

ZALAGANJE IMOVINE TRGOVAČKIH DRUŠTAVA - engleski *Floating Charge* i *Enterprise Charge* model-zakona o osiguranju potraživanja Europske banke

Mr. Edita Čulinović-Herc, asistent,
Pravni fakultet u Rijeci

UDK 347.466:347.72
Izvorni znanstveni rad

Autorica u radu obrađuje obilježja engleskog instituta floating charge, najpopularnijeg instrumenta osiguranja potraživanja banaka iz ugovora o bankarskom (komercijalnom) kreditu kada se kao dužnik pojavljuje trgovačko društvo. Iznosi nastanak tog instituta i njegova suvremena obilježja. Kritički se osvrće na institut u engleskoj pravnoj literaturi. Obilježja engleskog floating charge uspoređuje sa sličnim institutom enterprise charge u Model-zakonu o osiguranju potraživanja Europske banke za obnovu i razvoj. Kako je predložak Europske banke namijenjen da zemljama tranzicije posluži kao vodič u doradi nacionalnog zakonodavstva u materiji osiguranja potraživanja, ispituje moguće implikacije recepcije instituta enterprise charge u naš pravni poredak.

1. Uvod

Proučavanje osebujnog instituta engleskog prava, kao što je *floating charge*, a bez postojanja određene funkcionalne veze s našim pravnim sustavom bilo bi pravni larpurlartizam. Međutim, funkcionalna veza postoji. Europska je banka za obnovu i razvoj u svom najnovijem Model-zakonu o osiguranju potraživanja¹ kreirala institut "zalaganja" imovine trgovačkih društava koji mu je po svemu nalik, a to je *enterprise charge*. Kako je namjena Model-zakona o osiguranju potraživanja da posluži kao pravni vodič za osuvremenjivanje prava osiguranja

¹Model Law on Secured Transactions, European Bank for Reconstruction and Development, Office of the General Counsel, 1994.

potraživanja zemalja tranzicije, to nas ponuđeni predložak obvezuje da vrednujemo njegove institute, s jedne strane u odnosu prema izvorniku, a s druge strane u odnosu prema našem pravnom poretku.

Izrada tog predloška bila je motivirana okolnošću da zemlje tranzicije imaju pravnu regulativu osiguranja potraživanja, koja ne uspijeva pratiti moderne tehnike financiranja. U nastojanju da zakonodavcima zemalja tranzicije prezentiraju očekivanja inozemnih investitora, stručnjaci Europske banke izradili su predložak poželjnog suvremenog pravnog okvira za osiguranje potraživanja. Pritom se nastojalo kombinirati *common law* i *civil law* koncepte, vodeći računa da zemlje tranzicije pripadaju mahom europskom kontinentalnopravnom krugu.

Snažan se anglosaksonski utjecaj u tom predlošku osjeća u nekoliko točaka. Prvo, u promoviranju koncepta tzv. jedinstvenog prava osiguranja potraživanja, pod imenom *charge*², koji postaje zajednički nazivnik za sve dosad poznate institute ugovornog stvarnopravnog osiguranja potraživanja³, bilo da je riječ o osiguravanju potraživanja iz robnih ili komercijalnih kredita. Tu je prisutan direktan utjecaj američkog prava koje poznaje takav jedinstveni koncept *security interest* (čl. 9. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD).

Za proučavanje materije trgovačkog prava predložak je interesantan iz dva razloga. Model-zakon, naime, regulira osiguranje potraživanja kredita namijenjenih za financiranje poslovne djelatnosti, kod kojih se dakle kao dužnici pojavljuju subjekti koji obavljaju poslovnu djelatnost, odnosno trgovački subjekti. S druge strane, Model-zakon poznaje poseban instrument osiguranja potraživanja kod kojeg se kao predmet osiguranja potraživanja pojavljuje imovina trgovačkih društava, a to je *enterprise charge*. Koncept *enterprise charge* nastao je po uzoru na engleski *floating charge*, koji je, iako kontroverzan, najzastupljeniji instrument osiguranja kredita namijenjenih financiranju trgovačkih društava u Engleskoj.

S obzirom na to da predložak Model-zakona potpisuju i najeminentniji stručnjaci i autoriteti⁴ u području osiguranja potraživanja anglosaksonskog i

²Terminološki izraz "*charge*" doslovno bi se mogao prevesti kao opterećenje, međutim taj je izraz relativno izvan upotrebe u našoj zakonskoj terminologiji. Po značenju mu je najbliži izraz zalog, iako je "*charge*" viši rodni pojam. Stoga je za potrebe ovog rada korišten izraz osiguranje potraživanja, koji je, ako ne najspretniji, najvjerniji engleskom originalu. U komentaru Model-zakona o osiguranju potraživanja (u daljnjem tekstu: Model-zakon) ističe se da je izraz "*charge*" upotrijebljen upravo zato što je to najopćenitiji i najneutralniji izraz engleskog jezika koji se odnosi na ugovorno osiguranje potraživanja. Vidi komentar članka 1. Model-zakona.

³Time su jednim konceptom obuhvaćeni različiti posebni instituti osiguranja potraživanja. U nas su, primjerice, neki od posebnih instituta poznati kao: zalaganje pokretnih stvari (čl. 966. ZOO), ili zalaganje vrijednosnih papira i drugih prava (čl. 989, čl. 1069. ZOO), zalaganje poslovnog udjela (čl. 412. st. 5. ZTD), zadržanje prava vlasništva (čl. 540. ZOO).

⁴Ronald E.E. Cuming, profesor na University of Saskatchewan, Canada, i autor kanadskog zakona *Personal Property Act*, A.L. Diamond, profesor na University of Notre Dame, London Law Centre, i autor najrecentnijeg projekta reforme engleskog sustava osiguranja potraživanja *A. Review of Security Interest in Property, Her majesty's Stationary office*, London, 1989; prof. U. Drobnig, direktor Max Planck-Institute for Foreign and International Private Law, Hamburg, i autor poredbene UNCITRAL-ove

srednjoeuropskog kontinentalnog kruga, a pored toga i odvjetnici i stručnjaci iz zemalja tranzicije, može se očekivati da bi taj *soft law* mogao snagom autoriteta njegovih tvorca povratnom spregom djelovati na svoju širu recepciju na europskom tlu. Pritom valja naglasiti da predložak nije prikladan za direktnu inkorporaciju, već je nužno njegovo prilagođavanje, posebno zbog inkorporacije instituta *common law* provenijencije u *civil law* pravni poredak. Iako se ne mogu izbjeći neki kratki spojevi, treba uvažiti i činjenicu da *common law* prednjači kada su u pitanju instrumenti osiguranja potraživanja iz poslovnih kredita, i to kako postojanjem broja varijanti, tako i minucioznošću razrade. Stoga nije čudno da su mnoge europske zemlje recentnijim zahvatima u svoje zakonodavstvo uvele institute slične institutu *floating charge*.⁵

Koncept instituta *enterprise charge* Model-zakona o osiguranju potraživanja potrebno je prije svega vrednovati u odnosu prema izvorniku, a to je *floating charge*. Taj je institut relativno nepoznat našoj stručnoj javnosti, kao i osebujan engleski sustav osiguranja potraživanja uopće. Stoga se u prvom dijelu rada institut *floating charge* pojmovno identificira unutar engleskog prava osiguranja potraživanja, iznose se njegova zakonska obilježja uz ona koja su formirana u sudskoj praksi i pravnoj znanosti te se sumarno ocjenjuje u kontekstu engleskog prava u svjetlu nove zakonodavne reforme prava osiguranja potraživanja. U sljedećem se dijelu iznose okolnosti po kojima se *enterprise charge* razlikuje od svog izvornika te se ocjenjuje nude li te razlike neka poboljšanja u odnosu prema obilježjima instituta *floating charge* koja su u engleskom pravu najviše izložena kritici. U zaključku se iznose moguće implikacije recepcije toga instituta u naš pravni poredak.

2. Općenito o engleskom pravu osiguranja potraživanja

U engleskom pravu vjerovnik koji želi osigurati svoje potraživanje ima na raspolaganju više mogućnosti. Međutim, osim brojnih instrumenata za osiguranje potraživanja, prisutna je i velika sloboda u oblikovanju međusobnih odnosa

studije o pravu osiguranja potraživanja. A Report of the Secretary General: Study on Security Interests (A.CN.9/131), Yearbook of UNCITRAL, 1977, Vol. VIII.

⁵Najnoviji primjeri su švedski Zakon o hipoteci na poduzeću iz 1984. (*företagshypotek*) i finski Zakon o hipoteci na poduzeću iz 1984. (*företagsinteckning*). Vidi WENCKSTERN, M., *Hypotheken auf Unternehmen, Neue Gesetze in Schweden und Finnland*, *RabelsZ*, 52 (1988), str. 661-750. Historijski najstariji je francuski Zakon o zalaganju trgovačkog fonda iz 1909. (*"nantissement du fonds de commerce"*), institut ograničenijeg dometa nego što je engleski *floating charge*, te slični instituti zemalja koje su slijedile francuski koncept, tj. Belgija, Luksemburg i neke afričke frankofonske zemlje. Vidi JAUFFRET, A., *Manuel de droit commercial*, 17. izd., Paris, 1982, str. 95-98. RIPERT/ROBLOT, *Traité de droit commercial*, 8. izd., Paris, 1983, str. 565. Novijeg je datuma španjolski Zakon o mobilijarnoj hipoteci iz 1954. (*hipoteca de establecimiento mercantil*). Vidi UNCITRAL Report of the Secretary General: Study on Security Interests (A.CN.9/131), str. 188-189. Konceptom instituta *floating charge* inspiriran je japanski Zakon o hipoteci na poduzeću iz 1958. Vidi HISCOCK/SONO, *Security Interests and Insolvency in Japan*, *RabelsZ*, 44(1980), str. 762 i dalje.

dužnika i vjerovnika. Ta sloboda ugovaranja odnosi se s jedne strane na opseg imovine kojom se potraživanje osigurava, vrstu potraživanja koje je moguće osigurati te korake koje je moguće poduzeti radi prisilne realizacije osiguranog potraživanja. Postupak prisilnog izvršenja u engleskom pravu mahom se zasniva na samopomoći vjerovnika.

Kao i drugi pravni sustavi englesko pravo razlikuje atribute stvarnog i obveznog prava. Međutim, razlike između stvarnog i obveznog prava u engleskom pravu zamagljene su institutima *equity* sustava, ponajprije postojanjem tzv. *equitable rights and interests*, ali i zbog instituta *trust*, koji je također izum *equity* sustava. U *equity* sustavu vrijedi naime glasovita maksima da *equity* smatra učinjenim ono što je trebalo biti učinjeno. Stoga se, primjerice, sporazum o prijenosu vlasništva ili sporazum o nastanku nekog stvarnog prava na dužnikovoj imovini poistovjećuje sa samim prijenosom.⁶

Common law je imao vrlo kruta i formalistička načela za prijenos imovinskih prava.⁷ Prijenos se smatrao ništavim ako nije popraćen predajom u posjed ili nekom drugom činjenicom koju je opće pravo priznavalo. Prijenos je imao apsolutan i bezuvjetan karakter, stoga mu se nije mogao dodavati nikakav ograničavajući uvjet. Postepeno je *Lord Chancellor* počeo priznavati učinak takvim uvjetovanim prijenosima, ali ne na način da je imao prava koji je izvršio uvjetovani prijenos nešto od tog prava preostalo (jer bi to bilo nespojivo sa *common law*), već se tumačilo da je stjecalac stvarnog prava u obvezi da poštuje nametnuti mu uvjet odnosno da se pridržava obveze koja mu je postavljena (*to honour the trust reposed in him*).⁸ Isprva je obveza iz *trust* bila strogo vezana za stjecaoца, ali se kasnije proširila i na druge osobe. Naposljetku je *trust* obvezivao sve (*erga omnes*), osim kupca u dobroj vjeri koji o tome nije imao nikakvog znanja.⁹ Tako je čisto obvezno pravo preraslo u puno stvarno pravo (*property interest*), priznato, doduše, samo u *equity* sustavu, ali koje je u novije vrijeme pojačano novim elementom - obvezom registracije. Registracijom je postignuta zaštita i prema *bona fide* kupcu (*for value*), jer se fingiralo da je on znao ili morao znati (*actual knowledge*) za postojanje tog stvarnog prava.

Institut *floating charge* koji je predmet ovog rada jedan je od instituta tzv. realnog osiguranja potraživanja, kod kojeg vjerovnik radi osiguranja potraživanja

⁶SNELL/MEGARRY/BAKER, *Principles of Equity*, London, 1973, str. 27 (u daljnjem tekstu: SNELL'S *Principles of Equity*).

⁷Detaljnije vidi: GOODE, R.M., *The Secured Creditor and Insolvency under English Law*, RabelsZ, 44(1980), str. 679-680.

⁸*Ibid.*, str. 678.

⁹"One definition of an equitable interest is that it is right which is enforceable against all except a bona fide purchaser for a value without notice". SNELL'S *Principles of Equity*, London, 1973, str. 23.

stječe određeno stvarno pravo (pravo namirenja)¹⁰ na dužnikovoj imovini. To se pravo, ako nije što drugo ugovoreno, proteže i na plodove te stvari i na prihode ostvarene raspolaganjem tom stvarju.

Englesko pravo poznaje tri oblika ugovornog stvarnopravnog osiguranja potraživanja. To su *pledge* (zalag),¹¹ *mortgage* (prijenos vlasništva)¹² i *equitable charge*¹³ (pravo namirenja vjerovnika na određenoj imovini). U prilog tezi da je *charge* stvarno pravo ističe se da obvezno pravo ovlašćuje ugovornu stranu kojoj je nanesena šteta zbog povrede ugovorne obveze druge strane samo na naknadu štete, dok je kod *charge* vjerovnik ovlašten namiriti se iz određene imovine koja je predmet osiguranja potraživanja, a isprava u kojoj je sadržano to njegovo pravo

¹⁰"The equitable charge does not involve the transfer either of possession or ownership but constitutes the right of the creditor to have a designated asset of the debtor appropriated to the discharge of the indebtedness." Cit. prema GOODE, R.M., *Commercial law*, London, 1982, str. 714.

¹¹Historijski najraniji instrument osiguranja potraživanja je zalag kod kojeg vjerovnik uzima u posjed dužnikovu imovinu kao osiguranje da će dug biti plaćen. *Common law* razumljivo pridaje veliko značenje posjedu jer je on glavni indicij za vlasništvo. U prvo vrijeme uzimanje u posjed bilo je u najvećem broju slučajeva *condicio sine qua non* valjanosti osiguranog potraživanja. Izuzetak je bio "*Jewish mortgage*", besposjedovni zalag koji je postizao učinak prema trećima registracijom u lokalne registre ustanovljene za vrijeme kralja Richarda I. Tek u 16. stoljeću ustanovila se praksa da davaoci u *mortgage* ostanu u posjedu zemlje. Sljedeća dva stoljeća su prošla i takva praksa počela se sa sigurnošću primjenjivati za *mortgage* pokretnih stvari. S pojavom vrijednosnih papira koji simboliziraju robu polje primjene zaloga naglo se proširuje. Moguće je bilo založiti tzv. *documnets of title* kao i vrijednosne papire koji su u sebi sadržavali novčanu obvezu. To je bilo neobično pogodovalo bankama koje su financirale uvoz robe primajući u zalag transportne dokumente. *Ibid.*, str. 712-713.

¹²*Mortgage* je prijenos vlasništva na određenoj imovini s dužnika na vjerovnika radi osiguranja potraživanja uz izričit ili prešutan sporazum da će imovina biti vraćena dužniku kada potraživanje bude namireno. Predaja u posjed ovdje se ne traži osim za isprave o vlasništvu. S druge strane predaja u posjed nije niti nespojiva s institutom *mortgage*. Stoga se iz okolnosti slučaja zaključuje je li stvar predana u posjed po osnovi *mortgagea* ili *pledgea*. Do 1854. besposjedovni se zalag na pokretninama smatrao nevaljanim jer se okolnost da je dužnik ostao u posjedu stvari tumačila kao ključni dokaz namjere prijevornog zaobilaznja vjerovnika. *Bill of Sale Act* iz 1854. godine prvi je unio mogućnost upisa prijenosa vlasništva na pokretninama u javne upisnike. S *common law* njegov je razvoj bio dugo potisnut zbog nespornosti da se prizna prijenos vlasništva koje se tek trebalo steći. Te su zapreke ispravljali *Courts of Equity*, koji su posve spremno priznali i prijenos vlasništva nad budućom imovinom. S *mortgage* su se mogla osigurati i buduća potraživanja vjerovnika. *Ibid.*, str. 713-714.

¹³To je pravo namirenja vjerovnika na određenoj dužnikovoj imovini. Temelj prava namirenja je ugovor ili *trust*. Pravo namirenja realizira se iz cijene prodane stvari, bilo da je do prodaje došlo dragovoljno ili je tome prethodio sudski nalog za prodaju stvari čije je donošenje bilo inicirano od vjerovnika. *Charge* može biti *fixed* ili *floating*. *Fixed* zahvaća imovinu u vrijeme kada je *charge* nastao. Učinak je takav da dužnik ne može raspolagati imovinom na kojoj postoji pravo namirenja bez vjerovnikove suglasnosti. Za razliku od *fixed charge* za *floating charge* je karakteristično da "lebdi" iznad određene imovine (sadašnje ili buduće). Dužnik u ovom slučaju ima pravo slobodno raspolagati imovinom. Pravo namirenja vjerovnika postoji na imovini koja se stalno mijenja, a ne na nekoj pojedinačno određenoj imovini. Međutim, u situaciji kada se *floating charge* kristalizira, ona zahvaća svu imovinu zatečenu u trenutku kristalizacije i prestaje dužnikovo pravo raspolaganja. *Ibid.*, 714-715.

(u pravilu zadužnica ili obveznica), procesnopravno gledano, izvršna je isprava.¹⁴

S druge strane, zadržanje prava vlasništva, uvjetna prodaja, najam s opcijom prodaje, također instrumenti osiguranja potraživanja, ne proizvode stvarnopravne učinke¹⁵ jer kod njih ne dolazi do nastanka stvarnog prava na dužnikovoj imovini, već do zadržavanja vlastitih prava na svojoj stvari.

3. *Floating charge*

3.1. *Nastanak i razvoj floating charge*

Porast broja trgovačkih društava s ograničenom odgovornošću u devetnaestom stoljeću bio je popraćen povećanim otporom banaka da daju takvim trgovačkim društvima zajmove bez istovremenog osiguranja potraživanja.¹⁶ Ali i tada je, kao uostalom i danas, najvrednija imovina trgovačkih društava bila ne zemljište ili zgrada, već oprema, postrojenja, skladišne zalihe u robi i potraživanja. Oprema je mogla poslužiti kao predmet osiguranja bančinog potraživanja tako da se na njoj kreira *mortgage* ili *charge*, ali je ona bila podložna promjenama. *Common law* sustav priznavao je samo prijenos stvarnih prava na **sadašnjoj imovini**. Stoga je za svaku naknadno stečenu imovinu trebalo zaključiti novi sporazum o osiguranju potraživanja.

Prvi proboj ovog *common law* načela bilo je priznanje ugovorne klauzule o naknadno stečenoj imovini ("*after acquired property clause*"), u odluci *Holroyd v. Marshall*,¹⁷ kojom je u *equity* sustavu priznat *charge* na naknadno stečenoj imovini, koji je postizao svoj pravni učinak između stranaka kada bi novostečena imovinska vrijednost ušla u imovinu dužnika, bez potrebe ugovaranja novog sporazuma o osiguranju potraživanja.

Ovo pravilo riješilo je međutim samo pitanje opreme. Ostalo je otvoreno pitanje zaliha (stokova) robe i potraživanja, koje su se stalno mijenjale. Nije bilo praktično da trgovačko društvo svaki put kada želi otuđiti dio zaliha zahtijeva suglasnost vjerovnika.

Domišljanjem koncepta *floating charge* stvoren je pravni okvir u kojem je bilo moguće opteretiti imovinu trgovačkog društva stvarnim pravom treće osobe (vjerovnika), ali i ostvariti nužnu elastičnost u poslovanju njome, na način koji je u skladu s potrebama trgovačkog poslovanja.¹⁸ Dužnik (kompanija) raspolagao

¹⁴FERRAN, E., *Floating Charges - Nature of the Security*, The Cambridge Law Journal, 47(2) 1988, str. 215-216.

¹⁵GOODE, *Commercial law*, London, 1982, str. 711.

¹⁶*Ibid.*, str. 786.

¹⁷(1862) 10 H.L. Cas. 191.

¹⁸PENNINGTON, R., *The Genesis of the Floating Charge*. Mod.L.Rev. 23 (1960) 630-646.

je tom imovinom u okviru redovnog poslovanja, ali su ugovorne strane unaprijed precizirale događaje koji su dužniku oduzimali takvo pravo slobodnog raspolaganja.

Predmet osiguranja potraživanja bila je i **sadašnja i buduća imovina**. Takav model prvi put je ustanovljen u odluci *Re Panama*,¹⁹ gdje je "*whole undertaking - present and future*" bio predmet osiguranja potraživanja, s mogućnošću slobodnog raspolaganja do trenutka pokretanja stečajnog postupka. Nastupom tog događaja vjerovnik je stjecao pravo na prisilno namirenje osiguranog potraživanja, odnosno stjecao je pravo prvenstvenog namirenja u stečaju ispred vjerovnika čija potraživanja nisu osigurana.

Kako *floating charge* pripada *equity* sustavu,²⁰ obilježja tog instrumenta najvećim su dijelom formirana u sudskoj praksi, zasnovanoj na sudskim precedentima. Ipak dijelom pravna regulacija *floating charge* ulazi i u nadležnost zakonodavca. Tako su neka pitanja riješena zakonima *Companies Act* (1985/1989) i *Insolvency Act* (1986).

3.2. Ugovorne strane

U teoriji je prisutno shvaćanje da bi i fizičke osobe mogle biti davaoci imovine u *floating charge*.²¹ U praksi je ipak taj instrument isključivo rezerviran za društva kapitala (*incorporated companies*),²² dok su trgovačka društva osoba (*partnerships*) kao i fizičke osobe isključeni.

Okolnost da je u engleskom pravu većina trgovačkih društava osnovana u obliku društava kapitala pridaje i institutu *floating charge* veće značenje, iako je njegovo polje primjene suženo. S obzirom na to da se društva kapitala u Engleskoj relativno lako osnivaju, jer je za osnutak potreban relativno mali iznos osnivačkog kapitala,²³ proizlazi da poduzetnici namjerno biraju oblik (trgovačkog) društva kapitala kako bi se *pro futuro* mogli koristiti blagodatima koje omogućuje *floating charge*.²⁴

Kao vjerovnik *floating charge* obično se pojavljuje banka.

¹⁹*Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.* (1870), L.R. 5 Ch.App.318.

²⁰GOODE, R.M., *Legal Problems of Credit and Security*, London, 1988, str. 46.

²¹GOVER/CRONIN/EASSON/WEDDERBURN, *Principles of Modern Company Law*. London, 1979, str. 108. (dalje cit. kao GOWER i dr.)

²²Uz trgovačka društva pojam *incorporated companies* obuhvaća i tzv. *statutory companies*, osnovane na temelju akta engleskog parlamenta, kao i *chartered companies*, osnovane na temelju kraljevskog ovlaštenja. Vidi *Companies Act*, 716(1).

²³GOWER i dr., *Principles of Modern Company Law*, London, 1979, str. 4.

²⁴GOWER, L.B.C. *Some Contrasts Between British and American Corporation Law*, Harv. L. Rev. 69 (1955/56), st. 1397.

3.3. Imovina kojom se osigurava potraživanje

Imovina koja je predmet osiguranja potraživanja nije zakonski propisana, stoga dolazi u obzir sva dužnikova imovina,²⁵ tj. nekretnine, pokretnine, potraživanja, različita prava (industrijskog vlasništva i autorska prava), poslovni ugled (*goodwill*) itd.

3.4. Potraživanje koje se osigurava

Prije se *floating charge* koristio isključivo za osiguranje potraživanja iz *debentures*.²⁶ Osim toga s *floating charge* moglo se osigurati i potraživanje iz zadužnice, *deed*,²⁷ tj. isprave u kojoj je upisano priznanje duga ili slična izjava.²⁸

Danas se svi krediti kompanije mogu osigurati s *floating charge*, stoga je pojam *debenture* vrlo širok.²⁹ Buduća se potraživanja također mogu osigurati, s time što će *floating charge* imati pravni učinak tek od trenutka njihova nastanka.³⁰ Ako potraživanje bude namireno, utrnjuje i *floating charge*, ali u slučaju ponovnog nastanka duga može opet oživjeti i, što je najvažnije, prijašnjim redom prvenstva.³¹

Osiguranje ranije utemeljenih potraživanja (*past value*) pravno je dopustivo i moguće, iako englesko pravo preferira sadašnja potraživanja (*new value*). Osiguranje tih potraživanja nastaje u situaciji kada banka daje kredit bez osiguranja potraživanja, pa se ono zatraži naknadno. S obzirom na to da bi se takvom praksom moglo oštetiti druge vjerovnike, postoji zaštitni period od godine dana prije pokretanja stečajnog postupka, unutar kojeg se osiguranje potraživanja za tzv. *past value* smatra ništavim i imalac takvog osiguranja potraživanja ne

²⁵GOUGH, W. J., *Company Charges*, London, 1978, str. 63.

²⁶Debenture is an instrument usually under seal, issued by a company or public body as evidence of a debt or as security for a loan of a fixed sum of money, at interest. It contains a promise to pay the amount mentioned in it and is usually called debenture on a face of it. *Osborn's Concise Law Dictionary*, 7.ed, London, 1983, str. 110.

²⁷Deed is a writing or instrument written on paper or parchment, signed, sealed and delivered, to prove and testify the agreement of the parties whose deed it is to the things contained in the deed. A deed generally consists of the following parts: the premises, the habendum, the tenendum, the reddendum, the conditions and the covenants. *Ibid.*, str. 112.

²⁸Našem bi pravnom nazivlju odgovarali pojmovi obveznice, tj. zadužnice.

²⁹PENNINGTON, R.R., *Company Law*, 6.ed., London, 1990, str. 445.

³⁰*Re Yeovil Glove Co. Ltd.* (1964) 2 All E.R. 849.

³¹Vidi *Companies Act*, sec. 194.

može ostvariti red prvenstva.³²

Uzredna potraživanja, kao što su kamate i troškovi, također se mogu osigurati ako su spomenuti u samom sporazumu. Nisu poznata nikakva ograničenja.³³

Nije dopušteno kreirati *floating charge* za tuđe dugove. Ipak je dopušteno da kompanija-kćerka optereti svoju imovinu s *floating charge* za osiguranje duga kompanije-majke.³⁴

3.5. Forma ugovora i registracija

Nekoliko je okolnosti bitno za nastanak *floating charge*: sporazum o osiguranju potraživanja između vjerovnika i dužnika, registracija sporazuma u registar opterećenja na imovini kompanije i registracija u trgovački registar.

Sporazum o osiguranju potraživanja obično je sadržan u zadužnici (*debenture* ili *deed*) pa nije potrebno sastavljati poseban ugovor, jer se zahtjevima forme udovoljava i na taj način.³⁵

Veća pažnja u sudskoj praksi usmjerena je na definiranje onih obilježja *floating charge* koja ga razlikuju od ostalih sličnih instituta (*fixed charge*). Tako se ističe da postoje tri osnovna obilježja koja *floating charge* razlikuju od ostalih. Prednost osiguranja potraživanja je vrsta imovine (*class of assets*), sadašnja i buduća; to je vrsta imovine koja se u redovnom poslovanju povremeno mijenja i kompanija može s tom imovinom uobičajeno poslovati dok ne nastupi neki od događaja koji joj oduzimaju to pravo, a koji su predviđeni ugovorom ili samim zakonom.³⁶

Nije potrebno posebno naglašavati ugovorom da *floating charge* obuhvaća i buduću imovinu, jer to proizlazi iz same okolnosti da je kompaniji pridržano

³²Vidi *Insolvency Act 1986, sec. 245, i PENNINGTON, op. cit. u bilj. 29, str. 461-466.*

³³PENNINGTON, *op.cit.* u bilj. 29, str. 509.

³⁴WENCKSTERN, M., *Die englische Floating Charge im deutschen Internationalen Privatrecht*, *RabelsZ*, 56(1992), str. 632.

³⁵*Re Bond Worth Ltd.* (1979) 3 All E.R. 919.

³⁶U najcitanijoj odluci, *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd.* (1903) 2 Ch. 284, sudac Romer, L.J., opisao je *floating charge* sljedećim riječima: "I certainly do not intend to attempt to give an exact definition of the term 'floating charge', nor I am prepared to say that there will not be a floating charge within the meaning of the Act, which does not contain all three characteristics that I am about to mention, but certainly think that if a charge has the three characteristics that I am about to mention it is a floating charge. (1) If it is a charge on a class of assets of a company present and future; (2) if that class is one which, in the ordinary course of business of the company would be changing from time to time; and (3) if you find that by charge it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with."

pravo raspolaganja.³⁷ Nemogućnost raspolaganja značila bi pravnu paralizu trgovačkog društva, pa je to onaj učinak koji stranke nikako ne žele proizvesti.³⁸

Primjerak sporazuma arhivira se u registar tereta trgovačkog društva u njegovom sjedištu.³⁹ Trećim je osobama zajamčeno pravo uvida u registar. Nepoštovanje ovih propisa ne utječe na pravnu valjanost *floating charge* niti na red prvenstva, ali je predviđena novčana kazna.⁴⁰

Važnija je registracija u *Companies charges register*. Svaki sporazum o *floating charge* treba (kompanija ili vjerovnik) prijaviti u roku 21 dan od nastanka, u protivnom *floating charge* nema pravni učinak prema stečajnom upravitelju, likvidatoru odnosno inom vjerovniku kompanije.

Pojam vjerovnik, iako široko postavljen, obuhvaća samo one koji su stekli neko pravo na opterećenoj imovini. To su vjerovnik čije je potraživanje osigurano, a koji se po redu prvenstva nalazi odmah iza vjerovnika *floating charge* (*subsequent encumbrancer*) i vjerovnik u čiju je korist provedeno izvršenje na opterećenoj imovini.⁴¹ Naprotiv, vjerovnici čija potraživanja nisu osigurana nemaju tih prava, osim ako je nad kompanijom otvoren stečaj ili likvidacija. Ovo sužavanje pojma vjerovnika u skladu je s načelom kontinuirane izvršivosti *floating charge* nad kompanijom, koje ne bi imalo smisla kad bi je mogao napadati bilo koji vjerovnik.⁴²

Floating charge ostaje naprotiv valjan *inter partes* i u slučaju kad nije izvršena obveza registracije. Štoviše, novčana obveza dopijeva odmah, tako da pomanjkanje registracije ubrzava dospelost duga.⁴³

3.6. Pravni učinak instituta *floating charge*

Pravni učinak *floating charge* razlikuje se ovisno o tome je li riječ o vremenu prije ili nakon kristalizacije. Slikovito rečeno, prije kristalizacije *charge* lebdi nad određenom imovinom. Nastupom okolnosti koje su predviđene

³⁷Okolnost da je kompaniji pridržano pravo raspolaganja imovinom ujedno je kriterij razlikovanja prema *fixed charge*. Tako je u odluci *Siebe Gorman & Co.Ltd. V. Barclay's Bank Ltd.* (1979) 2 Lloyd's Rep. 142, sud istaknuo da kriterij razlikovanja *fixed* od *floating charge* nije karakter imovine (*fixed* or *circulating*), već je li vjerovnik omogućio dužniku da slobodno raspolaze imovinom unutar redovnog poslovanja.

³⁸GOUGH, *op. cit.* u bilj. 29, str. 493.

³⁹Vidi *Companies Act* 1985, sec. 411(1) i (2), 1985, i *Companies Act* 1989, sec. 101.

⁴⁰PENNINGTON, *op. cit.* u bilj. 29, str. 493.

⁴¹Vidi *Companies Act* 1985, sec. 399(1), *Companies Act* 1989, sec. 95.

⁴²GOODE, *op. cit.* u bilj. 10, str. 776-777.

⁴³*Loc. cit.*

ugovorom ili samim zakonom *floating charge* se kristalizira.

Prije kristalizacije vjerovnik ne posjeduje nikakvo pravo *in specie*, već samo općenito stvarno pravo na imovini koja je određena po vrsti, a koja se neprekidno mijenja. Kristalizacijom se definitivno konsolidira imovina kojom je potraživanje osigurano.⁴⁴

U poslovnoj se praksi *floating charge* primjenjuje kod imovine koja se mijenja, dok se na "statičnoj" imovini više koristi *fixed charge*.⁴⁵

3.6.1. Pravni učinci prije kristalizacije

Prije kristalizacije vjerovnik čije je potraživanje osigurano ima samo teoretsku mogućnost da utječe na poslovanje društva (dužnika). Dužnik je ovlašten slobodno poslovati unutar redovnog poslovanja. I poslovi koji se vode izvan uobičajenog poslovanja u pravilu su dopušteni,⁴⁶ osim ako nisu protivni cilju statuta kompanije (*intra vires*).⁴⁷

Dužnikovo pravo da slobodno raspolaze imovinom koja je dana u *charge* može biti podvrgnuto određenim ugovornim ograničenjima. Ona se mogu pojaviti u obliku posebnih dozvola koje dužnik treba tražiti od vjerovnika kada želi raspolagati opterećenom imovinom izvan redovnog poslovanja, ali i kao zabrane

⁴⁴Ovo obilježje instituta *floating charge* istaknuto je u odluci *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.* (1910) 2K.B. 979: "A floating charge is not a future security; it is a present security, which presently affects all the assets of the company expressed to be included in it... A floating security is not a specific mortgage of the assets, plus licence to the mortgagor to dispose of them in the course of his business, but is a floating mortgage, applying to every item comprised in the security, but not specifically affecting any item until some event occurs or some act on the part of the mortgagee is done which causes it to crystallize into a fixed security."

⁴⁵Naime, vjerovnik instituta *fixed charge* ima u postupku stečaja prednost pred privilegiranim vjerovnicima, dok za vjerovnika iz *floating charge* to nije slučaj. O problemu cirkulacije kod određivanja reda prvenstva između *floating charge*, *fixed charge* i privilegiranih potraživanja vidi: GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 10, str. 782. O trendu povratka na *fixed charge* zbog povoljnog rangiranja u redosljednu namirenja vidi detaljnije: ROBBIE, M.J./GILL, C.P., *Fixed and Floating Charges: A New Look at the Bank's Position*, *Journal of Business Law*, br. 3/1981, str. 95-100.

⁴⁶O tome je li vjerovnik ovlašten intervenirati u slučaju kada dužnik ne posluje unutar redovnog poslovanja mišljenja se razilaze. U odluci *Re Woodroffes* (1986) Ch. 366, sud navodi: "It is a mistake to think that the chargee has no remedy while the charge is still floating. He can always intervene and obtain an injunction to prevent the company from dealing with its assets otherwise than in the ordinary course of business." Suprotno, PENNINGTON, R., *The Genesis of the Floating Charge*, (1960) 23 M.L.R., str. 645.

⁴⁷GOUGH, W.J., *op. cit.* u bilj. 25, str. 114. Isto, vidi GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 20, str. 84-86. Upozorava se i na to da je domašaj *intra vires* doktrine ponekad preširok. Tako npr. kompanija može biti slovom svog statuta ovlaštena da prenese cjelokupno svoje poslovanje (*an assignment of company's entire undertaking*), ali takav *intra vires* akt ne bi mogao biti kvalificiran kao redovno poslovanje, jer praktički dovodi do prestanka poslovanja, što je *par excellence* uzrok kristalizacije, odnosno prestanka prava raspolaganja. FERRAN, E., *The Floating Charges - The nature of Security*, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 47 (1988) str. 230.

daljnjeg opterećivanja imovine sličnim instrumentima osiguranja potraživanja. Može se, primjerice, zabraniti *factoring* dužnikovih potraživanja.⁴⁸ Međutim, takve klauzule nisu uobičajene jer se nastoji što manje utjecati na poslovanje dužnika.⁴⁹ Sudska praksa također vrlo elastično tumači pojam redovnog poslovanja.⁵⁰

Ako ugovor ne sadrži ograničavajuće odredbe u pogledu mogućnosti kreiranja naknadnih opterećenja na imovini dužnika, instrumenti osiguranja potraživanja kao što su *fixed charge* ili *mortgage* dopustivi su i ostvaruju prvenstvo pred *floating charge*, iako su kasnije nastali.⁵¹ Naprotiv, vjerovnici konkurirajućih *floating charge* pravno su izjednačeni i ostvaruju svoja potraživanja prema načelu *prior tempore*. Ovo pravilo može se staviti izvan snage ako se s prvim *floating charge* izričito regulira da vjerovnik naknadnog *floating charge* ostvaruje prvenstvo u namirenju (*subordination agreement*) ili da se namiruju u istom redu (*pari passu*).⁵²

Zabrana naknadnog opterećivanja imovine ne odnosi se na osiguranje potraživanja prodavaoca na robi te na zaključenje onih ugovora na temelju kojih nastaje kakvo zakonsko založno pravo.⁵³

Posebno je pitanje položaja vjerovnika *floating charge* prema trećima. Prije kristalizacije, postojanje *floating charge* nad dužnikovom imovinom nije nikakva pravna smetnja za vođenje izvršnog postupka. Međutim, okolnost da se na dužnikovoj imovini provodi izvršni postupak može biti jedan od događaja koji uzrokuje kristalizaciju, pa obustava izvršnog postupka nastupa kao posljedica kristalizacije.⁵⁴

Ako je u ugovoru o *floating charge* sadržana zabrana o naknadnom opterećivanju imovine, ona nije samo obveznoppravne naravi, već je i tzv. *equitable restriction*.⁵⁵ To je posljedica doktrine *constructive notice*, čiji je domet

⁴⁸GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 10, str. 801.

⁴⁹GOUGH, W.J., *op.cit.* u bilj. 25, str. 138.

⁵⁰*Re Florence Land & Public Works Co.* (1878) 10 Ch.D.530; *Wallace v. Universal Automatic Machines Co.* (1894), 2 Ch.547.

⁵¹*Re Florence Land and Public Works Co.* (1878), 10 Ch.D.465. Po tome se *floating charge* razlikuje od ostalih stvarnih prava u *equity* sustavu. Dok su ostala stvarna prava u *equity* sustavu valjana prema svima osim prema *bona fide* kupcu, *floating charge* nije dakle valjan niti prema kasnijem imaocu *mortgage*, niti *fixed charge*, ako nije postojala ugovorna zabrana naknadnih opterećenja. FERRAN, E., *op. cit.*, str. 215.

⁵²*Re Automatic Bottle maker Ltd., Osborne v. Automatic Bottle makers, Ltd.*, (1926) Ch.412.

⁵³PENNINGTON, R.R., *op.cit.* u bilj. 29, str. 456 i 460.

⁵⁴GOODE, R.M., *op.cit.* u bilj. 20, str. 87-89.

⁵⁵PENNINGTON, R.R., *op. cit.* u bilj. 29, str. 455.

sporan u engleskoj pravnoj literaturi. Naime, polazi se od toga da je registracija *floating charge* "notice to the world", o postojanju osiguranja potraživanja i stoga pravno obvezuje treće osobe. Sporan je doseg registracije, tj. je li ona samo obavijest o postojanju *floating charge* ili i obavijest o njegovu sadržaju (pa i sadržanih ograničenja). Dio doktrine zastupa tezu da treće osobe imaju prema *common law* tzv. *inferred knowledge* o svim podacima za koje se razumno moglo očekivati da će ih pretraživati.⁵⁶ Dio se opredjeljuje za shvaćanje da je takvo širenje doktrine o *constructive notice* nerealno, pa se predlaže da se njezin domet ograniči samo na trgovce.⁵⁷

Osim doktrine o *constructive notice*, dodatna komplikacija u određivanju reda prvenstva jest i u tome ima li stjecalac imovine koja je opterećena s *floating charge legal* ili *equitable title*, jer vrijedi pravilo da stjecaoци *legal title* imaju prednost pred potonjima, pod uvjetom da je zajam stvarno predumljen (*consideration*).⁵⁸

3.6.2. Događaji koji uzrokuju kristalizaciju

Kristalizacija označava nastup zakonom ili ugovorom određenih događaja koji *floating charge* pretvaraju u *fixed charge*. U pravilu kristalizacija zahvaća cijelu opterećenu imovinu, osim ako što drugo nije ugovoreno.⁵⁹

Do kristalizacije dolazi ako dođe do prestanka poslovanja, bilo vlastitom voljom bilo kao odgovor na *winding-up petition* (prijedlog za otvaranje stečajnog postupka). Međutim, sam prijedlog za otvaranje stečajnog postupka bez okolnosti prestanka poslovanja nije dovoljan.

Prestanak ovlaštenja poslovodnih organa također će prouzročiti kristalizaciju, npr. zbog donošenja odluke o dobrovoljnoj likvidaciji, o otvaranju stečajnog postupka, ili o imenovanju *receivera*. Međutim, moguća je i parcijalna kristalizacija, tj. prestanak direktorovih ovlaštenja samo na dijelu imovine

⁵⁶FARRAR, J.H., *Floating Charges and Priorities, Conveyancer* (N.S), 38 (1974), str. 325. Drukčijeg je stajališta sudska praksa koja izbjegava primijeniti doktrinu *constructive notice* na trgovačke transakcije; vidi *Eagle Star Insurance Co. Ltd. v. Spratt* (1971) 2 Lloyd's Rep. 116.

⁵⁷Ovo stajalište zastupa GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 10, str. 775, koji na tom mjestu na sljedeći način obrazlaže potrebu ograničavanja učinaka *constructive notice* doktrine: "A buyer in the ordinary course of business cannot be expected to search against his seller in the Companies Registry before consummating his purchase, and he does not by reason only of registration of a security interest, has constructive notice of that interest. On the other hand there is no reason why a bank or financier taking commercial security over the movable plant and other chattels of an enterprise should not be expected to search for prior charges."

⁵⁸GOODE; R.M., *op.cit.* u bilj. 10, str. 764.

⁵⁹Parcijalna kristalizacija postoji ako na jednom dijelu imovine *charge* kristalizira, dok na drugome nastavlja flotirati, pa je potonjim dijelom imovine dužnik ovlašten i dalje slobodno raspolagati. Vidi GOUGH, W.J., *op.cit.* u bilj. 25, str. 103, GOODE, *op. cit.* u bilj. 20, str. 74.

obuhvaćene s *floating charge*, pa na preostalom dijelu imovine *charge* nastavlja flotirati.⁶⁰

Na klasičan način kristalizacija nastaje ostvarenjem vjerovnikove intervencije u pogledu upravljanja dužnikovom imovinom, a to je imenovanje *administrative receivera*,⁶¹ ali i uzimanje u posjed dužnikove imovine ili njezina prodaja. Osnovna prednost imenovanja *receivera* sastoji se u tome što se vjerovnik njegovim imenovanjem oslobađa odgovornosti za njegovo djelovanje (i propuštanje), jer se *receiver* smatra zastupnikom kompanije.⁶²

U posljednje vrijeme sve se češće i neki drugi događaji osim intervencije vjerovnika propisuju kao razlozi kristalizacije, od kojih neki nisu javnopravni akti o kojima bi treće osobe mogle imati određena znanja.⁶³ To se naziva automatskom kristalizacijom. Tako se, primjerice, kristalizirajućim događajem smatra vanjsko zaduživanje dužnika preko određenog iznosa, propust plaćanja iznosa dospjelog duga na osnovi postojanja *charge*, kondemnatorna sudska odluka koja ne bude izvršena unutar određenog vremena, izbjegavanje izvršenja na svojoj imovini. Stoga se s pravom ističe da zbog pomanjkanja javnosti protiv automatske kristalizacije postoje snažni razlozi političke naravi.⁶⁴ Međutim, *Insolvency Act* iz 1986. izjašnjava se o tom pitanju, a nije poznato da je sudska praksa stavila izvan snage pojedinu klauzulu o automatskoj kristalizaciji samo na osnovi razloga političke naravi.⁶⁵

U sudskoj su praksi bila određena kolebanja jesu li svi slučajevi automatske

⁶⁰*Loc. cit.*

⁶¹*Receivership* je izvorno vezan za *mortgage*, tj. za ostvarenje vjerovnikovih prava u odnosu na imovinu koja je dana u *mortgage*, nakon što je dužnik propustio izvršiti svoju obvezu o dospjelosti. U prvo vrijeme *receivera* je imenovao dužnik na temelju upuste koju mu je dao vjerovnik. Kasnije je to vjerovnik mogao učiniti neposredno. Osnovna prednost imenovanja *receivera* kao zastupnika dužnika sastojala se u tome što se vjerovnik na taj način oslobađao odgovornosti za *wilful default* (a ona je teretila svaki *mortgage* vjerovnika koji je uzeo imovinu u posjed). On je strogo odgovarao za eventualan propust da iz imovine ostvari prihod koji je mogao ostvariti da nije postupao s nepažnjom. GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 10, str. 752.

⁶²MILMAN, D., *Receivers as Agents*, 44 M.L.R., (1981) str. 668.

⁶³U odluci *Evans v. Rival Granite* (1910) 2 K.B. 979. L.J. Buckley objasnio je mehanizam automatske kristalizacije ovako: "The trust deed contained an authority to the company to carry on its business until the happening of one or more events upon which the security became enforceable; one of those was the suing out execution against the property of the company and that event had happened: it resulted therefore, that the authority of the company to carry on its business was at the end and that it could no longer deal with the property comprised in the security as though the security were not in existence."

⁶⁴FERRAN, E., *op. cit.*, str. 234.

⁶⁵*Loc. cit.*

kristalizacije pravno valjani. Engleski sudovi su skloni takvom tumačenju,⁶⁶ ali primijećeno je da argumentacija ne ide uvijek u istom pravcu.⁶⁷

Kod kristalizacije vjerovnik dobiva ovlaštenje da poduzme radnje koje imaju značenje prisilnog izvršenja, tj. da imenuje *receivera*, uzme imovinu u posjed, proda imovinu ili pokrene postupak za *foreclosure*.⁶⁸ Najčešće će vjerovnik postaviti *receivera*. To posebno vrijedi za slučaj zakašnjenja dužnika.⁶⁹

3.6.3. Pravna narav kristalizacije

U sudskoj praksi i pravnoj znanosti postoji nekoliko teorija o tome koja je pravna narav kristalizacije. Prema jednoj prije kristalizacije na imovini postoji specifični *equitable proprietary interest*, ili stvarno pravo namirenja. Dužnikovo ovlaštenje raspolaganja opterećenom imovinom proizlazi iz prešutne dozvole vjerovnika koji nastupom kristalizacije prestaje postojati.⁷⁰ Konceptija po kojoj je *floating charge* i prije kristalizacije stvarno pravo ne zasniva se na valjanosti argumentaciji jer kompanija ima vrlo široke ovlasti u raspolaganju imovinom, dok vjerovnik ima vrlo male izgleda da izazove kristalizaciju.

Druga je teorija da je to zapravo stvarno pravo pod odgovornim uvjetom (*present equitable assignment*), pri čemu je nastup kristalizacije ujedno i nastup odgovornog uvjeta (*equitable proprietary interest*). Ova teorija ne uspijeva objasniti stvarnopravne učinke koje *floating charge* proizvodi pri kristalizaciji.⁷¹

3.6.4. Pravni učinci nakon kristalizacije

Nakon što je nastupila kristalizacija vjerovnik može ostvariti svoju intervenciju prema kompaniji kroz institut *receivership*. S druge strane, određeni

⁶⁶*Re Home & Hellard* (1885) 29 Ch.D.736, *Davey & Co. v. Williamson* (1898) 2 Q.B. 194, *Illingworth v. Houldsworth* (1904) A.C. 335.

⁶⁷BOYLE, A.J., *The Validity of Automatic Crystallisation Clauses* (1979) J.B.L. 231. i FARRAR, J.H., *World Economic Stagnation Puts the Floating Charge on Trial*, Co.law.(1980), 87-88.

⁶⁸*Foreclosure* je poseban postupak kojim se sudskim putem utvrđuje da je dužniku prestalo pravo otkupa na imovini (*equity of redemption*) kao i da je vjerovnik izabrao imovinu kao način namirenja duga, pa eventualno nenamireni ostatak duga također prestaje. Vidi GOODE, *op.cit.* u bilj. 10, str. 751.

⁶⁹GOUGH, W. J., *op. cit.* u bilj. 25, str. 95.

⁷⁰PENNINGTON, R.R., *op.cit.* u bilj. 29, str. 450.

⁷¹Ovu teoriju zastupaju: FERRAN, E., *op.cit.*, str. 214, i GOUGH, W.J., *op. cit.* u bilj. 25, str. 72. Među stvarnopravne učinke koje proizvodi *floating charge* i prije kristalizacije treba svakako ubrojiti okolnost da je red prvenstva određen vremenom nastanka osiguranja potraživanja, a ne njegovom registracijom; da u postupku *foreclosure* koji inicira treći vjerovnik obavezno sudjeluje vjerovnik iz *floating charge*; da zabrana naknadnog opterećivanja imovine koja je obuhvaćena s *floating charge* djeluje prema trećima.

pravni učinci nastupaju i prema trećim osobama.

3.6.4.1. Receivership - ostvarenje vjerovnikove intervencije

Kristalizacijom vjerovnik postaje vlasnik imovine,⁷² a dužnikovo ovlaštenje raspolaganja prestaje. Međutim, vjerovnik svoje pravo namirenja iz imovine ostvaruje putem treće osobe, koja se naziva *administrative receiver*. Imenovanjem, *receiver* postaje zakonski zastupnik kompanije, iako je postavljen od vjerovnika i u njegovu interesu. Njegova glavna dužnost je da brine o namirenju vjerovnika, pa je u tom pravcu ovlašten poduzimati određene radnje.

Englesko pravo poznaje dvije varijante instituta *receivership*, ovisno o tome je li imenovan od vjerovnika (*administrative receiver*) ili suda (*court appointed receiver*). Ovlaštenje za imenovanje *receivera* vjerovnik crpi iz sporazuma o osiguranju potraživanja, a ako takvo ovlaštenje ne postoji, *receivera* može na prijedlog vjerovnika imenovati sud. U ovlaštenju *administrative receivera* i *court appointed receivera* postoje određene razlike. *Administrative receiver* smatra se zastupnikom kompanije koji vodi u prvom redu računa o interesima osiguranih vjerovnika,⁷³ a *court appointed receiver* smatra se službenikom suda (*officer of the court*).⁷⁴ On je dužan usklađivati interese osiguranih vjerovnika s interesima kompanije. U praksi je češći *administrative receivership*, jer se na taj način izbjegavaju visoki sudski troškovi i minimalizira sudska intervencija.

3.6.4.1.1. Ovlaštenja i odgovornost receivera

Iako *receivera* imenuje vjerovnik, on svoja ovlaštenja crpi iz ugovora o osiguranju potraživanja, ali i iz dodatne zakonske liste ovlasti. Vjerovnik ne može

⁷²Okolnost da vjerovnik postaje kristalizacijom vlasnik dužnikove imovine navodi neke autore na zaključak da *floating charge* nije ništa drugo do "*peculiarly sophisticated form of mortgage*". Vidi COLLINS, L., *Floating Charges, Receivers, and Managers and the Conflict of Laws*, 27 I.C.L.Q (1978), str. 699.

⁷³Položaj *administrative receivera* najbolje je opisan u *Re B. Johnson & Co. (Builders) Ltd.* (1955), Ch.634.: "... a receiver and manager for debenture holders is a person appointed by debenture holders to whom the company has given powers of management pursuant to the contract of loan constituted by the debenture, and as a condition of obtaining the loan, to enable him to preserve and realize the assets comprised in the security for the benefit of the debenture holders. The company gets the loan on terms that the lenders shall be entitled, for the purpose of making their security effective, to appoint a receiver with powers of sale and of management pending sale, and with full discretion as to the exercise and mode of exercising those powers. The primary duty of the receiver is to the debenture holders and not to the company. He is receiver and manager of the property of the company for the debenture holders, not manager of the company."

⁷⁴KERR, *On Receivers*, 15. ed., Walton, 1978, str. 279.

receiveru davati naputke, ali ga može opozvati.⁷⁵ Kako je osnovna briga *receivera* unovčenje imovine i namirenje osiguranog potraživanja, on je u tom pravcu ovlašten poduzimati određene mjere kao što su uzimanje u posjed i prisilna prodaja. Kod prisilnog namirenja iz vrijednosti ostvarene prodajom *receiver* treba voditi računa samo o privilegiranim potraživanjima, koja se namiruju prije osiguranih potraživanja, dok se ta obveza ne proteže na potraživanja koja nisu osigurana.

Osim radnji prisilnog namirenja *receiver* je ovlašten uzeti novi kredit (s novim osiguranjem potraživanja), osnovati kompaniju-kćerku, otuđiti imovinu. U tom dijelu on nastupa kao *manager*, pa ga se zato i naziva *receiver and manager*. Pri upravljanju kompanijom *receiver* kao *deemed agent of a company* mora postupati s razumnom pažnjom i vještinom.⁷⁶

Posebno je pitanje vezuju li *receivera* postojeći ugovori kompanije i kakva je njegova odgovornost za novozaključene ugovore. Pritom treba znati da će *receiver* u pravilu održati stare ugovore na snazi ako su oni za kompaniju profitabilni te ako želi prodati poduzeće kao uhodano (*on a going concern basis*). Za prije zaključene ugovore, koje *receiver* nije održao na snazi, odgovara samo kompanija. Iznimno, *receiver* odgovara ako je njegovom zaslugom došlo do njihove novacije.⁷⁷ Potraživanja za naknadu štete zbog raskida ugovora smatraju se potraživanjima koja nisu osigurana pa se ona namiruju nakon potraživanja osiguranih vjerovnika.

3.6.4.1.2. Prisilno namirenje osiguranog potraživanja

Jedna od varijanti prisilnog izvršenja je prodaja imovine dužnika *on going concern basis* (tj. prodaja poduzeća kao uhodanog). *Receiver* će se odlučiti za ovu varijantu namirenja kada postoje realne šanse za financijski oporavak kompanije. Ovu vrstu prodaje mogu financirati osigurani vjerovnici ili *receiver* sam.⁷⁸ S druge strane, takvom će prodajom polučiti i veću cijenu, što će općenito pogodovati namirenju osiguranih vjerovnika.

Kada *receiver* zaključi da prodaja poduzeća kao uhodanog nije korisna ili moguća, tada prodaje imovinu trgovačkog društva *on break-down basis*. Odluka za neku od varijanti potpuno je u njegovoj kompetenciji, pa se on može, i kada

⁷⁵MILMAN, D., *op. cit.*, str. 666. Isti autor dalje navodi da kompanija nije ovlaštena opozvati *receivera*, iako je on njen zastupnik.

⁷⁶GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 10, str. 911. Suprotno MILMAN, D., *op. cit.*, str. 661, koji navodi da *receiver* nije dužan postupati s razumnom pažnjom prilikom prodaje imovine kompanije, već je jedino obavezan brinuti se da ne ošteti interese kompanije djelujući prijevarno ili grubo nemarno.

⁷⁷GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 10, str. 910.

⁷⁸COLLINS, L, *Floating Charges, Receivers and Managers and the Conflict of Laws*, Int.Comp.L. Quart., Vol.27, br.10(1978), str. 693.

postoje objektivni uvjeti za varijantu *going concern*, opredijeliti za *break-down* varijantu, ako bi opseg njegove pretpostavljene osobne odgovornosti bio nerazmjeran prema imovini koja mu može poslužiti kao obeštećenje.⁷⁹

Čini se da je praksa utrla nov, treći put unovčenja poduzeća kao uhodanog, a to je *hiving-down*.⁸⁰ Zbog nepoznavanja opsega zaduženosti eventualni kupac poduzeća koje se nalazi pod *receivership* nije u pravilu zainteresiran za njegovu kupnju. Stoga se ustalila praksa po kojoj se dio imovine iz kompanije koja je pod *receivership* prenosi na poduzeće-kćerku koje se za to osniva. U poduzeću-kćerci zapošljava se dio radne snage zaposlen u poduzeću-majci, a zatim se sve dionice novog poduzeća prodaju kupcu, s time da se pri određivanju cijene imovine uzima da je to imovina poduzeća koje uhodano posluje. Kada cijena jednom bude određena, ona označava i iznos duga koji poduzeće-kćerka duguje majci. Osnovna prednost postupka *hiving-down* je u tome što kupac dobiva poduzeće-kćerku bez dugova.

3.6.4.1.3. Receivership u stečaju i likvidaciji

Ako je došlo do kristalizacije *floating charge*, pa bude otvoren stečaj ili postupak likvidacije,⁸¹ dolazi do međusobne interakcije ovlaštenja stečajnog upravitelja (*liquidator*) i *receivera*. Stečajni upravitelj dužan je trpjeti djelovanje *receivera* koje ima za posljedicu namirenje osiguranih vjerovnika. On je također dužan predati stvari iz imovine dužnika na kojoj postoji neko pravo osiguranog vjerovnika. S druge strane, *receiver* je dužan stečajnom upravitelju polagati račune o izvršenoj naplati i predati mu višak ako je takav naplatom postignut.

Učinak stečaja sastoji se u tome da prema kompaniji prestaju *receiverova* zastupnička ovlaštenja. Međutim, *de facto* njegove *ex lege* zastupničke ovlasti se nastavljaju, ali sada na temelju punomoći. Tako je on ovlašten voditi sudske

⁷⁹GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 7, str. 702.

⁸⁰O *hiving-down* vidi: GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 7, str. 703. Od *hiving-down* treba razlikovati *Phoenix syndrome*, koji ima negativnu konotaciju. On nastaje s *voluntary liquidation*, za koju je karakteristično da vlasnici kompanije donose odluku o otvaranju stečaja i imenovanju likvidatora bez intervencije suda. Kako englesko pravo ne vodi sustavnu kontrolu o svojstvima osobe koja treba biti imenovana za likvidatora, doslovno je moguće da se za likvidatora imenuje direktorov prijatelj. Cijela operacija odvija se tako da direktori kompanije isplatom prekomjernih iznosa plaće zadužuju poduzeće, a zatim se otvara postupak dobrovoljne likvidacije (*voluntary liquidation*). Imenuje se likvidator koji radi po instrukcijama upravljačke strukture. On po niskim cijenama prodaje imovinu poduzeća novoosnovanoj kompaniji, čije je vlasnička i upravlja struktura ostala gotovo neizmijenjena. Zatim nova kompanija preuzima stari posao zapošljavajući istu radnu snagu. Ali sve to bez jedne bitne okolnosti - dugova stare kompanije. Vidi detaljnije kod FLETCHER, I.F., *The Genesis of Modern Insolvency Law - An Odyssey of Law Reform*, Journal of Business Law, 9/1989, str. 368 i dalje.

⁸¹Potrebno je istaknuti da *winding up* može biti *compulsory*, tada se radi o stečaju, ali i *voluntary*, bilo da je potonji oblik iniciran od strane vjerovnika (*creditors' voluntary liquidation*) zbog prezaduženosti kompanije, bilo da takve prezaduženosti nema, pa se onda govori o *members' voluntary liquidation*.

postupke i započinjati nove.⁸²

Okolnost da je prestao biti zastupnikom kompanije, međutim, sama po sebi ne znači da supsidijarno ostaje zastupnikom osobe koja ga je postavila, tj. vjerovnika. Stoga nakon otvaranja stečajnog postupka *receiver* odgovara osobno.⁸³

3.6.4.2. Učinak kristalizacije prema trećim osobama i red namirenja

Kristalizacija prema trećim osobama djeluje tako da obustavlja ili ograničava prava trećih osoba, a to se ponajprije odražava na njihov pravni položaj u redoslijedu namirenja.

Nakon kristalizacije prestaje vrijediti pravilo da *bona fide* kupac koji ne zna za *floating charge* stječe predmet bez tereta (*free of charge*), već on to može samo uz suglasnost *receivera*. Stjecanje u dobroj vjeri a bez dopuštenja *receivera* teoretski je moguće, ali je zbog relativno strogih propisa o objavi imenovanja *receivera*⁸⁴ praktično neizvedivo.

Vjerovniku čije je potraživanje osigurano stvarnopravnim ugovornim sredstvom osiguranja potraživanja (*mortgage* ili *fixed charge*) također je za stjecanje *free of charge* potrebna suglasnost *receivera*. Međutim, s obzirom na to da je *receiver* ovlašten temeljem zakona uzimati nove kredite i za njih davati osiguranje potraživanja, moguće je da ta potraživanja ostvare red prvenstva prema potraživanju iz *floating charge*.

Nastup kristalizacije nema utjecaja na vjerovnike koji imaju zakonsko založno pravo. Oni se namiruju uvijek ispred vjerovnika iz *floating charge*. Isto vrijedi za privilegirana potraživanja u užem smislu riječi, koja obuhvaćaju npr. poreze i socijalna davanja.

Nastupom kristalizacije obustavljaju se započeti izvršni postupci na pojedinim predmetima iz dužnikove imovine koja je opterećena s *floating charge*, što znači da kristalizacija ima učinak prema izvršnim vjerovnicima.

Nakon što je došlo do unovčenja dužnikove imovine, *receiver* se treba držati ovog reda namirenja:

- 1) troškovi postupka prisilnog namirenja, kao što su troškovi prisilne prodaje i eventualno troškovi u povodu toga vođenih sudskih postupaka,
- 2) troškovi i naknada *receivera*,
- 3) privilegirana potraživanja koja obuhvaćaju potraživanja na različitim

⁸²MILMAN, D., *op.cit.*, str. 667.

⁸³*Ibid.*, str. 668.

⁸⁴Imenovanje *receivera* objavljuje se, osim u *London Gazette*, u još jednom listu, a nakon toga upisuje u registar. Kada *receiver* preuzme funkciju, svi se poznati vjerovnici kompanije obavješćavaju o nastupu kristalizacije. Međutim, kao što pokazuje poslovna praksa, vjerovnik je često posljednja osoba koja saznaje da je došlo do kristalizacije. LAWSON, M., *The Reform of the Law Relating to Security Interests in Property*, Journal of Business Law, br. 7/1989, str. 293.

osnovama, i koja se namiruju razmjerno unutar istog reda. To su osim zakonskog i sudskog založnog prava različiti porezi, plaće namještenika, potraživanja na osnovi mirovinskih naknada, ili naknada za liječničke usluge i sl.,⁸⁵

4) potraživanja iz *floating charge*, s time da se potraživanja iz *mortgage* ili *fixed charge*, ako su nastala prije kristalizacije, namiruju prije njega,⁸⁶

5) potraživanja koja nisu osigurana, zajedno s kamatama i troškovima,

6) ostatak dužniku.

3.7. Zaključne napomene o *floating charge*

Pri vrednovanju pravnog koncepta *floating charge* treba imati na umu da je to institut čija je fizionomija nastala kao posljedica pokušaja zaobilazanja nekih tradicionalnih *common law* postulata afirmacijom takvog *equity* instituta kojim se nastojalo udovoljiti potrebama financiranja trgovačke djelatnosti.

Sljedeća okolnost koju je potrebno akceptirati je zakonodavna reforma engleskog prava osiguranja potraživanja općenito,⁸⁷ koja se priprema već puna dva desetljeća, pa je potrebno utvrditi koje će mjesto imati *floating charge* u novom sustavu. Razlozi su reforme poznati. Ornamentalno i mozaično i zasnovano na mnogobrojnim izuzecima od pravila englesko pravo osiguranja potraživanja pokazuje ozbiljne nedostatke, koji pogotovo dolaze do izražaja u nekoherentnosti pravila o postizanju pravnog učinka *erga omnes* i s pravilima o određivanju reda prvenstva. Razlog je tome što se svaki od instituta osiguranja potraživanja razvijao samostalno, nezavisno od drugih, pa je njihovo međusobno usklađivanje za engleske pravnike ozbiljan problem. Upozorava se na mnoge nedosljednosti i prisutnost antinomija.⁸⁸ Svi zakonodavni projekti jedinstveni su u ocjeni da treba krenuti putem unifikacije cjelokupnog prava osiguranja potraživanja na način sličan američkom konceptu *security interest* iz čl. 9. UCC-a.

Iako je institut *floating charge* često osporavan u engleskom pravu, preteže

⁸⁵"Among a vast list of preferential debts are to be found the last year's rates, any one year's tax, one year's PAYE, capital gain tax, one year's development land tax, the last twelve months' value added tax, car tax, betting, gaming licence and bingo duties, last four months' wages of salary of a clerk or servant up to 800, insurance contributions, contributions to occupational pension schemes, remuneration on suspension on medical grounds." Cit. prema GOODE, R.M., *op.cit.* u bilj. 10, str. 904.

⁸⁶Ova okolnost ujedno je druga strana medalje *floating chargea*, koji - iako sveobuhvatan - ipak zauzima pretposljednje mjesto kod namirenja. O problemu cirkulacije odnosno o *circulus inextrabilis* kad je riječ o pojedinim slučajevima utvrđivanja redosljeda namirenja vidi GOODE, R.M., *op.cit.* u bilj. 10, str. 782.

⁸⁷*Crowther Report*, 1971, *Halliday Report*, 1983, i *Diamond's Review of Security Interest in Property*, 1989.

⁸⁸GOODE, R.M., *op.cit.* u bilj. 10, str. 784.

shvaćanje da ga u novom sustavu osiguranja potraživanja treba zadržati.⁸⁹ Glavna prednost tog instituta je njegova elastičnost,⁹⁰ ali su nemali i njegovi nedostaci.

Čini se da je metaforičan koncept kristalizacije najveći problem. Nastup kristalizacije mjerodavan je za utvrđivanje reda prvenstva između konkurirajućih instituta, a nastup te okolnosti ne mora biti uvijek dovoljno transparentan. Postoje naime okolnosti, kao što su prestanak poslovanja, koje treće osobe lako mogu zapaziti, ali neke druge okolnosti ne mogu uočiti uvijek. Poseban su problem događaji koji uzrokuju automatsku kristalizaciju, za koje je teško reći da je s njima upoznat širi krug osoba. U vremenu između nastupa kristalizacije pa do imenovanja *receivera*,⁹¹ kada svi vjerovnici kompanije bivaju obaviješteni o kristalizaciji, treće osobe imaju nezavidan pravni položaj. Vjerovnici koji su dali kredit u tom razdoblju rangiraju se iza vjerovnika *floating charge*. Položaj *bona fide* kupaca koji su stekli opterećenu imovinu unutar redovnog poslovanja dužnika također je vrlo nepovoljan, jer oni nakon kristalizacije stječu tu imovinu opterećenu pravom druge osobe, iako o njenom postojanju nemaju nikakvih službenih izvora saznanja.⁹²

Stoga prijedlozi reforme *floating chargea* idu u tom pravcu da se koncept kristalizacije zamijeni registracijom, pa bi registracija bila ta koja bi određivala vremensku točku u redu prvenstva. Ta je činjenica općepoznata i treće je osobe lako uočavaju. Slično rješenje poznaje američko pravo u kojem koncept *floating charge* odgovara pojmu *fixed charge over shifting security*.⁹³ Nastup okolnosti koje za dužnika znače prestanak prava raspolaganja (a to je u engleskom pravu kristalizacija) ne označavaju ujedno i vremensku točku za utvrđivanje reda prvenstva, već je red prvenstva naprotiv određen vremenom registracije

⁸⁹"...the floating charge has become so fundamental part of the financial structure on which commercial and industrial system of United Kingdom depends that its abolition can no longer be contemplated". *Cork Committee*, cit. prema DIAMOND, A.L., *A Review of Security Interest in Property*, London, 1989, str. 83. S druge strane upozorava se i na težak pravni položaj vjerovnika čija potraživanja nisu osigurana. Tako lord Macnagten, u sporu *Salomon v. Salomon & Co. Ltd.* (1897)A.C.22, navodi: "For such a catastrophe as has occurred in this case some would blame the law that allows such a thing as a floating charge. But a floating charge is too convenient form of security to be lightly abolished... I have long thought, and I believe some of your lordships also think, that the ordinary trade creditors of a trading company ought to have preferential claim on the asset in liquidation in respect of debts incurred within a certain limited time before a winding up. But that is not a law at present. Everybody knows that when there is a winding-up, debenture holders generally step and sweep off everything. And a great scandal it is."

⁹⁰LAWSON, M., *The Reform of the Law Relating to Security Interests in Property*, *Journal of Business Law*, br. 7/1989, str. 293.

⁹¹Vidi bilješku 84.

⁹²GOODE, R.M., *op.cit.* u bilj. 10, str. 784.

⁹³Ili tzv. *floating lien* iz čl. 9. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD.

sporazuma o osiguranju.⁹⁴ Drugi pravac izmjene ovog instituta vezan je uz krug subjekata koji se mogu koristiti njegovim pogodnostima. Predlaže se da, osim *companies* (društva kapitala), i *partnerships* (društva osoba) i trgovci pojedinci mogu na taj način osigurati potraživanja svojih zajmodavaca.⁹⁵

U svjetlu iznesenog treba promatrati i cjelokupnu vrijednost *floating charge* kao specifičnog instrumenta za osiguranje potraživanja bankarskih kredita kada je dužnik trgovačko društvo. Budući da je nastao kao posljedica potrebe da se potraživanje osigura na imovini kojom se dužnik neprekidno koristi u svojem poslovanju, i koja se tijekom toga poslovanja mijenja, a da istovremeno takvo osiguranje potraživanja ne ide na uštrb dužnikove mogućnosti raspolaganja opterećenom imovinom unutar redovnog poslovanja, tada je poželjno da te kvalitete i zadrži. U tome i jest njegova osebujnost jer je objekt stvarnog prava (na tuđoj stvari) dinamičan. A upravo su atributi tog objekta diktirali i pomalo čudnu konstrukciju samog instituta.⁹⁶ To stvarno pravo jest pravo prvenstvenog namirenja prije vjerovnika čija potraživanja nisu osigurana iz vrijednosti postignute prisilnom prodajom.⁹⁷ Realizacija tog stvarnog prava ne vezuje se nužno uz stečajni postupak, već se ostvaruje institucionalno posve nezavisno (*receivership*) i koegzistira sa stečajem. Ipak, *receiver* treba prilikom namirenja voditi računa o svim vjerovnicima koji se inače u stečaju namiruju ispred imaoca *floating charge*. (Izuzetak su vjerovnici čija potraživanja nisu osigurana.) Razlika prema stečaju je u tome što se *receiver* namiruje na način koji pogoduje vjerovniku. U stečaju se naprotiv uzimaju u obzir i interesi kompanije i neosiguranih vjerovnika. Postupanje u vjerovnikovom interesu tijekom *receivershipa* najpotpunije dolazi do izražaja kod izbora radnji prisilnog namirenja. Stoga i posebna varijanta izvršenja prodajom poduzeća kao uhodanog nije ništa drugo nego pokušaj potpunijeg i boljeg namirenja osiguranih vjerovnika. Superiornost položaja osiguranog vjerovnika odnosno osobe koja djeluje u njegovom interesu dolazi nadalje do izražaja kada stečaj i *receivership* vremenski kolidiraju. Stečajni je upravitelj dužan omogućiti namirenje osiguranih vjerovnika. Inače načelno visoko rangiranje *floating charge* stvarno je, ako nema zabrane kreiranja drugih sredstava osiguranja potraživanja, svedeno na pretposljednje mjesto.

⁹⁴DIAMOND, A.L., *op. cit.*, str. 85.

⁹⁵*Loc. cit.*

⁹⁶Kontinentalni komentatori ovog instituta tomače koncept *floating charge* na način da je vjerovnik *floating chargea* prije kristalizacije imalac obveznog, a nakon nje stvarnog prava. WENCKSTERN, M., *op. cit.*, str. 650.

⁹⁷Ako razlučno pravo razumijemo isključivo kao kategoriju stečajnog postupka, tada se ovo stvarno pravo ne bi moglo s njime poistovjetiti, jer se ono ostvaruje i izvan stečaja. Isto tako ako prihvatimo da je pravo namirenja samo zakonsko ili sudsko po svojoj osnovi, tada to ne bi bilo niti pravo namirenja, jer je ono u ovom slučaju ugovorne naravi. Vidi GARAŠIĆ, J., *Izlučna i razlučna prava u postupcima prisilne nagodbe stečaja i likvidacije*. Magistarski rad, Zagreb, 1992, str. 123 i 171.

Mnoge nedosljednosti proizlaze iz ambivalentnog položaja *receivera*. On je *ex lege* zastupnik kompanije, ali u svom djelovanju ponajprije vodi brigu o interesima vjerovnika.⁹⁸ S druge strane, iako u pravilu postavljen od vjerovnika, i to na temelju sporazuma o osiguranju, nije dužan poslovati po njegovim nalogima jer ima široku listu zakonskih ovlasti. Njegov pravni položaj je apsolutno zaštićen do otvaranja stečajnog postupka. Tek tada njegovu aktivnost mogu osporavati vjerovnici čija potraživanja nisu osigurana ili sam stečajni upravitelj. S druge strane, kompanija ga ne može otpustiti, a ovlasti svih dosadašnjih direktora temelje se na *receiverovoj* investituri. Nije u potpunosti jasan opseg njegove osobne odgovornosti, od koje se, iako mu je samim zakonom stavljena na teret, u pravilu može ograditi.⁹⁹

Na temelju iznesenog valja nam zaključiti da je *floating charge* izuzetno prilagođen za osiguranje kredita iz poslovne djelatnosti, ali da je potrebna i njegova koherentnija regulacija.

4. *Enterprise charge* prema Model-zakonu o osiguranju potraživanja Europske banke

Institut *enterprise charge* samo je jedna podvrsta *charge* (jedinственог права osiguranja potraživanja) Model-zakona.¹⁰⁰ Koncept *enterprise charge* Model-zakona pokazuje određene sličnosti s *floating charge*, ali su prisutne i značajne razlike.

Koje su sličnosti? Kao i kod *floating charge*, vjerovnik koji ima *enterprise charge* ima stvarno pravo namirenja na imovini dužnika, i to prije vjerovnika čija potraživanja nisu osigurana bilo u privatnom izvršnom postupku bilo u stečaju (čl. 1, čl. 22, čl. 31. MZ). Imovina kojom se potraživanje osigurava odnosi se na cjelokupnu imovinu kojom poduzeće posluje (čl. 5.6. MZ), a obuhvaća i buduću imovinu. Krug osoba koje se mogu pojaviti kao davaoci imovine u *enterprise charge* ograničen je na pravne osobe koje obavljaju poslovnu djelatnost (čl. 6.6. MZ), što odgovara shvaćanju engleskog prava da samo *companies*, ali ne i *partnerships* mogu biti dužnici kod *floating charge*. Daljnja sličnost je u tom što se svaki sporazum o *enterprise charge* treba registrirati (čl. 8. MZ),¹⁰¹ ali su formalnosti i učinci registracije različiti.

⁹⁸U literaturi se navodi da obilježja *receivershipa* u više točaka odstupaju od engleskog instituta zastupanja: *receiver* nema dužnost niti da djeluje u interesu svog principala (kompanije), niti da postupa po njegovim instrukcijama, a račune polaže vjerovniku. MILMAN, D., *op. cit.*, str. 660-663.

⁹⁹GOODE, R.M., *op. cit.* u bilj. 7, str. 702.

¹⁰⁰Struktura i instituti Model-zakona izloženi su u: ČULINOVIĆ-HERC, E., *Model zakon o osiguranju potraživanja Europske banke za obnovu i razvoj*, Aktualnosti 1994, str. 281-293.

¹⁰¹Englesko pravo predviđa rok od 21 dan, a Model-zakon rok od 30 dana.

U čemu su razlike? Dok se englesko pravo zadovoljava time da *floating charge* bude sadržan u ispravi koja je dokaz o postojanju duga (*debenture* ili *deed*), Model se zakon u pogledu formalnosti ugovora i registracije *enterprise charge* više oslanja na američki koncept *security interest* sadržan u čl. 9. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD. Stranke trebaju zaključiti ugovor o osiguranju potraživanja koji se naziva prema Model-zakonu *charging instrument*, a on odgovara pojmu *security agreement*¹⁰² čl. 9. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD. Nakon toga potrebno je, prema Model-zakonu, predati registracijsku izjavu ili *registration statement*, a ona odgovara pojmu *financial statement*¹⁰³ čl. 9. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD. U Model-zakonu propisani su bitni sastojci oba dokumenta i oni se podudaraju. Međutim, u praksi će *charging instrument* sadržavati odredbe koje se ne moraju reproducirati u registracijskoj izjavi (čl.8.4.2. MZ).¹⁰⁴

U pogledu učinka registracije razlika je fundamentalna. Dok englesko pravo razdvaja postizanje učinka *erga omnes* od reda prvenstva, pa je za određenje prvog mjerodavna registracija, a za drugog kristalizacija, prema Model-zakonu oba se učinka postižu registracijom. Može se stoga tvrditi da je time glavni nedostatak *floating chargea* otklonjen.

Sljedeća razlika odnosi se na gubitak prava raspolaganja opterećenom imovinom. Dok u engleskom pravu dužnik gubi pravo raspolaganja nastupom jednog od više kristalizirajućih događaja, prema Model-zakonu pravo raspolaganja dužnik gubi kada ne plati dug o dospjelosti (čl. 22.1. MZ). Imajući na umu da ta okolnost ne mora biti poznata trećim osobama koje posluju s dužnikom, Model-zakon predviđa dodatnu obvezu vjerovnika da dostavi dužniku obavijest o izvršenju (čl.22.2.MZ) kao i da je dade **zabilježiti u registru** (u roku 7 dana). Na taj način i treće osobe stječu mogućnost da se upoznaju s okolnošću da se na imovini dužnika provodi izvršenje (čl.22.4.1. MZ). Prema engleskom pravu treće se osobe mogu upoznati s kristalizacijom **tek zabilježbom imenovanja receivera**. Vjerovnik i prije registracije obavijesti o izvršenju može poduzeti zaštitne mjere na opterećenoj imovini, i on to u pravilu čini već prilikom dostave (23.1.MZ).

Na koji će način vjerovnik unovčiti imovinu poduzeća i namiriti svoje potraživanje, stvar je njegovog izbora, a na raspolaganju su mu dvije mogućnosti: obična prodaja imovine poduzeća nakon što je protekao rok 60 dana od dostave

¹⁰²Vidi čl.9-105(1) UCC.

¹⁰³Vidi čl. 9-402. UCC.

¹⁰⁴"... purpose of the security agreement is to create rights between debtor and creditor, and the purpose of financing statement is to create rights in the creditor against most of the rest of the world... Consequently, the financing statement does not typically contain many details of the underlying transaction. Such information as the amount of the loan and the time periods of repayment are not required to be included in the financing statement. If later curious party are to discover such details they must find them out from original parties and not the public record." WHALLEY, D.J., *Problems and Materials on Secured Transactions*, 3.izd., Boston-Toronto-London, 1993, str. 79.

obavijesti o izvršenju (čl. 24.1. MZ) ili prodaja poduzeća kao uhodanog (čl. 25.3. MZ). I u engleskom pravu postoje ove dvije varijante. U potonjem slučaju on imenuje *enterprise administratora*, čiji se pravni položaj bitno ne razlikuje od *receivera iz floating charge*.¹⁰⁵ Prodaja poduzeća kao uhodanog ne može se ni u jednom slučaju realizirati prije isteka roka 60 dana od dostave obavijesti o izvršenju (čl.25.18. MZ). *Enterprise administrator* ovlašten je predložiti da se izvršenje provede po običnom postupku (25.10.3.MZ), ali je ovlašten i na dijelu imovine poduzeća provesti izvršenje po običnom postupku, a na ostalom dijelu prodaju poduzeća kao uhodanog, što je izuzetak od pravila da se izvršenje ne može u isto vrijeme provoditi na oba načina (čl.25.20. MZ). To će u pravilu učiniti kada postoje "zdravi" dijelovi trgovačkog društva. Razlika u usporedbi s engleskim pravom leži u tome što kod *floating charge* dolazi do imenovanja *receivera* u oba slučaja, bilo da se poduzeće prodaje *on break-down basis* ili *on going concern basis*. Tvorci Model-zakona rukovodili su se, čini se, razlozima ekonomičnosti jer naknada *enterprise administratora* zauzima drugo mjesto u redu namirenja. Daljnja je razlika što englesko pravo detaljno regulira odgovornost *receivera* za novozaključene ugovore, dok to Model-zakon u potpunosti ispušta.

Dok je prema engleskom pravu *receiver* taj koji dijeli kupovnu cijenu prema zakonom utvrđenom redu prvenstva, Model-zakon tu predviđa sudjelovanje primaoca pologa (*proceeds depositary*) koji je ujedno i ovlaštenik razdiobe (čl.27. MZ). Njegovo sudjelovanje je predviđeno i kod obične prodaje poduzeća kao i kod prodaje poduzeća kao uhodanog, a imenuje ga vjerovnik. Izdvajanjem funkcije depozita i diobe kupovne cijene ostvarene su pretpostavke za nepristranu razdiobu, pa to rješenje valja pozdraviti.

U pogledu reda prvenstva Model-zakon predviđa nešto drukčije rangiranje vjerovnika nego što je ono predviđeno u engleskom pravu. Na prvom su mjestu troškovi i naknada primaoca pologa, što bi korespondiralo, prema engleskom pravu, isto rangiranim troškovima prodaje. Na drugom su mjestu naknada *enterprise administratora*, pa je i to isto kao i u engleskom pravu. Međutim, na trećem su mjestu potraživanja za naknadu štete zbog raskida ugovora kompanije od strane *enterprise administratora*. Englesko pravo, naprotiv, ta potraživanja tretira kao potraživanja koja nisu osigurana, pa se ona namiruju s ostalim neosiguranim potraživanjima. Zbog toga što se red prvenstva određuje registracijom, interno rangiranje osiguranih vjerovnika mnogo je jednostavnije nego u engleskom pravu, jer ne postoje instituti koji stvaraju jače pravo (*common law v. equity*). Privilegirana potraživanja namiruju se prije potraživanja osiguranih vjerovnika.

Model-zakon ne regulira situaciju u kojoj paralelno teku stečajni i privatni izvršni postupak. Ovo osjetljivo pitanje ostavljeno je za razradu nacionalnim zakonodavcima jer su odredbe stečajnog postupka prisilnopravne naravi. Da

¹⁰⁵Imenuje ga vjerovnik, njegovim imenovanjem prestaju dužnosti dotadašnjih direktora, brine se o prodaji poduzeća kao uhodanog i ovlašten je raskinuti ugovore koji kompaniji nameću kontinuiranu obvezu.

otvaranje stečajnog postupka neće utjecati na pravnu valjanost osiguranog potraživanja, čini se da u nas ne treba dvojiti, ali hoće li postupak privatnog izvršenja vjerovnika moći teći paralelno sa stečajem, kao što je to u engleskom pravu, otvoreno je pitanje.

Model je zakon u domeni stečajnog prava postavio samo načela kojih bi se trebalo držati. Jedno od njih je da lista onih vjerovnika koji imaju pravo prvenstva prema osiguranim vjerovnicima treba biti limitativna. Također se predlaže da se prava osiguranih vjerovnika mogu pobijati po istim kriterijima koji vrijede za sve ostale radnje stečajnog dužnika nastale neposredno prije stečaja. Osiguranom vjerovniku trebalo bi omogućiti da se namiri nezavisno od stečajnog postupka ili bi stečajnog upravitelja trebalo obvezati da osiguranog vjerovnika namiri na brz način i po poštenoj cijeni.

5. Zaključne napomene

Ako bi se u naš pravni sustav inkorporirao institut *enterprise charge* Model-zakona, naš bi se zakonodavac morao pozabaviti sljedećim pitanjima.

Prvo je pitanje vezano za probijanje *numerosa claususa* stvarnih prava uvođenjem, uvjetno rečeno, novog stvarnog prava namirenja iz vrijednosti unovčene imovine dužnika koja je predmet osiguranja potraživanja. Prihvatanjem tog načelnog opredjeljenja tek bi se stvorio pravni okvir, dok bi u operacionalizaciji tog koncepta trebalo riješiti i neka druga pitanja. Jedno od njih je definicija imovine kojom se potraživanje osigurava. Tu bi zakonodavac trebao odustati od zahtjeva da predmet kojim se potraživanje osigurava bude individualiziran, jer imovina na kojoj postoji *enterprise charge* u pravilu nije i ne može biti individualizirana. Ugovorno založno pravo, koje je institutu *enterprise charge* funkcionalno i pojmovno najbliže, inzistira na specijalnosti objekta založnog prava jer to pridonosi ostvarenju načela pravne sigurnosti. Odsutnost zahtjeva za individualizacijom kolidira prema sadašnjem stanju stvari i s propisima o zasnivanju sudske dobrovoljne hipoteke. Naime, kada se vjerovnikovo potraživanje osigurava sudskim osiguranjem potraživanja na temelju sporazuma stranaka zasnivanjem založnog prava na pokretnoj stvari (čl.251. ZIP), sud popisuje pokretne stvari, pa se tom radnjom i stječe založno pravo na pokretnini. Sljedeće obilježje založnog prava od kojeg bi trebalo odustati pri zalaganju pokretnina jest predaja stvari u posjed vjerovniku, a to dužnicima koji obavljaju komercijalnu djelatnost izaziva često nepremostive teškoće. Međutim, uvođenjem sudske dobrovoljne hipoteke to je obilježje *de facto* probijeno.

Zakonodavac bi se trebao opredijeliti i u pogledu pitanja mogu li se svi tipovi trgovačkih društava, odnosno svi oni koji se smatraju trgovcem (uključujući i trgovca pojedinca), koristiti blagodati *enterprise charge* ili bi njegovo polje primjene bilo ograničeno na društva kapitala. Ovu je odluku Model-zakon prepustio zakonodavcima, ali je njegov prijedlog restringirajući.

Daljnja potreba usklađivanja proizlazi odatle što je trgovačko društvo kao davalac imovine u *enterprise charge* ovlašten istom imovinom i slobodno

raspolagati u okviru redovnog poslovanja, što praktično znači da je može otuđiti dok to čini unutar redovnog poslovanja i dok ne nastupe razlozi zbog kojih osiguranje potraživanja ne postane izvršivo (nenamirenje o dospelosti).

Apsolutan bi novitet bilo uvođenje privatnog postupka izvršenja potraživanja na imovini poduzeća, i to institucionalizirano u funkciji i osobi *enterprise administratora*, koji djeluje kao privatni stečajni upravitelj dužnika, a radi namirenja potraživanja osiguranih vjerovnika. U našem pravnom sustavu postoji odredba prema kojoj založni vjerovnik iz ugovora u privredi može pristupiti prodaji založene stvari u roku od 8 dana ako dužnik ne namiri potraživanje o dospelosti (čl.981.st.1.ZOO). Međutim, u ostalim slučajevima vjerovnik treba ishoditi odluku suda o prodaji. Razlika u pravnom položaju založnog vjerovnika iz ugovora u privredi prema vjerovniku *enterprise charge* sastoji se u tome što je u prvom slučaju vjerovnik već u posjedu individualizirane založene stvari, dok vjerovnik *enterprise charge* treba tek ući u posjed, i to na cjelokupnoj imovini dužnika, koju tek treba individualizirati.

Iako je postupak namirenja osiguranog potraživanja privatn, tj. zasnovan na samopomoći vjerovnika, pravna zaštita dužnika ostvarena je postojanjem pravnih sredstava kojima se pred sudom može napadati prisilno izvršenje vjerovnika, i to preispitivanjem i materijalnopravnih i postupovnih obilježja (nepravilnosti i prekoračenje ovlaštenja). Međutim osporavanje materijalnopravne osnovanosti postupka izvršenja može biti predmet spora u parničnom postupku jedino ako se stekne više (kvalifikatornih) uvjeta. Postojanje sudske intervencije od iznimne je važnosti jer je to jedina točka kontrole privatnog postupka izvršenja, a opća bi ocjena mogla biti da je ona u pravoj mjeri dozirana.

Nadalje, pitanje je kakva bi bila korelacija privatnog postupka izvršenja i namirenja sa stečajnim postupkom, da li bi i u kojoj mjeri stečajni postupak konzumirao postupak privatnog izvršenja i namirenja ili bi bio dozvoljen njihov paralelan tijek.

U pogledu stečajnih načela, potrebu za kojima je Model-zakon transparentno istaknuo, naše tečajno pravo tu udovoljava postavljenim zahtjevima. Naime, otvaranje stečajnog postupka ne utječe na pravnu valjanost (dobrovoljnog) razlučnog prava bez obzira u koje je vrijeme nastalo,¹⁰⁶ osim ako je nastalo u vrijeme neposredno prije otvaranja stečajnog postupka te ako je razlučni vjerovnik znao ili trebao znati za nepovoljno financijsko stanje dužnika (čl.112.st.3. ZPNSL), a time se remeti ujednačeno namirenje ili se pojedini vjerovnici stavljaju u povoljniji položaj (institut pobijanja pravnih radnji dužnika u stečaju). S druge strane i tekst čl.117. ZPNSL otvara mogućnost dvojake interpretacije; odredba prema kojoj "otvaranje postupka ne utječe na izlučna i razlučna prava" može se shvaćati osim u materijalnopravnom i u procesnopravnom smislu, pa bi to za razlučne vjerovnike značilo da nisu dužni u stečajnom postupku ostvarivati svoje

¹⁰⁶DIKA, M., *Izlučna i razlučna prava*, Zbornik radova: Zaštita vjerovnika, Zagreb, 1994, str. 42.

potraživanje, već to mogu činiti i u posebnoj parnici.¹⁰⁷ U pogledu samog načina namirenja različni vjerovnik ne bi mogao utjecati na način unovčenja svoga razlučnog prava koje unovčava stečajni upravitelj. S obzirom na to da ne postoje posebna pravila o unovčenju "posebne mase", unovčenje obavlja stečajni upravitelj po uputama i pod nadzorom stečajnog suca, a po pravilima sadržanim u čl.131-136. ZPNSL.

I konačno, prihvaćanje instituta *enterprise charge* Model-zakona iziskivalo bi ustanovljenje registra osiguranih potraživanja. Kako se predlaže njegovo vođenje po kriteriju osobe dužnika, a dužnici bi bili neki ili svi subjekti trgovačkog prava, korisna bi bila funkcionalna veza tog registra s trgovačkim registrom, upravo zbog mogućnosti korištenja iste "banke podataka".

S u m m a r y

Edita Čulinović-Herc: Charging Company Assets - A Comparison of the English Floating Charge and the Enterprise Charge of the European Bank Model Law on Transaction Security

The legal systems of some countries provide for special transaction security instruments tailored exclusively to the requirements of companies. These instruments allow for mortgaging the property of the company in its entirety or to a substantial extent. Among the many examples found in comparative studies of legislation the English *floating charge* stands out with its specific character and sophistication. Although this is a highly distinctive institute, the basic propositions of the *floating charge* have been incorporated in the institute of the *enterprise charge* of the new European Bank Model Law on Transaction Security. The Model Law having been designed as a guide to the upgrading of Central and Eastern Europe legislation in the sphere of transaction security law, the institute of enterprise charge ought to be compared not only with its Anglo-Saxon original but also with the solutions present in national law. Therefore, the possible adoption of an institute such as the enterprise charge should be examined in great detail because the institute is not close to the tenets of continental law, although the makers of the Model Law have taken into account the need to coordinate the solutions available in continental and Anglo-Saxon Law. Nevertheless, it should be noted that - while displaying certain terminological and functional similarities - the floating charge and the enterprise charge do differ in several important points.

¹⁰⁷Tako Privredni sud Hrvatske u svojoj odluci Pž-3310/88 iz 1988. izričito kaže da se prijava razlučnog vjerovnika iz čl. 208. ZSPOUR '86 (koji po sadržaju odgovara čl.121. ZPNSL) odnosi na ona potraživanja koja nisu pokrivena različnim pravom te da različni vjerovnik nije dužan u stečajni postupak prijaviti potraživanje odnosno dio potraživanja koji je pokriven različnim pravom. Pregled sudske prakse br.41, br. odluke 169, str. 146. Vidi iscrpnu analizu tog problema kod GARAŠIĆ, J., *Izlučna i razlučna prava u postupcima prisilne nagodbe, stečaja i likvidacije*. Magistarski rad, Zagreb, 1992, str. 298-304.

First of all, the problematic concept of floating charge crystallization has been replaced by registration in the Model Law. Consequently, only the act and time of registration are relevant for assessing the legal effect of the enterprise charge with respect to third parties and for creditor ranking in the enforced settlement of the secured claim - through sales of the charged object. Moreover, the right of the debtor (company) to freely manage charged assets in its regular operation ends if the repayment of the debt to the creditor is delayed, and not in the occurrence of any events giving rise to crystallization. However, the legal regulation of the position of the *enterprise administrator* does not differ substantially from the regulation of the position of the *receiver* in English law. The enterprise administrator assumes the management of the company but also manages it in the interest of the secured creditor. He can sell the enterprise as a whole, or simply sell its property. The former option will depend on the chances of financial recovery of the company under consideration. However, while according to English law the creditor will always as a rule appoint a receiver, according to the Model Law the creditor may decide to proceed to the sale of company property through "ordinary" enforcement. The makers of the Model Law were obviously guided by the idea of avoiding unnecessary expenses and the receiver's fee. Another important difference refers to the existence of the *proceeds depositary* appointed to provide for the equitable distribution of the proceeds of the sale of the charged property. Such a solution tends to enhance the impartiality of enforcement which, just like in English law, is based on the idea of creditor self-help and minimum judiciary intervention. However, while English law allows for parallel receivership and winding-up, the Model Law leaves this issue open. Its makers were aware of the fact that private action in enforcing claims against debtor's property would require, in every country, an adjustment to the procedures governing bankruptcy, and that certain countries would not permit such a solution. As far as Croatian law is concerned, the adoption of the institute of enterprise charge would require amending several points in national legislation. This first of all refers to the introduction of a new real right of settlement against debtor's property, but property which is not strictly identified. This is not in accordance with the currently valid principle providing for the identification of the object of security or real right, a principle applied not only in Croatia but also in some other Eastern and Central European countries. The next novelty would involve the introduction of private action against property identified as security of the creditor's claim, and a consistent adjustment to regulations governing bankruptcy proceedings. Finally, it would also mean the introduction of a new register which would record the claim security charges affecting the debtor's property.