

Гордана АЈНШПИЛЕР ПОПОВИЋ
судија Привредног апелационог суда

МОГУЋНОСТ КОМПЕНЗАЦИЈЕ У ТОКУ СТЕЧАЈА

Резиме

Према три различита закона по којима се стечајни послодавци воде могућности компензације различито је регулисана: од законске обавезне компензације (Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији), преко изостанка одговарајућих одредаба што је условило заузимање ставова судске праксе (Закон о стечајном послодаву), до дозвољене и ограничено могуће компензације, али само уз изјаву стечајног повериоца, и уз приписани послодавац (Закон о стечају).

Кључне речи: *компензација, стечај, Закон о стечају, престанак обавезе, стечајни поверилац.*

Компензација је један од начина престанка обавезе. Она може бити уговорна, законска и судска.

Уговорну компензацију дефинише Закон о облигационим односима и то одредбама од члана 336 до члана 343. Према члану 336 Закона о облигационим односима, дужник може пребити потраживања која има према повериоцу са оним што овај потражује од њега, ако оба потраживања гласе на новац или друге заменљиве ствари истог рода и исте каквоће и ако су оба доспела.

Према члану 337 Закона о облигационим односима, пребијање не настаје чим се стекну услови за то, него је потребно да једна страна изјави другој да врши пребијање. После изјаве о пребијању сматра се да је пребијање настало оног часа кад су се стекли услови за то. Самим давањем изјаве о компензацији, односно пребоју, сходно цитира-

ним одредбама члана Закона о облигационим односима, сматра се да је дошло до пребоја међусобних потраживања са даном њиховог сусрета, односно са даном доспелости касније доспелог потраживања, па се са наведеним даном и гасе међусобна потраживања странака до износа нижег потраживања.

Законска компензација је, међутим, ситуација у којој се самим законом прописује пребој међусобних потраживања повериоца и дужника, па долази до гашења међусобних потраживања у висини нижег од њих, такође даном њиховог сусрета.

Судска компензација је пребој међусобних потраживања парничних странака који врши суд, својом одлуком у спору. До судске компензације долази по окончаном парничном поступку у коме је истакнут компензациони приговор или поднета компензациона противтужба. То су ситуације у којима је потраживање које се ставља у пребој спорно, а некада су спорна потраживања обе парничне странке, па управо стога у судском парничном поступку који је једна од странака започела са жељом да се наплати, односно намири, суд прво утврђује постојање међусобних потраживања, потом врши њихов пребој до износа нижег од њих, док ће о преосталом износу (за који се дуг није због пребоја угасио) судском одлуком суд мериторно одлучити.

І Компензација и стечај

Стечај је судски поступак колективног намирења поверилаца инсолвентног дужника и то по законом прописаним правилима. Како је циљ стечајног поступка намирење поверилаца, а компензација је један од начина престанка обавезе, то се у судској пракси стално постављало питање: да ли и у току стечајног поступка обавеза може престати компензацијом, односно да ли је компензација могућа у стечају.

Сходно цитираним члановима који дефинишу појам компензације, компензација је могућа само ако између повериоца и дужника постоје истородна међусобна и доспела потраживања која би се могла пребојем угасити. То значи да би и у случају стечаја између стечајног повериоца и стечајног дужника морала постојати таква потраживања да би се уопште могла разматрати могућност гашења истих путем компензације.

Специфичности самог стечајног поступка и посебна правила којим се он води, диктирају, међутим, модификовано размишљање о начину престанка обавезе компензацијом и примену наведеног института, односно оцену могућности његове примене.

II Закони који се примењују код стечаја

Стечајни поступци су се до 3.2.2005. године водили по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији (ЗППСЛ), а од наведеног датума се исти примењује само на окончање оних стечајева у којима до наведеног датума (3.2.2005. године – као дана почетка примене Закона о стечајном поступку), није донета одлука о уновчењу имовине, односно стечајне масе стечајног дужника и иста уновчена више од 50%, док се у свим другим случајевима за спровођење и окончање стечаја примењују одредбе Закона о стечајном поступку, који је означеног датума почео да се примењује.

Оваква паралелна примена закона који регулишу стечајну материју предвиђена је прелазним и завршним одредбама члан 185 Закона о стечајном поступку, којим је регулисано његово ступање на снагу и његова примена, па је стога у судској пракси један значајан број предмета и по почетку примене Закона о стечајном поступку наставио да се води по одредбама Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, док је један број предмета који је до тада вођен по том поступку и том закону прешао да се води по Закону о стечајном поступку.

Примена новог Закона о стечају регулисана је прелазним и завршним одредбама истог, односно члановима од 207 до 212. Према истима за све стечајне поступке који су у току, на дан почетка примене новог Закона, предвиђено је да се наставе и окончају по прописима који су важили до дана почетка примене новог Закона о стечају.

Нови Закон о стечају ступио је на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику“; односно 23.12.2009. године, а почео да се примењује 30 дана од дана ступања на снагу односно 23.1.2010. године. Даном почетка примене Закона о стечају престаје да важи Закон о стечајном поступку (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 84/04 и 85/05) уз назнаку да ће се исти примењивати на поступке стечајева који су у току на дан почетка примене новог закона, до њиховог окончања.

Овакав плурализам закона по којима се стечајни поступци воде, али и другачија решења у погледу многих института које је дао Закон о стечајном поступку у односу на Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији и које је предвидео Закон о стечају унео је многе дилеме у судску праксу. Неке од тих дилема решене су кроз праксу, али се у погледу неких спорних питања и данас, чак, иако су заузети одређени ставови надлежних судова, јављају другачија мишљења. Једно од таквих питања је и питање могућности компензације у поступку стечаја.

Сходно изнетом, тренутно се стечајни поступци воде по три различита Закона (Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, Закон о стечајном поступку и Закон о стечају) зависно од времена када су исти покренути – отворени, па је потребно упоредно правно анализирати могућност компензације у стечајевима који се воде по тим различитим законима.

III Компензација по ЗППСЛ

Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији компензација је била регулисана одредбама чл. 105–107. Члан 105 Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији у оквиру поглавља: „пребијање потраживања“, предвиђао је да је у стечајном поступку дозвољено пребијање потраживања поверилаца са против потраживањем дужника. Такође је предвиђено да се потраживања која су се до дана отварања стечајног поступка могла пребити, сматрају пребијеним и не пријављују се у стечајну масу.

Према ставу 3 истог члана пребијају се и потраживања, односно противпотраживања која нису доспела на дан отварања стечајног поступка као и потраживања или противпотраживања која не гласе на новчани износ. Пребити су се могла и условна потраживања, ако то одобри стечајно веће. Стечајно веће је могло пребијање ових потраживања условити полагањем обезбеђења од стране поверилаца.

Повериоци чија се потраживања пребијају, дужни су према ЗППСЛ да о пребијању извести стечајног управника. Ако поверилац не извести стечајног управника, одговоран је за штету и настале трошкове.

Институт компензације у стечају наведеним ЗППСЛ – регулисан је и члановима 106 и 107 којима су регулисана ограничења. Чланом 106 је наведено да пребијање није допуштено ако је потраживање уступљено (цедирано), повериоцу за последњих шест месеци, пре дана отварања стечајног поступка, а поверилац је знао или је морао да зна, да је дужник постао неспособан за плаћање или да је против њега поднесен предлог за отварање стечајног поступка. Једини изузетак су потраживања у вези са извршењем неизвршених уговора или потраживања на успешном побијању правног посла дужника.

Последња одредба која је регулисала пребијање потраживања у стечају Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији је одредба члана 107 којом је изричито предвиђено да се потраживања од дужника која су настала пре дана отварања стечајног поступка не

могу пребити са потраживањем стечајне масе које је настало после дана отварања тог поступка.

Имајући у виду цитиране одредбе, евидентно је да је Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији у случају стечаја прописивао обавезну законску компензацију за сва потраживања која су доспела до дана отварања стечаја, те да је стога иста наступала по самом закону, а то значи да није била потребна изјава воље, односно компензациона изјава, било које од уговорних страна, односно ни стечајног дужника ни његовог повериоца.

Тако стечајни поверилац није ни имао потребе и обавезе да пријављује своје потраживање у стечају свог дужника, јер је исто било угашено пребојем који је наступио по самом закону. Његова је обавеза била само обавештење стечајног управника о пребоју. Пребој по самом закону наступао је као једна од законских последица покретања стечајног поступка, а то значи да је до пребоја и гашења међусобних потраживања долазило оног тренутка када су наступале правне последице покретања стечаја над једном од странака – над стечајним дужником, односно сходно одредбама истог ЗППСЛ од дана када је решење о отварању стечаја истакнуто на огласну таблу суда, јер је управо тај тренутак означен као тренутак када наступају све правне последице покретања стечаја.

На основу цитираних норми Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, које су врло детаљно регулисале питање могућности компензације у току стечајног поступка, судска пракса није имала већих проблема у њиховој примени, а ни мишљења теоретичара и практичара нису се значајније разликовала. Компензација у стечају била је не само дозвољена и могућа већ и обавезна по самом закону у случају постојања међусобних доспелих и истородних потраживања у тренутку наступања правних последица стечаја, односно са даном истицања огласа о отварању поступка стечаја на огласној табли стечајног суда.

IV Компензација по Закону о стечајном поступку

Закон о стечајном поступку ниједним чланом није дефинисао нити прописао могућност компензације у поступку стечаја. То је свакако одмах створило дилему у пракси може се рећи да су се издвојила три доминантна мишљења.

Према првом мишљењу, Закон о стечајном поступку је *lex specialis* и с обзиром да он није предвидео ма какву посебну одредбу, којом би се регулисало питање компензације у стечају, сходно општим правилима, потребно је применити норму општег закона, а то значи Закона

о облигационим односима, који регулише питање могућности и услове компензације међусобних потраживања. Стога, иако законом није ни поменута (с обзиром да није забрањена) компензација међусобних потраживања је дозвољена и могућа и у току трајања стечајног поступка. Ради се наравно о уговорној компензацији, односно могућности да се компензација изврши по давању компензационе изјаве од стране једне од уговорних страна, а не о обавезној законској компензацији, као што је раније била Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији предвиђена као обавезна, јер је таква компензација могућа само ако је изричито законом предвиђена, а то без дилеме у Закону о стечајном поступку није случај, јер он не садржи ниједну норму такве садржине. У складу са изнетим, могла би да се изврши и судска компензација у случају подношења компензационог приговора или компензационе противтужбе.

Друго мишљење је потпуно супротно. Према овом мишљењу компензација се у току стечаја не може извршити, никада и то ни законска ни уговорна, а ни судска, јер таква могућност Законом о стечајном поступку није предвиђена, а сама компензација као начин престанка обавезе, супротна је основним циљевима и принципима стечајног поступка. Циљеви стечајног поступка недвосмислено су намирење поверилаца, али је основни принцип стечајног поступка њихово равномерно намирење. Сходно одредбама Закона о стечајном поступку повериоци нижег исплатног реда могу се намирити само када буду намирени повериоци претходних, виших исплатних редова у целости, а све то с обзиром да су чланом 35 сви повериоци сврстани у четири исплатна реда. Поред наведеног важи и принцип да се сви повериоци истог исплатног реда могу намирити само у једнаким процентима и под једнаким условима, што је основни принцип стечајног поступка и дефинише се као принцип равномерног намирења. Свако другачије понашање, односно привилеговање било ког повериоца није дозвољено у самом стечајном поступку, а ако је учињено радњама стечајног дужника у законом опредељеном периоду пре покретања стечајног поступка Закон омогућава стечајном управнику да побија наведено понашање, односно правне радње које је стечајни дужник предузео ради фаворизовања наведеног повериоца побијањем правних радњи као посебним стечајним институтом. То према ауторима и заступницима овога мишљења указује да се компензација као начин измирења, односно престанка обавезе међусобним пребојем и гашењем не може никада и ни у ком виду и облику прихватити у случају стечаја једне од странака. Наведено са образложењем да би се на тај начин поверилац који је извршио пребој свог потраживања са потраживањем стечајног дужника наплатио, односно намирио ван других стечајних поверилаца и услова под којима су се они намиривали, односно ван ис-

платног реда у који његово потраживање спада, па управо стога, такво намирење би било супротно основним принципима стечајног поступка, јер би довело до привилеговања одређеног повериоца који се намирује уз компензацију а то није дозвољено. Исто ограничење и разлози у погледу могућности уговорне компензације важи и за судску компензацију, па тако ни суд без обзира на истицање компензационе противтужбе односно компензационих приговора, не би могао да изврши пребој утврђених потраживања по компензационој противтужби или компензационом приговору. Напротив, суд би у тој ситуацији могао само да утврди постојање потраживања и противпотраживања, а до пребоја не би дошло, већ би утврђена потраживања стечајни органи имали у виду сврставајући их у одређени исплатни ред и у решењу о главној деоби у складу са условима под којима се намирују и сви други повериоци истог исплатног реда коме припада и то утврђено потраживање предвидели његово сразмерно намирење.

Треће мишљење представља заправо комбинацију претходна два потпуно супротстављена мишљења и исто је кроз одговоре на питања трговинских судова у погледу могуће компензације у стечају, као важеће мишљење усвојила седница одељења Вишег трговинског суда. Према наведеном мишљењу које је прихваћено, и у пракси трговинских судова, у стечајном поступку, с обзиром на одредбе Закона о стечајном поступку, нема никада обавезне законске компензације, која би наступила самим тренутком отварања стечајног поступка као што је то било предвиђено Законом о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, а компензација је уопште могућа али само под одређеним условима и у одређеној фази стечајног поступка. Према Закону о облигационим односима потраживања која се могу компензовати морају бити истородна, међусобна и доспела, а то значи једнаког квалитета. Потраживања стечајног повериоца и стечајног дужника нису једнаког квалитета а што је услов за могућност њиховог међусобног пребоја по основу Закона о облигационим односима. Потраживање стечајног повериоца према стечајном дужнику није наплативо у целости, већ само у оном делу који с обзиром на величину стечајне масе и исплатни ред наведеног потраживања, који ће му одредити стечајни органи, буде могуће исплатити према решењу о главној деоби, док је потраживање стечајног дужника према том истом повериоцу, уз услов доспелости наплативо у целости. Закон о облигационим односима није наплативост потраживања предвидео као услов компензације, јер је иста могућа и код неновчаних, а тиме и ненаплативих потраживања, под условом да су истородна (нпр. ствари одређене по роду). Стечајни поступак у коме се због његове специфичности сва потраживања морају исказати у новцу, и наведени услов уводи као услов који потраживање мора испуни-

ти да би се могла разматрати његова компензација са потраживањем стечајног дужника према том повериоцу, јер је само тако испуњен услов истородности потраживања.

Стога, међусобна потраживања стечајног дужника и његових поверилаца, с обзиром да нису истог квалитета, не могу се одмах по покретању стечајног поступка пребити, јер једно потраживање је, чак и уз услов доспелости, одмах наплативо, а то је потраживање стечајног дужника према стечајном повериоцу као његовом дужнику, док је потраживање стечајног повериоца према стечајном дужнику ненаплативо, јер сам стечајни поступак на основу члана 73 Закона о стечајном поступку, прекида све могуће поступке извршења, а са отпочињањем поступка стечаја отпочиње се посебан поступак колективног намирења по стриктно прописаним правилима и процедури.

Таква међусобна потраживања могу се пребити само уколико је и потраживање стечајног дужника према стечајном повериоцу доспело и само у фази доношења решења о главној деоби, у којој ће постати извесно у ком износу ће се, зависно од утврђеног потраживања и његовог места, односно исплатног реда одређеног повериоца наћи његово потраживање и у ком износу, односно проценту ће исто моћи да се наплати.

Стога, само у фази кад се сачињава Нацрт решења главне деобе, извесно је у којој мери, односно за који износ ће поверилац потраживања моћи да наплати своје потраживање, па је за тај износ он у могућности и да изврши пребој свог наплативог потраживања са доспелим потраживањем стечајног дужника према њему, што би довело до гашења оба потраживања у висини нижег од њих.

И у судском поступку, односно у погледу судске компензације тражене по компензационом приговору или компензационој противтужби, потраживања би се такође могла само утврдити, што је у складу и са чињеницом да се у поступку против стечајног дужника могу само утврђивати потраживања, односно да тужбе могу бити само утврђујуће, а не и обавезујуће, а до пребоја утврђених потраживања могло би доћи тек у фази главне деобе када је решењем о главној деоби утврђено у ком износу ће се конкретни поверилац од стечајног дужника наплатити и то само за тако ограничени износ за који се очекује, односно решењем о главној деоби предвиђа наплата. Без обзира што је утврђено потраживање у знатно већем износу, изнад оног износа за које се конкретни стечајни поверилац према решењу о главној деоби може наплатити, а што је условљено величином стечајне масе, компензација није могућа, јер би довела до привилеговања тог повериоца, односно до његовог намирења супротно правилима стечајног поступка, повољније од других поверилаца истог исплатног реда.

Другачије поступање, односно омогућавање компензације између потраживања стечајног повериоца према стечајном дужнику и потраживања стечајног дужника према повериоцу, без обзира да ли аутоматски даном отварања стечаја, односно наступањем правних последица истих или по изјави стечајног повериоца довело би до привилегованог намирења стечајног повериоца који истовремено има и дуговање према стечајном дужнику, јер би економски ефекат који је он имао у својој имовини од наведеног пребоја међусобних потраживања био независан од његовог исплатног реда и висине стечајне масе, што би га свакако довело у другачији положај од онога у коме се налазе сви други повериоци истог исплатног реда, односно он би имао знатно већу могућност намирења.

У Компензација по Закону о стечају

Нови закон о стечају, могућност компензације враћа у стечајни поступак, али другачије регулисану у односу на Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији који је познавао обавезну законску компензацију.

Према Закону о стечају, компензација више никада није обавеза и законска, али је могућа, с тим што је могућност компензације знатно сужена и јасно законом дефинисана на одређене ситуације, тако да начин на који је нови Закон предвидео могућност компензације, заправо представља корекцију широких могућности компензације дефинисаних Законом о облигационим односима и усклађивање са принципима стечајног поступка.

Тако је према Закону о стечају могуће извршити пребој потраживања у стечајном поступку, ако је право на пребој стечено пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. У таквој ситуацији отварање стечајног поступка није од утицаја на постојање наведеног права на пребој потраживања, али поверилац који жели своје потраживање да пребије мора дати изјаву о пребоју уз пријаву потраживања и то до истека рока за подношење пријаве, јер ће истеком рока за подношење исте изгубити право на пребијање свог потраживања са потраживањем стечајног дужника.

Посебно је регулисана могућност компензације у случају права и обавеза из једног или више финансијских уговора у којима је једна страна стечајни дужник, а који су закључени на основу оквирних уговора у периоду пре подношења предлога за стечај. Финансијски уговор је дефинисан као уговор који предвиђа обавезу једне или обе уговорне стране на вршење неког плаћања или испоруку одређене робе, који за

предмет има трансакцију са финансијским дериватима попут свопова, опција, фјучерса, форварда и других неименованих деривата, репо трансакцију или зајам хартија од вредности, а који је закључен у писаној форми или усмено уколико о садржини таквог усменог финансијског уговора постоји писани траг у складу са уобичајеном судском праксом за закључивање уговора такве врсте.

Право на пребијање потраживања из финансијских уговора у којима је једна страна стечајни дужник, и који су закључени на основу оквирног уговора између истих страна, регулисано је чланом 82 став 3 Закона о стечају, тако што је прописано да ће постојати искључиво у погледу таквих међусобних права и обавеза и ако је поверилац у складу са таквим оквирним уговором право на пребијање (нетирање) стекао после подношења предлога за покретање стечајног поступка, али најкасније у тренутку отварања стечајног поступка, аутоматски или путем достављања обавештења о томе стечајном дужнику које мора бити уручено стечајном дужнику најкасније у року од три дана од дана отварања стечајног поступка, и то по основу постојања стечајног разлога и подношења предлога за покретање стечајног поступка.

Изричито су, међутим, чланом 83 Закона дефинисани и случајеви у којима пребијање није допуштено и тиме је знатно ограничена законска могућност пребијања дефинисана Законом о облигационим односима, односно иста усклађена специфичним условима стечајног поступка. Тако је предвиђено да пребијање није допуштено:

1. ако је стечајни поверилац потраживање стекао у последњих шест месеци пре дана подношења предлога за покретање стечајног поступка, а стечајни поверилац је знао или је морао знати да је дужник неспособан за плаћање или презадужен;
2. ако су се услови за пребијање стекли правним послом или другом правном радњом која се може побијати.

Као изузетак дефинисано је да ће се и у описаним ситуацијама пребијање моћи да изврши, односно да је исто допуштено, ако је у питању потраживање које је стечено у вези са испуњењем неизвршених уговора, или потраживање коме је враћено правно дејство успешним побијањем правног посла или друге правне радње стечајног дужника, јер би иначе наведени повериоци били неосновано кажњени, односно и у ситуацији у којој би добили парнице за побијање правних радњи стечајног дужника, они више не би могли да остваре своје право на пребој, што би значило да су у тежој позицији од других поверилаца.

VI Поступци стечаја започети по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, а настављени по Закону о стечајном поступку

Ради свестраног разматрања питања компензације, није сувишно указати и на ситуацију у којој је стечај покренут по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, а потом сходно цитираним одредбама члана 185. Закона о стечајном поступку настављен по одредбама Закона о стечајном поступку, односно анализирати како се ова правна ситуација одражава на компензацију.

Како је сходно изнетом компензација по Закону о принудном поравнању, стечају и ликвидацији била предвиђена као једна од Законом прописаних правних последица самог покретања поступка стечаја над стечајним дужником, то је та последица наступала самим даном наступања свих других последица покретања стечаја, односно даном истицања огласа о отварању стечаја на огласну таблу суда и са тим даном су сва међусобна доспела истородна потраживања која су постојала између стечајног дужника и његових поверилаца на дан покретања поступка стечаја била угашена, услед законске компензације, односно због пребоја. Иако се касније можда већ врло брзо после тога, поступак (због ступања на снагу и почетка примене новог Закона о стечајном поступку) наставио према одредбама тог закона који сходно изнетом компензацију уопште не дефинише, већ наступиле правне последице не могу се анулирати, нити мењати на било који начин. Промена закона по којем се стечај води не може на њих утицати.

То значи да у тој ситуацији компензација која је извршена по самом закону наставља да производи дејства, односно потраживања која су се по истој компензацији срела и усред сусрета и пребоја угасила више не постоје, па стога сама чињеница да је стечај настављен по закону који је другачије регулисао односно уопште није регулисао питање компензације не утиче на та потраживања која су већ пребојем престала.

Регулисање примене новог Закона о стечају према којима ће се по одредбама истог водити само стечајеви који су и започети – отворени по истом, указује да почетак примене Закона о стечају неће довести до нових проблема у погледу могућности компензације с обзиром на временско важење Закона.

Gordana AJNŠPILER POPOVIĆ
Judge of the Commercial Court of Appeal

POSSIBILITY OF COMPENSATION DURING BANKRUPTCY

Summary

Three different bankruptcy codes in Serbia regulate the possibility of compensation in bankruptcy differently. The Law on compulsory reorganization, bankruptcy and liquidation from 1989 applied the principle of obligatory compensation. The Law on bankruptcy proceedings from 2004 has not regulated this topic, and lack of specific regulation in that period led to the development of judicial practice. New Law on bankruptcy from 2009 introduces the new concept of legally permissible and limited compensation.

Key words: *compensation, bankruptcy, Law on bankruptcy, liquidation of claims, bankruptcy creditor.*