана извршеног преноса права и обавеза са пројектног друштва на другог субјекта, са чијим се преносом изричито или прећутно сагласио јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора, и

в) јавни субјект, односно друга уговорна страна из комерцијалног уговора се обавезују да ће са финансијерима пројекта закључити нови директни уговор са истим битним елементима које је садржао и основни директни уговор.

Иако иза преноса свих права и обавеза са пројектног друштва на друго лице које испуњава све услове да настави са спровођењем пројекта, стоји идеја да се на ово лице практично уговор пренесе у свему како је иницијално закључен, начело флексибилности које однос јавног и приватног субјекта једино и може да одржи кроз читав век трајања пројекта, долази у овом смислу до изражаја и допушта одређени степен измена уговора које су по својој природи такве да уговор не мењају у погледу битних елемената, али да га у појединим оперативним или техничким аспектима могу променити, на начин да га учине пријемчивијим за прихват другом лицу које испуњава све услове да преузме права, обавезе и одговорности пројектног друштва, и омогући опстанак пројекта, што је заједнички циљ јавног субјекта и финансијера пројекта.

Директни уговор, уз бројне могућности које нуди, није нужно обавеза у погледу обезбеђивања исхода спашавања пројекта. У настојању да спасу пројекат, финансијери пројекта ће се превасходно руководити својим интересима, тј. пре свега интересом обезбеђивања повраћаја новца који су обезбедили пројектном друштву, с тим да се њихов интерес једним делом поклапа са интересом јавног субјекта да се пројекат сачува и реализује до краја. Међутим, будући да интереси јавног субјекта и финансијера пројекта не морају нужно да се поклапају, финансијери пројекта овим уговором настоје да обезбеде да пројекат преживи заиста само онда

кад је реално и објективно за очекивати да се даљи озбиљни проблеми у реализацији пројекта неће понављати, са чим се јавни субјект закључењем овог уговора практично саглашава, али је могућ и неуспех одржавања пројекта живим, ако то није економски оправдано, целисходно и изводљиво, у ком случају долази до раскида уговора.

Директни уговор је уговор настао у англосаксонском праву и није уређен у свим јурисдикцијама. Комплексност пројеката у вези са којим се закључује, а посебно вредност инвестиције у конкретне пројекта, у пракси је довела до тога да се овај уговор обавезно прилаже као део пакета уговора о финансирању, који се у данашње време најчешће припремају у складу са LMA²¹ стандардима, у односу на чију примену се уговора енглеско право.²²

III Директни уговор у домаћем праву

Директни уговор се у домаћој правној пракси појавио у тренутку када још увек није постојао комплетан законски оквир на основу кога су се реализовали сложени пројекти сарадње јавног и приватног субјекта. Можда је неправедно рећи да Република Србија није имала комплетан законски оквир за реализацију пројеката сарадње јавних и приватних субјеката јер су постојали прописи на основу којих је реализован ограничен број оваквих пројеката, али је потпуно основано истаћи да законски оквир није био усклађен са највишим стандардима реализације ових пројеката присутних у свету, али и у блиском суседству. Због тога је, нажалост, и дошло до неуспеха неколико великих пројеката који су били започети у Републици Србији од 2000. године наовамо. Оно што се у пракси показало посебно деликатним и критичним за (не)успех одређеног броја иницираних пројеката било је неразумевање, односно недовољно разумевање: принципа и начела на којима се заснивају односи сарадње јавног и приватног субјекта; основних комерцијално-финансијских параметара на којима су засновани пројекти сарадње јавног и приватног субјекта; економско-правне логике ових односа; ризика који су повезани са реализацијом ових пројеката и разумне (рас)поделе ризика између уговорних страна; и нужности промене визуре разумевања економских и правних института, који се не могу подвести под, нити изједначити, па ни упоредити са особеностима других економско-правних односа.

21 *Loan Market Association*, која је основана 1996. године са седиштем у Лондону.

22 Скројен по моделу уређеном енглеским правом, овај уговор у пракси извршења у земљама континентале правне традиције може изазвати низ проблема у његовом спровођењу

Основу за реализацију значајнијих пројеката који су се у Републици Србији спроводили од краја 90-их година прошлог века наовамо чинили су: Закон о облигационим односима,²³ Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса,²⁴ Закон о концесијама,²⁵ Закон о комуналним делатностима,²⁶ и др. Колико год да су се ови прописи унапређивали на основу потреба домаће праксе, они су били недовољна база за реализацију великих инвестиционих пројеката јавних и приватних субјеката који су укључивали екстерно финансирање обезбеђено од стране међународни финансијских институција, вредности неколико милијарди евра. Неразумевање комплексности односа јавног субјекта / приватног субјекта / пројектног друштва / финансијера пројекта, непознавање природе директног уговора, и, на свему томе базиран, недостатак флексибилности у преговорима, указали су на апсолутну нужност едукације оних који ће се у будућности наћи у преговарачким тимовима на страни јавног субјекта и нужност унапређења законског оквира.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама²⁷ Републике Србије представља један од иновативнијих закона кад је реч о директном уговору будући да га већина закона који уређују ове уговоре директно не помиње. Поменути закон овај уговор не уређује детаљно, већ га предвиђа као средство обезбеђења које захтевају финансијери пројекта. У погледу уговорних страна, Закон о јавно-приватном партнерству овај уговор, такође, дефинише као тространи уговор који закључују јавни партнер, приватни партнер и финансијери пројекта, а према коме јавни партнер може да се сагласи да: а) ће финансијери пројекта бити овлашћени да уместо приватног партнера, привремено врше сва права из јавног уговора и да исправе, односно отклоне било који пропуст приватног партнера, а да ће јавни партнер прихватити наведене радње, као да их је извршио приватни партнер непосредно, б) приватни партнер, без претходне сагласности

23 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука Уставног суда Југославије и 57/89; *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93; *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

24 Закон о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса, *Службени гласник РС*, бр. 25/00, 25/02, 107/05, 108/05 – исправка и 123/07 – др. закон.

25 Закон о концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 55/2003 (чијим ступањем на снагу је престао да важи ранији Закон о концесијама, *Службени гласник РС*, бр. 20/97, 22/97 и 25/97).

26 Закон о комуналним делатностима – ЗКД, *Службени гласник РС*, бр. 88/2011 (чијим ступањем на снагу је престао да важи ранији Закон о комуналним делатностима, *Службени гласник РС*, бр. 16/97 и 42/98).

27 ЗЈППК, чл. 49.

финансијера пројекта неће прихватити раскид уговора на захтев јавног партнера, в) јавни партнер, на основу уговора, неће поднети захтев у вези са пропустима приватног партнера, пре претходног писаног обавештења финансијерима пројекта о томе, дајући финансијерима пројекта, као и приватном партнеру могућност да исправе утврђене недостатке, г) ће јавни партнер унапред дати сагласност на привремено или коначно уступање уговорне позиције или било ког права приватног партнера, и да ће дати тражена одобрења за оснажење обезбеђења датог финансијерима пројекта од стране приватног партнера, д) све друге уобичајене одредбе које су оправдане у циљу адекватног обезбеђења интереса јавног партнера и финансијера пројекта.

Закон о јавно-приватном партнерству прописује обавезу јавног субјекта да прибави сагласност Владе Републике Србије, владе аутономне покрајине, односно скупштине јединице локалне самоуправе, у зависности од случаја, на закључење директног уговора, те да добијена сагласност подразумева право финансијера пројекта да, без накнадног одобрења, могу да спроводе радње и штите своја права на начин предвиђен директним уговором.

IV Уместо закључка

Имајући у виду веома ограничен број случајева у домаћој пракси у којој је закључиван директни уговор, оно што остаје као задатак шире друштвене заједнице, опште и академске јавности, а посебно оних који ће учествовати у реализацији ових пројеката је континуирана едукација, пре свега на разумевању основних обележја односа сарадње јавног и приватног субјекта, као и односа приватног субјекта и финансијера пројекта, као и свих специфичности директног уговора, уз обавезу посебног уважавања специфичности сваког појединачног пројекта, који одлучујуће детерминишу услове и начин његове реализације. Посебно важно питање јесте и разумевање ових уговора од стране судија, који се у досадашњој пракси нису сусрели са доношењем одлука у сложеним пројектима који захтевају богато правно, економско, финансијско и комерцијално знање, али и добро познавање конкретне индустрије у којој се одређени пројекат реализује.

Jelena GAZIVODA, PhD
AOD Janković, Popović, Mitić

DIRECT CONTRACT

Summary

A direct contract is a named, tripartite, formal, causal, accessory contract with content determined by mutual agreement and long-term consideration, executed by the project financiers, private entity / project company, and the parties from the underlying commercial contracts which the project is based on. This contract, narrowly speaking, constitutes part of the 'security package' of the financial institutions providing the funding, but is also much more than that, given that it impacts the survival of the project and also the matter of the parties in the underlying agreement on cooperation between a public and a private entity, since it constitutes the agreed mechanism for substitution of the private entity with a new one which will contribute to the survival of the project and settlement in full of the obligations relating to the provided funding. As opposed to customary security instruments which specify enforcement on the property over which the security instrument was established, this contract provides for 'direct involvement in the project through 'step in' into the contractual relationship on which the project is based, and taking over management of delivery of the project. The event which triggers the mechanism for 'step in' is defaulting on the due obligations of the project company which threatens to cause termination of the contract based on which the specific project is being delivered, and indirectly also brings into question the possibility of fully completing the obligations of the project company towards the financial institutions which provided the funding. A direct contract provides two possibilities for 'survival of the project: a) 'step in', and b) assigning the rights and obligations of the project company to another entity, which meets all the necessary requirements and criteria to be able to ensure that delivery of the project continues as initially planned at the time of concluding the underlying cooperation agreement which regulates the execution of the specific project for which the funding was provided. The direct contract, based on the prior consent of the parties, suspends the right to termination of the contract for a specified amount of time, while 'keeping the project alive' is attempted, whereas a decision of the project financier, who is not a direct party in the relationship between the public and the private entity, provides the mechanism for changing the contractual party, which raises the issues of autonomy of will of the parties and of the hierarchy and the relationship between public and private interest.

Key words: *direct contract, funding a long-term contracts, enter into agreement, 'step in', security package.*