

др Вук РАДОВИЋ, LL.M.
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

ДИЛЕМЕ У ВЕЗИ СА ПОЈМОМ НЕИЗВРШЕНИХ ДВОСТРАНООБАВЕЗНИХ УГОВОРА У СТЕЧАЈУ*

Резиме

Правне последице отварања стечајног поступка на двостранообавезне уговоре у стечају представљају једну од најконфузнијих и најкомпликованијих области стечајног права, која у Србији није у довољној мери изучавана. У овом чланку аутор указује на одређене дилеме у вези са појмом неизвршених двостранообавезних уговора у стечају. Традиционално српско, а и континентално европско схватање, право избора стечајног управника везује за оне уговоре код којих оба сауговорача нису у целости испунила своје уговорне обавезе (тзв. обострано неизвршени двостранообавезни уговори). Премда у основи прихватљив, овакав приступ има значајне недостатке, о којима стечајни управник мора да води рачуна приликом вршења права на избор. Аутор је кроз критику постојећег решења указао на основне недоследности и могуће практичне проблеме у разумевању опсега појма неизвршеног двостранообавезног уговора. У раду је приказано и алтернативно (англосаксонско) схватање, отелотворено у појму извршних уговора, а које се и данас доминантно примењује у америчкој стечајној пракси. Аутор се и поред одређених предности америчке концепције извршних уговора, определио за задржавање постојећег решења.

* Рад представља прилог пројекту Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ – правни, економски, политички и социолошки аспекти (2009)“.

Кључне речи: двостранообавезни уговори, извршени и неизвршени уговори, извршни (егzekутивни) уговори, тест материјалне повреде уговора, функционални приступ, стечајни дужник, стечај.

I Уводне напомене

Током трајања стечајног поступка стечајни дужник је уговорна страна бројних двостранообавезних уговора. Стечајни поступак, као поступак колективног и равномерног намирења свих необезбеђених поверилаца стечајног дужника, може остварити своју сврху само ако обухвати сва права и обавезе стечајног дужника. Двостранообавезни уговори у том погледу не представљају изузетак. Међутим, за поједине врсте двостранообавезних уговора стечајно право прописује посебне правне последице. Будући да се различита правила примењују на различите врсте уговора, начелна анализа дејстава стечаја на двостранообавезне уговоре стечајног дужника није могућа.

Двостранообавезни уговори се у стечају могу делити према разноврсним критеријумима, од којих су три правно најрелевантнија:

1. према времену закључења сви двостранообавезни уговори се деле на претходне и накнадне;¹
2. према томе да ли су уређени општим или посебним стечајним правилима претходни двостранообавезни уговори се деле на уговоре који потпадају под општи и уговоре који потпадају под специфичан правни режим;²

1 Претходни двостранообавезни уговори су они уговори које су стечајни дужник и друга уговорна страна закључили пре тренутка наступања правних последица отварања стечајног поступка. Накнадни двостранообавезни уговори се могу дефинисати на два алтернативна начина: прво, као уговори које стечајни дужник закључи након наступања правних последица отварања стечајног поступка; и друго, као сви двостранообавезни уговори стечајног дужника који не потпадају под категорију претходних. За разлику од осталих подела које се везују само за претходне уговоре, ова подела обухвата све двостранообавезне уговоре стечајног дужника, те се у том смислу може сматрати основном и свеобухватном.

2 Двостранообавезни уговори под општим правним режимом чине резидуалну категорију. Да би се прецизно утврдило на које уговоре се примењује општи режим, мора се извршити енумерација свих уговора који потпадају под примену посебних правила. Општи режим се примењује на највећи број двостранообавезних уговора у стечајном поступку. Под специфичним правним режимом налазе се они уговори који су стечајним прописима посебно регулисани (на пример, уговор о раду, осигурању, кредиту, зајму, лиценци, лизингу, и сл.). На ове уговоре, општа правила се примењују супсидијерно, у оном делу који је остао непокривен специфичним одредбама.

3. према степену извршења уговорних обавеза, претходни двостранообавезни уговори се деле на извршене и неизвршене.

Стечајно право даје стечајном управнику овлашћење да прихвати или одбије извршење неких двостранообавезних уговора стечајног дужника. У теорији је оно познато као право стечајног управника на избор. Имајући у виду горе наведене поделе двостранообавезних уговора у стечају, право избора се односи само на: а) претходне двостранообавезне уговоре; б) двостранообавезне уговоре који потпадају под општи стечајноправни режим;³ и в) неизвршене двостранообавезне уговоре. За разлику од прва два критеријума (претходни карактер и општи режим) који су релативно једноставни за примену, последњи критеријум (неизвршеност уговора) може бити предмет различитих интерпретација, што утиче на домен примене права стечајног управника на избор. Предмет анализе овог рада чини ближе дефинисање појма неизвршених двостранообавезних уговора у односу на које стечајни управник има право избора. Из тог разлога ће се подела на извршене и неизвршене двостранообавезне уговоре за потребе овог рада третирати као основна.

II Извршени и неизвршени двостранообавезни уговори у стечају

Отварање стечајног поступка затиче стечајног дужника у различитим ситуацијама у погледу степена извршења закључених двостранообавезних уговора. Неки уговори су потпуно извршени, неки делимично, а постоје и уговори који су тек закључени и још нису почели да се извршавају.⁴ Из угла стечајноправних прописа правно је најрелевантнија и свеобухватна подела претходних двостранообавезних уговора према критеријуму извршености уговорних обавеза од стране оба сауговорача у тренутку отварања стечајног поступка. У том смислу уговори се деле на извршене и неизвршене.

1. Извршени двостранообавезни уговори

Извршени двостранообавезни уговори у стечају обухватају уговоре који су у тренутку отварања стечајног поступка над једном уговор-

3 Право избора стечајног управника се може у некој модификованој форми односити и на оне уговоре који су стечајним прописима посебно регулисани. У којој мери се правила о праву избора примењују и на те уговоре зависи од конкретне правне норме.

4 Слично види: Стеван Шогоров, „Дејство отварања стечајног поступка на уговоре и потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 1983, стр. 191.

ном страном у потпуности извршени. Према томе, уговорни однос између стечајног дужника и сауговарача се угасио пре наступања правних последица отварања стечајног поступка. Начин гашења уговорног односа (на пример, исплата, депоновање дуговане ствари, продаја дуговане ствари, пребијање, и сл.) је без значаја за правну квалификацију једног уговора као потпуно извршеног у стечају.

У тренутку отварања стечајног поступка извршени двостранообавезни уговори не представљају ни право ни обавезу за стечајну масу. Због тога правне последице отварања стечајног поступка не утичу на ове правне послове,⁵ „јер су они настали и престали пре дана отварања стечајног поступка“.⁶ Једини изузетак би био у случају да су извршењем уговора од стране стечајног дужника испуњени услови за примену Паулијанске тужбе у стечају.⁷ Међутим, и тада правне последице отварања стечајног поступка на ове уговоре не делују непосредно, јер је неопходно да стечајни управник или поверилац покрену парнични поступак којим захтевају побијање правне радње стечајног дужника.⁸ Усвајањем тужбеног захтева двостранообавезан уговор остаје на снази, али ће сауговарач бити у обавези да врати сву имовински корист стечену извршењем уговорне обавезе од стране стечајног дужника.⁹

2. Неизвршени двостранообавезни уговори

Двостранообавезни уговори који до тренутка отварања стечајног поступка нису извршени се могу поделити на: уговоре које је једна уговорна страна испунила у целости и уговоре које ниједна уговорна

5 Види: Ulrich Föerste, *Insolvenzrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 4. Auflage, 2008, стр. 108; Јован Гуцуња, *Правно регулисање поверилачко-дужничких односа у случају престанка организација удруженог рада*, докторска дисертација, Нови Сад, 1980, стр. 268–269; Гордана Станковић, Невена Петрушић, *Стечајно процесно право*, Службени лист СЦГ, Београд, 2006, стр. 135–136; Милена Јовановић Zatlilla, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Досије, Београд, 2007, стр. 82.

6 Вељко Вучетић, *Коментар Закона о санацији и престанку организација удруженог рада*, Информатор, Загреб, 1981, стр. 173.

7 Види: Јован Гуцуња, *нав. дело*, стр. 268–269; Вељко Вучетић, *нав. дело*, стр. 173; Стеван Шогоров, *нав. чланак*, стр. 191; Зоран Арсић, „Дејство отварања стечајног поступка на двострано обавезне уговоре“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине – часопис за правну теорију и праксу*, бр. 2/1982, стр. 1; Томица Делибашић, „Правна судбина неизвршених уговора након отварања стечаја“, *Судска пракса*, бр. 5/91, стр. 75; Гордана Станковић, Невена Петрушић, *нав. дело*, стр. 136.

8 Види: Зоран Параћ, „Утјецај отварања стечаја на правне послове“, *Привреда и право*, бр. 1–2/1988, стр. 79.

9 Види: Закон о стечајном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 84/2004, даље у фуснотама: Закон о стечају), чл. 108(2).

страна није испунила у целости.¹⁰ Прво ће бити изложене стечајноправне последице отварања стечајног поступка на једнострано неизвршене двостранообавезне уговоре стечајног дужника, а након тога ће бити више речи о обострано неизвршеним двостранообавезним уговорима.

а) Једнострано неизвршени двостранообавезни уговори

Једнострано неизвршени двостранообавезни уговори су они уговори које је само једна уговорна страна извршила у целости, без обзира да ли је реч о стечајном дужнику или сауговарачу. Ови уговори нису предмет специфичне стечајноправне регулативе.¹¹ На њих се примењују општа правила стечајног поступка,¹² а зависе од тога која је уговорна страна (сауговарач или стечајни дужник) извршила своју уговорну обавезу у целости.¹³

1) Сауговарач је извршио уговорну обавезу у целости

У ову категорију спадају они двостранообавезни уговори код којих је друга уговорна страна на дан наступања правних последица отварања стечајног поступка у потпуности извршила своје уговорне обавезе, за разлику од стечајног дужника који то није учинио. За сврставање у ову групу довољно је да стечајни дужник и само делимично није извршио своју уговорну обавезу.¹⁴ Овакав двостранообавезан уговор овлашћује сауговарача, а обавезује стечајног дужника. Према томе, испуњењем уговорне обавезе у целини од стране сауговарача, двостранообавезни уговор губи карактер двостране обавезности¹⁵ и претвара се у једнострану обавезу стечајног дужника.¹⁶ Друга уговорна страна се ни по чему

10 Види: Зоран Параћ, *нав. чланак*, стр. 79–80; Владимир Чоловић, Недељко Милијевић, *Стечајни поступак*, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука, 2004, стр. 75.

11 Види: Мило Стевановић, *Приручник за стечајне управнике*, USAID, Београд, 2005, стр. 125.

12 Види: Walter Zimmermann, *Insolvenzrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 4. Auflage, 2001, стр. 72.

13 Према неким ауторима, када једна уговорна страна у целости испуни своју уговорну обавезу, уговор за њу више не представља обавезу, тако да он губи карактер двостране обавезности. Види: Srećko Zuglia, *Prinudna likvidacija (stečaj) privrednih organizacija*, Zagreb, 1956, стр. 25.

14 Правно су изједначене ситуације у којој стечајни дужник није у целости извршио своју уговорну обавезу са ситуацијом када он то није учинио само делимично.

15 Види: Dimitar Machiedo, *Грађанскоправни и остали učinci otvaranja stečajnog postupka*, Split, 1965, стр. 20.

16 Види: Јован Гуцуња, *нав. дело*, стр. 256.

не разликује од било ког другог стечајног повериоца.¹⁷ Она је обавезна да пријави своје потраживање у стечајном поступку, као и сваки други стечајни поверилац, при чему ће проценат наплате зависити од утврђене стечајне квоте.¹⁸ Према томе, друга уговорна страна не може да намири своје потраживање од дужника над којим је отворен стечајни поступак ван правила која важе за намирење поверилаца у стечају.¹⁹

Како је овде реч о обичном стечајном потраживању, нема смисла говорити о праву стечајног управника на избор.²⁰ Два су основна разлога за прихватање оваквог става, а заснована су на неправичним и за стечајно право нелогичним последицама прихватања, односно одбијања извршења оваквог двостранообавезног уговора од стране стечајног управника.

(а) Шта би се десило у случају да стечајни управник прихвати извршење уговора? Потраживање сауговорача би се из непривилегованог, четвртог исплатног реда конвертовало у потраживање које се наплаћује пре свих осталих стечајних поверилаца.²¹ Прихватањем уговора потраживање друге уговорне стране постаје обавеза стечајне масе, те би требало да намирује одмах након трошкова стечајног поступка, а пре поверилаца првог исплатног реда.²² На тај начин, прихватањем уговора

17 Види: Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Harvard University Press, 1986, стр. 106.

18 Види: Walter H. Rechberger, Mario Thurner, *Insolvenzrecht*, 2. überarbeitete Auflage, WUV Universitätsverlag, Wien, 2004, стр. 35; Ulrich Föerste, *нав. дело*, стр. 108; Walter Zimmermann, *нав. дело*, стр. 72; Радомир Д. Лукић, *Основи стечајног права с поступком за принудно поравнање ван стечаја*, Футур, Београд, 1939, стр. 18; Dimitar Machiedo, *нав. дело*, стр. 20; Михајло Велимировић, *Престанак организација удруженог рада*, Нови Сад, 1977, стр. 130; Јован Гуцуња, *нав. дело*, стр. 256; Ратимир Кашанин, Ратибор Нешковић, Иванка Лекић, *Коментар Закона о санацији и престанку организација удруженог рада*, Савремена администрација, Београд, 1981, стр. 281; Томица Делибашић, *нав. чланак*, стр. 75; Слободан Спасић, у: Гордана Илић-Попов, Небојша Јовановић, Јован Јовановић (уредници), *Приручник за стечајне управнике*, Intermex, Београд, 2006, стр. 237; Милена Јовановић Zatilla, Владимир Чоловић, *нав. дело*, стр. 82–83.

19 Види: Вељко Вучетић, *нав. дело*, стр. 173.

20 Види: Vern Countryman, „Executory Contracts in Bankruptcy: Part I“, *Minnesota Law Review*, бр. 57/1973, стр. 456; Thomas H. Jackson, *нав. дело*, стр. 106.

21 Види: Vern Countryman, *нав. чланак*, стр. 451–452.

22 Позитивноправна стечајна регулатива у Србији намеће друкчији закључак. Наиме, потраживања друге уговорне стране из прихваћених двостранообавезних уговора се намирују као трошкови стечајног поступка, тј. спадају у први исплатни ред (види: Закон о стечају, чл. 35, 74(4)). Сва потраживања која спадају у први исплатни ред се намирују равномерно (принцип равноправности унутар исплатног реда), због чега постојеће решење разликовање трошкова стечајног поступка и обавеза стечајне масе чини излишним. Оправдање за прављење разлике између трошкова стечајног поступка и обавеза стечајне масе постоји само онда када се трошкови намирују пре поверилаца стечајне масе (види: Вук Радовић, „Стечајни исплатни

стечајни управник је непосредно и директно привилеговао једног стечајног повериоца, што је у супротности са начелом једнаког третмана и равноправности стечајних поверилаца у стечајном поступку. Такође, одлука стечајног управника да прихвати извршење уговора извршеног само од стране стечајног дужника би само изузетно могла бити корисна за стечајну масу, те се и са тог аспекта она не би могла оправдати.²³

(б) Шта би се десило у случају да стечајни управник одбије извршење уговора? Основна правна последица одбијања извршења је у томе да сауговорач може остварити своје потраживање због неиспуњења уговора као стечајни поверилац.²⁴ Управо то исто право он има и у случају да се стечајном управнику онемогући право на избор, те је ова опција сувишна.

Као закључак се може извести следеће: не постоји право избора стечајног управника у вези са двостранообавезним уговорима извршеним од стране сауговорача,²⁵ јер би евентуално прихватање таквог уговора нарушило принцип равноправности и једнаког третмана стечајних поверилаца, а евентуално одбијање не би променило правни положај друге уговорне стране.

2) Стечајни дужник је извршио уговорну обавезу у целости

У другу категорију једнострано неизвршених уговора спадају они двостранообавезни уговори код којих је стечајни дужник на дан насту-

редови“, *Актуелна питања савременог законодавства*, Будва, 2005, стр. 176). *Pro futuro* би постојећу регулативу требало унапредити у четири правца: прво, треба направити разлику између трошкова стечајног поступка и обавеза стечајне масе; друго, између њих треба успоставити однос хијерархије у исплати, у смислу да се прво намирују трошкови стечајног поступка, а по њиховом потпуном намирењу обавезе стечајне масе; треће, трошкове стечајног поступка и обавезе стечајне масе не треба сврставати у стечајне исплатне редове, јер нису стечајна потраживања; и четврто, потраживања сауговорача из прихваћеног двостранообавезног уговора треба сврстати у категорију обавеза стечајне масе, чиме добијају административни приоритет у наплати у односу на стечајне повериоце.

23 О стандарду корисности за стечајну масу, као најзначајнијем материјалном ограничењу права на избор стечајног управника, више види: Michael T. Andrew, „Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding ‘Rejection’“, *University of Colorado Law Review*, бр. 59/1988, стр. 895–896; Charles Jordan Tabb, *The Law of Bankruptcy*, The Foundation Press, New York, 1997, стр. 586–588; Вук Радовић, „Ограничења права стечајног управника на избор у вези са двостранообавезним уговорима“, *VI Традиционално саветовање правосуђа „Вршац 2009“ – Стечај и приватизација*, Београд, 2009, стр. 248–250.

24 Види: Закон о стечају, чл. 74(2).

25 Супротно види: Гордана Станковић, Невена Петрушић, *нав. дело*, стр. 136. Према овим ауторкама, друга уговора страна може да пријави своје потраживање у стечајном поступку само ако стечајни управник „одбије испуњење“.

пања правних последица отварања стечајног поступка у потпуности извршио своје уговорне обавезе, а друга уговорна страна то није макар и делимично учинила. У оваквој ситуацији друга уговорна страна је дужна да у потпуности изврши своју уговорну обавезу у свему како она гласи, као да није ни дошло до отварања стечајног поступка.²⁶ Стечајни управник овде нема право избора, а једино му преостаје да тражи испуњење уговора од стране сауговорача. Овакав уговор рађа само права за стечајну масу, због чега нема смисла говорити о праву стечајног управника на избор.²⁷

Поред права да захтева испуњење уговора од стране сауговорача, стечајни управник може, уколико су испуњени законом прописани услови, да побија правну радњу извршења уговорне обавезе од стране стечајног дужника, учињену пре отварања стечајног поступка.

б) Обострано неизвршени двостранообавезни уговори

Обострано неизвршени двостранообавезни уговори су уговори које ниједна уговорна страна у тренутку наступања правних последица отварања стечајног поступка није испунила у целости. Оба сауговорача имају обавезу да изврше своје уговорне обавезе (у целости или делимично), односно имају право да захтевају извршење обавезе од друге уговорне стране (у целости или делимично). Према томе, за обострано неизвршене двостранообавезне уговоре је карактеристично да представљају мешавину неостварених права и неизвршених обавеза стечајног дужника. Ако један од ових саставних елемената недостаје (неостварена права или неизвршене обавезе), двостранообавезан уговор се не сматра обострано неизвршеним.

Основно је правило да отварање стечајног поступка нема утицаја на постојање права и обавеза уговорних страна обострано неизвршеног двостранообавезног уговора.²⁸ Ови уговори остају на снази и после

26 Види: Walter H. Rechberger, Mario Thurner, *нав. дело*, стр. 35; Ulrich Föerste, *нав. дело*, стр. 108; Walter Zimmermann, *нав. дело*, стр. 72; Dimitar Machiedo, *нав. дело*, стр. 20; Михајло Велимировић, *нав. дело*, стр. 130; Јован Гуцуња, *нав. дело*, стр. 256; Вељко Вучетић, *нав. дело*, стр. 173; Стеван Шогоров, *нав. чланак*, стр. 191; Зоран Арсић, *нав. чланак*, стр. 3; Зоран Параћ, *нав. чланак*, стр. 79; Томица Делибашић, *нав. чланак*, стр. 75; Михајло Дика, *Правне последице отварања стечајног поступка*, Народне новине д.д., Загреб, 2002, стр. 68; Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд, 1999, стр. 606.

27 Види: Thomas H. Jackson, *нав. дело*, стр. 107. Слично види: Мило Стевановић, *нав. дело*, стр. 126.

28 Види: Зоран Арсић, *нав. чланак*, стр. 2.

отварања стечајног поступка, без обзира што нису испуњени.²⁹ Међутим, чињеница да стечајни поступак аутоматски не производи дејства на обострано неизвршене двостранообавезне уговоре не значи да се ови уговори у стечају испуњавају на начин прописан општим правилима уговорног права.³⁰ Напротив, права и обавезе уговорних страна у великој мери зависе од избора који изврши стечајни управник, односно од тога да ли прихвата или одбија извршење уговора. Због тога се у теорији ови уговори називају „лебдећи“, „висећи“ или „пендентни“, јер се у тренутку отварања стечајног поступка не зна каква ће права и обавезе производити.³¹

Основна разлика између једнострано и обострано неизвршених двостранообавезних уговора је у следећем: на обострано неизвршене двостранообавезне уговоре се примењују посебна правила стечајног права о праву стечајног управника на избор, док ово право стечајни управник нема када је реч о једнострано неизвршеним двостранообавезним уговорима, већ се на ове уговоре примењују општа стечајна правила. Разлог за специфичан правни третман сауговарача из обострано неизвршених двостранообавезних уговора треба тражити у потреби да се, са једне стране, заштити уговорни партнер стечајног дужника, а са друге стране, да се заштити стечајна маса.³² У регулативи овог питања се пошло од очигледне штете и неправде коју би општа стечајна правила проузроковала другој уговорној страни.³³ Наиме, сауговарач би, према општим правилима, био у обавези да изврши своју уговорну обавезу према стечајној маси, а заузврат би пријавио своје потраживање у стечајном поступку као стечајни поверилац. Отуда би, према редовном току ствари, друга уговорна страна своју обавезу извршила у целости, а од стечајног дужника би добила само проценат противчинидбе, и то у висини стечајне квоте.³⁴ Према томе, општа стечајна правила од сауговарача очекују потпуно извршење уговорних обавеза, док стечајна маса неће бити спремна да то исто учини.

29 Види: Јован Гуцуња, *нав. дело*, стр. 252; Стеван Шогоров, *нав. чланак*, стр. 191.

30 Овде је реч о двостранообавезним уговорима под општим стечајноправним режимом, јер на неке уговоре који се налазе под посебним стечајним режимом, стечајни поступак производи *ex lege* дејства (на пример престанак уговора о осигурању у случају стечаја осигуравача).

31 Види: Велизар Ј. Митровић, *Стечајно право с нарочитим освртом на српско законодавство*, Државна штампарија Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, 1926, стр. 141; Srećko Zuglia, *нав. дело*, стр. 25; Јован Гуцуња, *нав. дело*, стр. 252.

32 Види: Ulrich Förste, *нав. дело*, стр. 109; Михајло Дика, *нав. дело*, стр. 64.

33 Види: Велизар Ј. Митровић, *нав. дело*, стр. 143.

34 Види: Walter Zimmermann, *нав. дело*, стр. 72.

III Теоријске и законске дефиниције обострано неизвршеног двостранообавезног уговора

Претходна излагања су показала значајне правне последице сврставања једног уговора у категорију обострано неизвршених. Ова глава је посвећена анализи неких теоријских концепција везаних за одређење појма ових уговора, као и законодавним начинима дефинисања обострано неизвршених двостранообавезних уговора.

1. Теоријске концепције

Бројни теоретичари су покушали да дају одговор на комплексно питање појма обострано неизвршених двостранообавезних уговора у стечају. Неспорно је да ови уговори обухватају оне уговоре код којих обе уговорне стране нису у целости извршиле своје обавезе, али није довољно јасно колики је степен неизвршења уговорних обавеза једне уговорне стране довољан да би се обавеза сматрала неизвршеном. У даљем тексту биће приказана нека од схватања која су извршила снажан утицај на законодавна решења, судску праксу и теорију.

а) Vern Countryman – појам извршних (егzekутивних) уговора

Професор *Vern Countryman* је у своја два позната чланка изложио први смислен, модеран и прагматичан концепт о обострано неизвршеним двостранообавезним уговорима у стечају.³⁵ Он је развио појам тзв. егzekутивних (извршних) уговора (енг. *executory contracts*) и то само за потребе права стечајног управника да прихвати или одбије извршење двостранообавезног уговора.³⁶ Професор *Countryman* је из оптике посматрања искључио оне двостранообавезне уговоре који су у знатној мери извршени од стране стечајног дужника или друге уговорне стране. Према овој концепцији, егzekутивни уговори се дефинишу као уговори код којих обе уговорне стране (стечајни дужник и друга уговорна страна) у тој мери извршиле нису своје уговорне обавезе, да би неизвршење преосталог дела представљало материјалну повреду уговора, која би другој уговорној страни давала право да на раскид уговора због неизвршења.³⁷ Овај тест за утврђивање егzekутивности уговора који је увео професор *Countryman* је у америчкој теорији и

35 Види: Vern Countryman, *нав. чланак*, стр. 439–491; Vern Countryman, „Executory Contracts in Bankruptcy: Part II“, *Minnesota Law Review*, бр. 58/1974, стр. 479–567.

36 Види: Vern Countryman, „Executory Contracts in Bankruptcy: Part I“, стр. 450.

37 *Ibid.*, стр. 460.

судској пракси познат као тест материјалне повреде уговора (енг. *the material breach test*).

Преведена на термине који су препознатљивији Закону о облигационим односима³⁸ дефиниција извршних уговора би гласила: извршни уговори су уговори закључени пре момента отварања стечајног поступка над једном од уговорних страна, код којих ниједна уговорна страна није извршила или није у знатној мери извршила своју уговорну обавезу. То би практично значило да свака од уговорних страна има право на раскид уговора због неизвршења, у случају да друга уговорна страна не изврши преостали део своје обавезе.³⁹

б) *Michael T. Andrew – критички осврт на Contryman-ово схватање извршних уговора*

Професор *Michael Andrew* је у свом револуционарном чланку из 1988. године подвргао оштрој критици схватање професора *Countryman*-а, сматрајући да је читав концепт извршних уговора погрешно постављен.⁴⁰ Он је у својој бриљантној анализи пошао од идеје по којој, када стечајни управник одбије извршење двостранообавезног уговора, дефиниција егзекутивног уговора нема стечајноправног значаја. Без обзира да ли је уговор егзекутиван или није, резултат је исти: друга уговорна страна има право да пријави своје потраживање у стечају као необезбеђени поверилац, а стечајни управник нема право избора. Дефинисање егзекутивности има значаја само у случају да стечајни управник прихвати извршење уговора, јер се прихватањем другој уговорној страни даје приоритет у наплати, а то подразумева наплату пре необезбеђених поверилаца.⁴¹ Због заштите стечајних поверилаца и интегритета стечајне масе важно је утврдити услове које мора да испуњава уговор да би био прихваћен од стране стечајног управника. Професор *Andrew* је извршио редефинисање појма извршних уговора, сматрајући под њима уговоре који испуњавају два услова: 1) стечајни дужник и друга уговорна страна имају неизвршене уговорне обавезе и 2) ако стечајни дужник не изврши преостали део своје обавезе, неће имати право да захтева извршење од друге уговорне стране.⁴² Ова де-

38 Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85 и 45/89 (даље у фуснотама: ЗОО).

39 Дефиниција извршних уговора посредно је извучена из члана 131 ЗОО по коме „се уговор не може раскинути због неиспуњења незнатног дела обавезе“.

40 Michael T. Andrew, „Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding ‘Rejection’“, стр. 845–932.

41 Michael T. Andrew, „Executory Contracts Revisited: A Reply to Professor Westbrook“, *University of Colorado Law Review*, бр. 62/1991, стр. 8–9.

42 Види: Michael T. Andrew, „Executory Contracts in Bankruptcy: Understanding ‘Rejection’“, стр. 893.

финиција је веома слична *Countryman*-овој, с том разликом што се не ослања на институт раскида уговора због неизвршења, већ на приговор неиспуњења уговора (лат. *exceptio non adimpleti contractus*). Она из оптике посматрања оправдано искључује опцију одбијања извршења уговора, те извршне уговоре посматра искључиво кроз опцију прихватања извршења (енг. *the exclusionary approach*).

в) *Jay L. Westbrook и Morris G. Shanker – извршни уговори као сувишан појам*

Професор *Jay Westbrook* је пошао од идеја професора *Countryman*-а и *Andrew*-а, при чему је у анализу продубио новим проблемима из којих је извукао корисне закључке.⁴³ Он је предложио елиминисање појма извршних уговора, које је назвао правилом без разлога (енг. *rule without a reason*). Нема потребе да егzekутивност уговора буде услов за коришћење права стечајног управника на избор. Увођењем појма егzekутивности читава ова сложена материја постаје мистичнија и тежа за разумевање. Зашто ограничавати стечајног управника да може одбити извршење само оних уговора који су егzekутивни, тј. које обе уговорне стране нису извршиле у одређеној мери? *Westbrook* сматра да за тим нема никакве потребе, а то је и покушао да покаже на неколико интересантних примера.

*Стечајни дужник као купац.*⁴⁴ Један од примера је везан за неизвршење споредне уговорне обавезе од стране друге уговорне стране. Стечајни дужник је закључио уговор о куповини одређене количине поврћа од другог лица по утврђеној цени. Влада је открила смртоносни вирус који напада то поврће и прописала да се његова продаја може вршити само ако је прати гаранција квалитета издата од стране продавца. У случају да је друга уговорна страна (продавац) извршила своју основну уговорну обавезу (испоручила уговорену врсту, количину и квалитет поврћа), по дефиницији овај уговор не може бити егzekутиван, што значи да стечајни управник не може одбити његово извршење. Међутим, поврће које је стечајни управник добио и које представља саставни део стечајне масе нема никакву вредност, јер се не може продати на тржишту без гаранције квалитета. У овој ситуацији оправдано је запитати се зашто стечајном управнику не дати право да прихвати извршење овог уговора, ако би то било корисно за стечајну масу (на пример, купопродајна цена износи 10.000 динара, а цена на тржишту је знатно виша – 20.000 динара, из чега произлази да би прихватањем уговора стечајна

43 Види: Jay Lawrence Westbrook, „A Functional Analysis of Executory Contracts“, *Minnesota Law Review*, бр. 74/1989, стр. 227-338.

44 Види: Jay Lawrence Westbrook, *нав. чланак*, стр. 288-292.

маса могла да заради на разлици, јер би тада друга уговорна страна била у обавези да преда гаранцију, а дужник да плати свега 10.000 динара).

Стечајни дужник као продавац. Други пример је везан за неизвршење обавезе стечајног дужника (друга уговорна страна плати цену, а стечајни дужник не преда робу). Другој уговорној страни је предмет купопродајног уговора (поврће вредно 10.000 динара) неопходно ради извршења знатно веће уговорне обавезе из неког другог уговора. Ако она ту своју уговорну обавезу не изврши, купац из другог уговора ће уговор раскинути због неизвршења и захтевати високу накнаду штете (на пример, 100.000 динара). При овим околностима стечајни управник ће размишљати на следећи начин: прихватање извршења уговора о продаји поврћа са купцем би значило да ће из стечајне масе морати да се преда поврће вредно 10.000 динара, али ће се у исто време избећи пријава потраживања у вредности од 100.000 динара, која би уследила ако стечајни управник одлучи да одбије извршење уговора. Стечајни управник мора да има у виду оријентационо колика је стечајна квота (проценат у коме ће се намиривати необезбеђена потраживања), јер ће одлука зависити од њене висине. У случају да стечајна квота износи 20%, а управник одбије извршење уговора, потраживање на име накнаде штете (100.000 динара) би било исплаћено у износу од 20.000 динара. Ако стечајна квота износи 5%, одустајањем од уговора стечајна маса би за пријављено потраживање накнаде штете платила 5.000 динара. У оба случаја, стечајни управник има опцију да прихвати извршење уговора и обавезе стечајну масу да испоручи робу у вредности од 10.000 динара. Ако је процењена стечајна квота 20%, стечајном управнику се више исплати да прихвати извршење (20.000 динара је веће од 10.000 динара), док у ситуацији када је стечајна квота 5% управник ће оптирати за одустајање од уговора (10.000 динара је веће од 5.000 динара).⁴⁵ Читава ова анализа је бесмислена ако се прихвати концепт егzekутивних уговора. Из примера се јасно види да уговор између стечајног дужника и друге уговорне стране није егzekутиван (сауговарац је у целости извршио своју уговорну обавезу), па би прихватањем схватања *Countyman-a* или *Andrew-a* стечајни управник био онемогућен у свом праву да прихвати или одбије извршење уговора, што би било неповољно за стечајну масу и друге необезбеђене повериоце, због којих је уосталом и смишљен појам извршних уговора.

Професор *Westbrook* је творац тзв. функционалног (прагматичног) приступа двостранообавезним уговорима у стечају. По његовом схватању егzekутивност уговора се не може утврђивати само према узајамним обавезама уговорних страна, већ се морају узети у обзир и циљеви

45 Види: Jay Lawrence Westbrook, *нав. чланак*, стр. 292–294.

стечаја (на пример, нови финансијски почетак за стечајног дужника), што је по приступу професора *Countryman*-а било у другом плану.⁴⁶

Професор *Morris Shanker* сматра да је погрешан приступ фокусирање на питање да ли је уговор извршан. Уместо тога, пажња треба да се посвети питању да ли стечајни дужник има будуће уговорне обавезе које дају право стечајном управнику да прихвати или одустане од извршења уговора. Професор *Shanker* тврди да је питање будућих обавеза друге уговорне стране ирелевантно.⁴⁷

г) Закључно о теоријским концепцијама

Приказане теоријске концепције појма неизвршених двострано-обавезних уговора су настале у САД, земљи која питањима двострано-обавезних уговора у стечају посвећује највећу пажњу. Међусобна размимоилажења теоретичара показују тешкоће око дефинисања значења стечајноправно релевантне неизвршености уговорних обавеза из двостранообавезног уговора. Схватање професора *Countryman*-а је због своје убедљивости и једноставности постало доминантно на америчком континенту. Међутим, оно је међувремену било изложено бројним критикама. Професори *Andrew*, *Westbrook* и *Shanker* су указали на опасности са којима се сусреће коришћење прецизно дефинисаних обострано неизвршених двостранообавезних уговора. Они су показали једностраност таквог приступа, као и да се њиме непотребно, потенцијално на штету стечајне масе и стечајних поверилаца, сужава право избора стечајног управника.

2. Законске дефиниције

Упоредна законодавства у основи на два начина дефинишу неизвршене двостранообавезне уговоре на које се примењује право стечајног управника на избор.

а) Прва група стечајних законодавстава прихвата концепцију професора *Countryman*-а, што значи да се посебна правила у вези са правима стечајног управника да прихвати или одбије извршење уговора везују се само за оне двостранообавезне уговоре, код којих ниједна уговорна страна није или није у знатној мери извршила своју уговорну обавезу. На овај начин се двостранообавезни уговори, код којих једна

46 Види: Arnold M. Quittner, *Executory Contracts*, Practicing Law Institute, Commercial Law and Practice Course Handbook Series, Nov-Dec 2001, стр. 486-501.

47 Види: Morris G. Shanker, „Bankruptcy Asset Theory and Its Application to Executory Contracts“, *Annual Survey of Bankruptcy Law*, 1992, стр. 97-102.

од уговорих страна није извршила своју обавезу и то само у незнатној мери, изједначавају са оним уговорима код којих је једна уговорна страна извршила своју обавезу у целости, што значи да се на њих не примењује посебан правни режим. Овакав приступ је карактеристичан за САД и Црну Гору. Стечајни законик САД помиње појам извршних уговора, али их не дефинише, већ то питање препушта судској пракси и правној теорији.⁴⁸ Због тога не треба да чуди да се највећи број расправа о појму обострано неизвршених двостранообавезних уговора води на америчком континенту. Америчка судска пракса доминантно прихвата тест професора *Countryman-a*, али постоји и велики број судских одлука које одступају од овог схватања, примењујући неку варијанту прагматичног приступа двостранообавезним уговорима у стечају.⁴⁹ За разлику од САД, Црна Гора је дефиницију извршних уговора професора *Countryman-a* инкорпорисала у своје законско решење.⁵⁰

б) Друга група стечајних законодавстава права стечајног управника на избор везују за оне двостранообавезне уговоре, код којих ниједна од уговорних страна није или није у потпуности извршила своју уговорну обавезу. По овим законодавним решењима довољно је да обе уговорне стране нису извршиле макар и незнатан део својих уговорних обавеза, па да се уговор третира као обострано неизвршен, тј. да повлачи са собом право стечајног управника да се изјасни о датом уговору. Овакву концепцију прихватају Немачка, Аустрија, Хрватска, Република Српска, Босна и Херцеговина, Дистрикт Брчко, Македонија.⁵¹

На другом крају се налазе правни системи која не познају потребу за дефинисањем појма двостранообавезних уговора у стечају. Разлози

48 Види: амерички Стечајни законик (*U.S. Bankruptcy Code*) из 1978. године, § 365.

49 Види: David G. Epstein, Steve H. Nickles, James J. White, *Bankruptcy*, WEST Group, St. Paul, Minn., 1993, стр. 231–232; Charles Jordan Tabb, *нав. дело*, стр. 579.

50 Црногорски Закон о инсолвентности привредних друштава (*Службени лист РЦГ*, бр. 6/2002, даље у фуснотама: ЗОИ) у члану 44(1) предвиђа да „управник може раскинути или потврдити сваки уговор, укључујући и уговоре о закупу непокретности и друге дугорочне уговоре, у случају да ниједна уговорна страна није извршила или у знатној мери извршила уговор“.

51 Види: немачки Инсолвенцијски закон (*Insolvenzordnung*, даље у фуснотама: InsO) из 1994. године, чл. 103(1); аустријски Стечајни закон (*Konkursordnung*, даље у фуснотама: КО) из 1997. године, чл. 21(1); хрватски Стечајни закон (*Народне новине*, бр. 44/96, 29/99, 129/2000, 123/2003, 82/2006, даље у фуснотама: СЗ) из 1996. године, чл. 110(1); Закон о стечајном поступку Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/2002, даље у фуснотама: ЗСП Републике Српске), чл. 65; Закон о стечајном поступку Федерације Босне и Херцеговине (*Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 29/03; даље у фуснотама: ЗСП БиХ), чл. 65; Закон о стечају, принудном поравнању и ликвидацији (*Службени гласник Дистрикта Брчко*, бр. 1/2002, даље у фуснотама: ЗСППД Дистрикта Брчко), чл. 59(1); македонски Закон за стечај (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 34/2006, даље у фуснотама: ЗЗС), чл. 112(1).

за непостојање специфичне регулативе за двостранообавезне уговоре су двојаки:

а) они могу бити одраз неразвијености стечајног права једне земље, какав је био случај са Србијом пре доношења Стечајног закона из 1929. године;⁵² или

б) они могу представљати одраз прихватања друкчије концепције права стечајног управника на избор. У ову групу законодавстава спадају Енглеска, Аустралија, Нови Зеланд, Малезија, Нигерија.⁵³ Стечајни управник у овим системима има овлашћење да одустане, односно да се одрекне тзв. оптерећујуће (онерозне) имовине (енг. *onerous property*) која улази у састав стечајне масе. Оптерећујућа имовина се дефинише тако да, између осталог, обухвата и непрофитабилне уговоре. Уговор је непрофитабилан ако би трошкови извршавања уговорних обавеза од стране стечајног дужника највероватније превазишли користи које би стечајна маса добила заузврат.⁵⁴ Према томе, стечајни управник може да одустане од двостранообавезних уговора који су из угла стечајне масе неповољни.⁵⁵

IV Појам обострано неизвршеног двостранообавезног уговора у српском стечајном праву

Традиционално српско стечајно право, оличено у Стечајном закону из 1929. године, је прихватало и тада и данас доминантну концепцију појма обострано неизвршеног двостранообавезног уговора, по којој се право избора стечајног управника примењује на уговоре које у време отварања стечаја ни стечајни дужник ни друга страна нису још никако испунили или га ниједан од њих није сасвим испунио.⁵⁶ Каснији, последратни стечајни прописи су се у знатној мери ослањали на ову концепцију. Међутим, за разлику од Стечајног закона, они ниси садржали дефиницију обострано неизвршеног двостранообавезног уговора, већ су

52 Види: Велизар Ј. Митровић, *нав. дело*, стр. 144.

53 Види: енглески Инсолвенцијски закон (*Insolvency Act*) из 1986. године, чл. 178; аустралијски Инсолвенцијски закон (*Insolvency Act*) из 1966. године, чл. 133; новозеландски Инсолвенцијски закон (*Insolvency Act*) из 2006. године, чл. 117; малезијски Стечајни закон (*Bankruptcy Act*) из 1967. године, чл. 59; нигеријски Стечајни закон (*Bankruptcy Act*) из 1990. године, чл. 56.

54 Види: Robert Pennington, *Pennington's Corporate Insolvency Law*, second edition, Butterworths, 1997, стр. 151.

55 Више види: Ian F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, Sweet & Maxwell, London, 1996, стр. 604–606; Roy M. Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law*, second edition, Sweet & Maxwell, 1997, стр. 127–131; Robert Pennington, *нав. дело*, стр. 151–158.

56 Види: Стечајни закон из 1929. године, § 21(1).

само говорили о правном третману двостранотеретних уговора стечајног дужника, закључених пре отварања стечајног поступка.⁵⁷ Због тога је у теорији настао спор око тумачења опсега права стечајног управника на избор. Једна група аутора се залагала за примену језичког тумачења, по коме су се правила о прихватању или одбијању извршења уговора од стране стечајног управника примењивала и на уговоре код којих је једна уговорна страна у потпуности извршила своју уговорну обавезу (једнострано неизвршени двостранообавезни уговори).⁵⁸ Други аутори су поменуто одредбу тумачили системски, закључујући да се право избора стечајног управника не примењује у случају да је једна уговорна страна испунила своју уговорну обавезу у целости,⁵⁹ те би супротно тумачење било противно неким основним начелима стечајног права.⁶⁰

Поменуто теоријску еквилибристику је прекинуо важећи Закон о стечајном поступку, који прецизно дефинише обострано неизвршене двостранообавезне уговоре, као уговоре које стечајни дужник и његов сауговарач до покретања стечајног поступка нису у целости или делимично извршили.⁶¹ Прихваћеном концепцијом Србија се у исто време вратила својим коренима и сврстала у упоредноправно најзаступљенији систем.

Основна запажања у вези са српским појмом обострано неизвршених двостранообавезних уговора су следећа:

1. Стечајни управник има право да прихвати или одбије извршење сваког двостранообавезног уговора који није у целости извршен од стране оба сауговарача. Степен неизвршења уговорних обавеза је за постојање права избора ирелевантно, због чега су могуће различите комбинације (на пример, да обе уговорне стране нису у целости извр-

57 Види: Закон о санацији и престанку организација удруженог рада из 1986. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 71/1986, даље у фуснотама: ЗОСПОУР 1986), чл. 195(1); Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији из 1989. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93, 28/96, даље у фуснотама ЗППСЛ), чл. 108(1). У том погледу изузетак представља Закон о санацији и престанку организација удруженог рада из 1980. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 41/1980, исправка 58/80, даље у фуснотама: ЗОСПОУР 1980), који је прописивао да стечајни управник може одустати од уговора, „осим ако је која уговорна страна у целини испунила своју обавезу“ (чл. 157(1)).

58 Види: Мирко Васиљевић, *Привредна друштва*, Удружење правника у привреди СРЈ, Београд, 1999, стр. 583.

59 Види: Ивица Јанковец, *Привредно право*, четврто измењено и допуњено издање, *Службени лист СРЈ*, Београд, 1999, стр. 221; Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *нав. дело*, стр. 606.

60 Види: Томица Делибашић, *нав. чланак*, стр. 75.

61 Види: Закон о стечају, чл. 74(1). Нацрт Стечајног закона, о коме се тренутно води јавна расправа, не мења поменуто дефиницију двостранотеретног уговора.

шили своје обавезе, да једна уговорна страна није извршила обавезе у целости, а друга само делимично, да су обе уговорне стране делимично извршиле своје уговорне обавезе).⁶² У том смислу се истиче и да неизвршење споредних уговорних обавеза може водити примени права избора.⁶³ Међутим, то не значи да различити степени извршења уговорних обавеза неће имати значаја за одлуку стечајног управника.

2. Ако су стечајни дужник и/или сауговорач у целости извршили своју уговорну обавезу, примењују се општа правила стечајног права. Одговор на питање када се сматра да је извршена уговорна обавеза треба тражити у примени општих правила грађанског права.⁶⁴ Небитно је да ли је уговорна страна била обавезана на испуњење, као и начин испуњења.⁶⁵ У Немачкој се издавање менице или чека третира као давање ради испуњења, што значи да се уговорна обавеза не сматра извршеном.⁶⁶

3. За правну квалификацију двостранообавезног уговора као обострано неизвршеног није од значаја због чега стечајни дужник и сауговорач нису испунили своје обавезе, као и да ли је за неиспуњење крива нека од уговорних страна.⁶⁷

4. Двостранообавезан уговор у односу на који стечајни управник има право избора мора бити закључен пре тренутка наступања правних последица отварања стечајног поступка,⁶⁸ тј. мора спадати у категорију тзв. претходних двостранообавезних уговора. У том смислу није одлучујућа чињеница у ком часу је пре отварања поступка уговор закључен, што значи да он може бити закључен и непосредно пре наступања правних последица стечаја.⁶⁹

5. Релевантан тренутак за оцену да ли је уговор обострано неизвршен је моменат наступања правних последица отварања стечајног поступка.⁷⁰ У том тренутку се врши пресек и оцењује да ли су оба са-

62 Слично види: Вељко Вучетић, *нав. дело*, стр. 173.

63 Види: Harald Kroth, у: Eberhard Braun (Hrsg.), *Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, стр. 531.

64 Види: Франја Горшић, *Коментар Стечајног закона*, Геца Кон а.д., Београд, 1934, стр. 113.

65 Види: Михајло Дика, *нав. дело*, стр. 68.

66 Види: Harald Kroth, у: Eberhard Braun (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 531. Супротно види: Михајло Дика, *нав. дело*, стр. 68.

67 Види: Harald Kroth, у: Eberhard Braun (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 531; Михајло Дика, *нав. дело*, стр. 68.

68 Види: Ратимир Кашанин, Ратибор Нешковић, Иванка Лекић, *нав. дело*, стр. 281.

69 Види: Dimitar Machiedo, *нав. дело*, стр. 20.

70 Види: Harald Kroth, у: Eberhard Braun (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 531.

уговарача испунила своје обавезе. При том, за оцену када је уговорна обавеза испуњена, није релевантан тренутак предузимања те радње, већ тренутак наступања њених последица.⁷¹ Накнадно испуњење уговорне обавезе не може променити квалификацију једног уговора као обострано неизвршеног за сврхе стечајног поступка.

V Критика српске концепције обострано неизвршених двостранообавезних уговора

Иако је српско схватање појма обострано неизвршених двостранообавезних уговора у складу са упоредним тенденцијама, оно има неколико иманентних недостатака. Право стечајног управника на избор, иако замишљено као начин отклањања неправичних резултата, може у одређеним ситуацијама да погодује несавесна лица. Примера ради, стечајни дужник је пре отварања стечајног поступка закључио два двостранообавезна уговора са лицима А и Б, а у оба уговора сауговарачи су били у обавези да први изврше своје уговорне обавезе (на пример, обавеза авансног плаћања). Лице А је поступајући као добар привредник извршило своју обавезу, док је лице Б, предосећајући надолazeћи стечај, одбило да благовремено изврши своју престацију. Отварањем стечајног поступка сауговарачи А и Б нису у равноправном положају. Лице А ће због свог савесног понашања бити санкционисано, јер ће своје потраживање према стечајном дужнику морати да пријави као стечајни поверилац, што уобичајено подразумева низак степен намирења. Супротно њему, сауговарач Б се налази у знатно повољнијој ситуацији, јер његов правни положај зависи од тога да ли ће стечајни управник прихватити или одбити извршење тог уговора. У сваком случају, у обе опције он пролази боље од сауговарача А. На тај начин се под велом заштите интереса сауговарача фаворизују „неуредни и несавесни дужници на штету осталих уредних и савјесних испуњавача преузетих обавеза“.⁷² Да ли стечајно право на овај начин жели да упуту поруку свим уговорним странама у двостранообавезним уговорима да први не извршавају своје обавезе према дужницима који се налазе на ивици стечаја? Да ли овде важи опаска по којој „ко први испуни, то чини на сопствени ризик“?⁷³

Дефинишући обострано неизвршене двостранообавезне уговоре као уговоре код којих оба сауговарача нису у целости испунила своје обавезе, закон не прави разлику између „ситуације када ниједна страна

71 Види: Михајло Дика, *нав. дело*, стр. 68.

72 Srećko Zuglia, *нав. дело*, стр. 25.

73 Ulrich Föerste, *нав. дело*, стр. 108.

није никако испунила уговор од ситуације када су једна или обе стране делимично испуниле своју уговорну обавезу“.⁷⁴ У пракси то може створити значајне проблеме, јер ове ситуације не могу бити једнако третиране. Релативно је једноставна ситуација када ниједна уговорна страна није ни започела са извршењем својих уговорних обавеза. Међутим, правно су знатно комплекснији случајеви делимичног извршење обавеза једне или обе уговорне стране. Тада се отвара низ спорних питања о којима нема потпуне сагласности у правној литератури (на пример, могућност пребијања извршених давања, правно дејство одустајка од извршења уговора, и сл.).⁷⁵

Српска концепција двостранообавезног уговора пати од још једног недостатка, а тиче се нарушавања принципа равноправности стечајних поверилаца. Наиме, може се десити да је сауговарач стечајног дужника у знатном делу извршио своју уговорну обавезу, а да стечајни дужник није ни започео са извршењем или је то учинио у незнатном делу. Стечајни управник би и у овој ситуацији имао право да прихвати извршење уговора, а то значи да ће сауговарач имати право на потпуно намирење. Проблем је у томе што се друга уговорна страна, због незнатног карактера преостале дуговане обавезе, суштински не разликује од било ког другог стечајног повериоца који ће бити намирен до висине стечајне квоте. У овој ситуацији се показују предности које има концепција извршних уговора професора *Countryman-a*. На срећу Србије и других држава са сличном концепцијом обострано неизвршених двостранообавезних уговора, проблем о коме је овде реч је отклоњивог карактера. Наиме, стечајном управнику је дато овлашћење да прихвати извршење уговора, без обзира на степен неизвршености уговорних обавеза сауговарача, ако оцени да је то у интересу стечајне масе. Због тога је веома важно да се у перспективи развијају стандарди поступања стечајног управника приликом вршења права на избор, како би се спречила самовоља и правна несигурност.⁷⁶

На крају је потребно извршити и одређена правно-техничка прецизирања појма „двостранотеретних уговора“. Правна теорија класификује уговоре према различитим критеријумима.⁷⁷ Уговори се према

74 Види: Томица Делибашић, *нав. чланак*, стр. 77.

75 Више види: *Idem*.

76 Више о материјалним ограничењима права на избор стечајног управника види: Вук Радовић, „Ограничења права стечајног управника на избор у вези са двостранообавезним уговорима“, стр. 246-252.

77 Више види: Михајло Константиновић, *Облигационо право (према белешкама са предавања професора др. М. Константиновића)*, Савез студената Правног факултета, Београд, 1958, стр. 25-33; Слободан Перовић, *Облигационо право – књига прва*, сед-

односу права и обавеза уговорних страна деле на једностранообавезне и двостранообавезне уговоре, са једне стране, односно теретне и доброчине уговоре, са друге стране. Једностранообавезни (једностранни, једностранообавезујући) уговори су они уговори који стварају обавезе само за једну уговорну страну. Супротно томе, двостранообавезни (двострани, двостранообавезујући, синалагматички) уговори стварају обавезе за обе уговорне стране. Због узајамности права и обавеза свака уговорна страна се код ових уговора истовремено јавља и као поверилац и као дужник.⁷⁸ Право избора стечајног управника се односи само на двостранообавезне уговоре, јер они из угла стечајне масе представљају у исти мах и право и обавезу стечајног дужника. Једнака вредност давања уговорних страна није неопходан услов.⁷⁹ Непримена права избора стечајног управника на једностранообавезне уговоре се у савременој литератури не доводи у питање.⁸⁰

За разлику од поделе на једнострано– и двостранообавезне уговоре, код којих је акценат на узајамности обавеза, подела на теретне и доброчине уговоре се врши према узајамности користи.⁸¹ Теретни уговор (уговор са накнадом, онерозни уговор, наплатни уговор) је онај уговор у коме страна која нешто добија из уговора даје накнаду за корист коју добија, док доброчини уговор (лукративни уговор, уговор без надокнаде, бесплатни уговор) подразумева да уговорна страна не даје никакву накнаду за користи које од друге стране добија.⁸² Подела на теретне и доброчине уговоре има сличности са поделом на једнострано– и двостранообавезне уговоре, али се између њих не може ставити знак једнакости. Сви двостранообавезни уговори су без изузетка и теретни, због чега ће обострано неизвршени теретни уговори у стечајном поступку највећим делом бити обухваћени правом стечајног управника на избор. Међутим, то не значи да сви неизвршени теретни уговори попадају под режим права на избор. Одступања су могућа у два правца: прво, сваки теретни уговор није у исто време и двостранообавезни; и друго, неки једностранообавезни уговори могу бити и теретни и доб-

мо издање, Службени лист СФРЈ, Београд, 1990, стр. 190–244; Јаков Радишић, *Облигационо право – опти део*, шесто издање, Номос, Београд, 2000, стр. 122–140.

78 Види: Михајло Констатиновић, *нав. дело*, стр. 25; Слободан Перовић, *нав. дело*, стр. 197–198; Јаков Радишић, *нав. дело*, стр. 125.

79 Види: Harald Kroth, у: Eberhard Braun (Hrsg.), *нав. дело*, стр. 529.

80 Види: Walter Zimmermann, *нав. дело*, стр. 73; Ратимир Кашанин, Ратибор Нешковић, Иванка Лекић, *нав. дело*, стр. 280.

81 Види: Слободан Перовић, *нав. дело*, стр. 204.

82 Види: Михајло Констатиновић, *нав. дело*, стр. 26; Слободан Перовић, *нав. дело*, стр. 203.

рочини, зависно од воље уговорних страна.⁸³ Неспорно је да се право избора стечајног управника не односи на добротине уговоре, јер они из угла стечајне масе представљају или право или обавезу, а никада и једно и друго. Међутим, када је реч о теретним уговорима, право на избор стечајног управника постоји само у односу на оне теретне уговоре који су исто време и обостранообавезујући. Чини се да је законодавац имао слично размишљање у виду када је право на избор везао за појам „двостранотеретних уговора“. Чак и ако се стави на страну чињеница да српска теорија уговорног права не познаје појам двостранотеретних уговора, јасно је да њих треба тумачити као двостранообавезне. Због тога би правнотеоријски било доследније и прецизније користити термин двостранообавезни уговори.⁸⁴

VI Закључак

Прецизно одређивање појма обострано неизвршеног двостранообавезног уговора у стечају пати од једног инхерентног недостатка: свака дефиниција је подложна критици. Данас су у упоредном праву присутне две концепције: англосаксонска и континентално-европска. Англосаксонска концепција, оличена у појму извршних уговора, доводи до непотребних теоријских расправа и читав концепт двостранообавезних уговора у стечају чини знатно компликованијим. Због тога америчка теорија и пракса све чешће коригују концепт извршних уговора увођењем прагматичног приступа, чиме се долази до правичнијих резултата, а правна несигурност је цена која се плаћа. Имајући наведено у виду, чини се да решење треба тражити у једноставнијем приступу: дозволити стечајном управнику да прихвати или одбије извршење сваког двостранообавезног уговора, зависно од тога да ли је он за стечајну масу користан. Све двостранообавезне уговоре треба делити на оне код којих је макар и једна од уговорних страна у потпуности извршила своју уговорну обавезу и оне код којих обе уговорне стране макар и делимично нису извршиле своје уговорне обавезе (тзв. континентално-европски приступ). Само друга категорија уговора може да буде предмет права избора стечајног управника. Овако широко дефинисани уговори дају стечајном управнику велика овлашћења, која могу водити и бројним злоупотребама. Због тога је нужно да се развија институт одговорности стечајних управника, како би они у будућности водили рачуна првенствено о заштити стечајне масе, али не на штету принципа равноправности стечајних поверилаца.

83 Види: Јаков Радишић, *нав. дело*, стр. 127.

84 Слично види: Зоран Арсић, *нав. чланак*, стр. 4.

Vuk RADOVIĆ, Ph.D, LL.M.

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

DILEMMAS ABOUT THE MEANING OF UNEXECUTED TWO-SIDED CONTRACTS IN BANKRUPTCY

Summary

One of the most confusing, difficult and misunderstood areas in bankruptcy law is that of unexecuted two-sided contracts. In this article, the author points out certain dilemmas concerning the meaning of unexecuted two-sided contracts in bankruptcy. Traditionally, Serbian and continental European bankruptcy laws, apply the trustee's right of choice to those contracts where both contracting parties haven't fulfilled their contractual obligations in toto (mutually unexecuted two-sided contracts). Although generally acceptable, this approach has significant flaws, and bankruptcy trustees must bear them in mind while executing their rights to reject or to assume the contract. The author gives critical analysis of de lege lata bankruptcy regulation, by showing most important misconceptions and possible practical problems in understanding the full meaning of unexecuted two-sided contract. Beside the continental European, this article has presented the alternative (Anglo-Saxon) approach, well-known by the term executory contract, dominantly applied in American bankruptcy practice. Although the American conception of executory contracts, well-known as the material breach test, has certain benefits, the author has made a case in favor of keeping the existing legislative solution.

Key words: *two-sided contracts, executed and unexecuted contracts, executory contracts, material breach test, functional approach, bankruptcy debtor, bankruptcy.*