
СТЕЧАЈНО ПРАВО И ПРИВАТИЗАЦИЈА

мр Драган РАКОЧЕВИЋ
председник Привредног суда у Подгорици

МЕДИЈАЦИЈА У ПРИВРЕДНО-ПРАВНИМ СПОРОВИМА И СТЕЧАЈНИМ ПОСТУПЦИМА

Резиме

Аутор је у тексту указао на значај посредовања – медијације као једној од најусијешнијих вансудских инструмената за рјешавање привредних спорова у циљу њиховој бржеј, флексибилнијој и јефтинијој рјешавања. Дати су нова рјешења у Закону о стечајном процесу Црне Горе којима се даје могућност посредовања и у стечајном процесу, и то у фази испитивања услова за отварање стечајног процеса – прелиминарног стечајног процеса, и у фази утврђивања изражавања повјерљиваца по правилима парничног процеса, уз оцјену да ће њихова примјена утицати на смањивање трајања стечајних инструмената и ефикасније измирење изражавања повјерљиваца.

Кључне речи: медијација – посредовање, спорни однос, посредник – медијатор, судски инструмент, стечајни процес, утврђивање изражавања, прелиминарни стечајни процес.

I Увод

Дуготрајни судски поступак производи трајно незадовољство свих његових учесника и уопште свих корисника правосудног систе-

ма. Ово незадовољство проузроковано је осјећањем правне несигурности коју ствара неизвјесност како у погледу садржаја тако и у погледу остварења тражене судске заштите. Када се томе додају и значајни трошкови судских поступака проузроковани управо неефикасношћу и дуготрајношћу судских поступака, нарушену психичку и емоционалну равнотежу учесника усред стресних ефеката дуготрајног спорења, добијамо елементе који упућују на неопходност даље реформе правосудног система и изналагања метода и института за брже рјешавање судских спорова као и рјешавање спорова вансудским путем.

Са ових разлога све више расте притисак на државу да осигура грађанима и правним лицима прикладне механизме за рјешавање спорова, тако да у овом тренутку све више долази до изражаја прагматични елемент: како брзо и ефикасно ријешити спор, од тога како утврдити апстрактну истину по сваку цијену (*fiat iustitia, perrat modus*). Зато се сваки аутономни и недржавни механизам рјешавања спорова, који се до скоро сматрао својеврсном нелојалном конкуренцијом државном правосуђу, сада подстиче кроз такозвано алтернативно рјешавање спорова, са циљем да се олакша посао правосудним институцијама.¹ Стога је подстицање алтернативних метода рјешавање спорова, прије свега мирења, проглашено приоритетом у Европској унији, а сада су такве иницијативе наглашене и у државама региона, па и у Црној Гори.

Резултат таквих настојања и створене политичке климе за стварање ефикаснијег правосудног система је доношења Закона о посредовању у Црној Гори 28.4.2005. године, објављен у „Сл. листу РЦГ“ бр. 30/05 од 13.5.2005. године.

II Појам медијације – посредовања

Посредовање – медијација је сваки поступак, у којем странке желе да спорни однос ријеше мирним путем, уз помоћ једног или више посредника – медијатора, који странама помажу да постигну споразум,² с тим што посредник – медијатор није овлашћен да странама намеће обавезујући споразум.

Странке и суд имају могућност да у привредноправним споровима предлажу рјешавање спора посредовањем (медијацијом) прије покретања поступка, као и за вријеме његовог трајања. Уколико је предложен поступак посредовања (медијације) странка има право да од суда тражи да о њеним предлозима одлучује у разумном року. Суд је дужан

1 Срђан Шимац, „Мирење и одвјетници“, *Одвјетник*, Загреб, 2006, стр. 32.

2 Љубица Милутиновић, *Медијабилности предмета*, Београд, 2007, стр. 15.

да обезбједи спровођење овог поступка без одуговлачења и са што мање трошкова.

Основне правне карактеристике поступка посредовања (медијације) испољавају се у чињеници да ће странке у случају успјешно окончаног спора, на бржи, флексибилнији и јефтинији начин доћи до рјешавања међусобног спорног односа.

Чак и у случајевима када медијација у потпуности не успије, она ипак има за резултат отклањања великог броја спорних питања, што ће итекако утицати на брже окончање самог судског поступка. На овај начин спорна питања у судском поступку своде се у основи на разрешење правних питања. У сваком случају медијација зауставља ескалацију постојећих сукоба међу странкама, губитак међусобног повјерења, погоршавање њихове даље међусобне комуникације, што је посебно значајно за странке које се налазе у дуготрајним пословним односима, а због чега су привредни спорови по својој правној природи и негативним економско-финансијским последицама дуготрајног суђења за привредне субјекте, веома погодни за рјешавање путем посредовања односно медијације.

Са ових разлога медијација се издвојила као један од најуспјешнијих вансудских поступака у читавом свијету, са теденцијом њеног проширења на све већи број спорова, чак и на оне који су донедавно могли бити рјешавани само у судском поступку. Са ових разлога Закона о стечају Црне Горе садржи одредбе о посредовању и медијацији у стечајним поступцима.

III Начела медијације

Законом о посредовању („Сл. лист РЦГ“, бр. 30/05) одређена су основна начела поступка медијација, а то су:

1. добровољност,
2. једнакост странака,
3. искључивање јавности,
4. повјерљивост,
5. тајност података; и
6. независност и непристрасност.

Овај Закон не обухвата два основна начела посредовања (медијације) на којима се, у упоредним правним системима, управо заснива медијација, а то су неформалност и флексибилност, али су ова начела садржана и произилазе из његовог концепта и садржаја.

1. Добровољност

Начело добровољности значи да без изричите сагласности странака посредовања нема. Оно се по постојећим законским рјешењима може одвијати у било којој фази поступка. Значи прије покретања судског поступка или за вријеме његовог трајања укључујући поступак по редовним правним љековима, то јест до правоснажности одлуке о спорном односу.

Ако је поступак посредовања произашао из судског поступка, за случај одустанка једне стране, поступак посредовања се обуставља, а судски поступак наставља. На овај начин, медијација или посредовање представља сопствени избор странака, и њено прихватање или неприхватање, не може имати утицаја на ускраћивање судске заштите, за случај да се за неку од странака покаже као неодговарајући поступак.

2. Једнакост и равноправност страна

Једнакост и равноправност страна, као основно начело медијације, гарантује странкама остварење једнаке правне заштите. У случају да су странке које су се изјасниле за поступак посредовања у неједнаком правном положају, након покренутог судског поступка, судија је дужан да странки која није у једнаком правном положају укаже на штетне последице поступка. Ту обавезу има и посредник – медијатор. Неједнакост странака испољава се у њиховом правном образовању, могућности ангажовања адвоката или стручног засупника, економској моћи у смислу предујмљивања потребних трошкова и слично.

3. Искључивање јавности

У поступку посредовања јавност је искључена. Законска обавеза је свих лица која учествују у поступку посредовања да поштују приватност поступка и чувају као тајну све што су чули и сазнали у току поступка. Значи да у поступку посредовања учествују странке, њихови законски заступници, пуномоћници, а само са њиховом дозволом и трећа лица. Медијатор без сагласности странака, нема овлашћење да било коме осим самих странака и њихових пуномоћника омогући учешће у поступку медијације, ма колико се то наметало цјелисходним и оправданим за само рјешавање спорног односа.

4. Повјерљивост и тајност података

Начела повјерљивости и тајности података испољавају се у забрани да се било шта, што је речено написано у поступку посредовања, користи у каснијим судским, арбитражним или другим поступцима. О поступку медијације не води се записник, па се информације, предлози и изјаве изнијете у току посредовања, дати искључиво у сврху измирења не могу користити у парничном или другом поступку, нити саопштити на други начин. Ако су у току поступка посредовања направљене било какве забиљешке, цртице или скице, на захтјев било које странке, оне морају бити уништене, а сваки поднесак, исправа или докуменат који је употребљен у поступку посредовања мора бити враћен странци без задржавања копије у складу са начелом тајности података. На основу истог начела посредник – медијатор дужан је да сваку забиљешку сачињену у поступку посредовања уништи послуже његовог окончања.

5. Независност и непристрасност

Начела независности и непристрасности испољавају се у обавези посредника – медијатора, да поступак посредовања спроводи независно и непристрасно у циљу постизања мирног рјешења спора. Он не смије да врши посредовање под било чијим утицајем и дужан је да током поступка поступа једнако и коректно према свакој страни у спору.

IV Област примјене медијације

Закон о посредовању Црне Горе, у највећем дијелу се односи на медијацију након покретања и у току судског поступка. Са овог разлога је веома важно да судија добро процијени да ли је и када је конкретан спорни однос подобан за поступак медијације. Одређени спорови нијесу подобни за медијацију, па држава њихово рјешавање прописује кроз судски поступак, искључујући недржавне органе.³ То су спорови из односа регулисаних принудним прописима или се тичу заштите јавних интереса. Међутим, велики број спорова настаје из односа странака који су резултат њихове диспозиције и аутономије воља, као што су привредноправни односи и спорови настали због неизвршења облигационих и уговорених обавеза, па је могућност примјене медијације у овим областима веома широка.

Иако медијација у основи има за циљ ефикасније рјешавање спорова могућа је и њена злоупотреба ради одуговлачења поступка и

3 *Ibid.*, стр. 23.

избјегавања законских и уговорених обавеза. Стога судија има веома значајну улогу, а и одговорност, да након покретања судског поступка препозна скривене намјере странака, мотиве за излазак из формалног, судског поступка ради постизања правно недопуштених циљева и одуговлачења поступка. Његова је обавеза да препозна и спријечи овакве намјере несавјесне стране у спору, јер се медијација не смије претворити у процес који пролонгира и одуговлачи поступак, без стварне намјере да се закључи споразум.⁴

Закон о посредовању одређује да се одредбе о посредовању примјењују у грађанско-правним споровима, укључујући и спорове из породичних, привредних и других имовинско-правних односа, физичких и правних лица у којима странке могу слободно располагати са својим захтјевима, као и у парницама из радних односа које су у току.

За рјешавање кроз поступак медијације због своје правне природе, међусобних односа странака и економске повезаности, нарочито су погодни спорови у којима се странке налазе у трајној пословној сарадњи, а то су: привредно-правни спорови, јер у њима често постоји потреба за изузетно сложеним доказивањем, дуго трају, са високим трошковима поступка. Такви привредни спорови су: спорови из осигурања, из промета роба и услуга, грађевински спорови, спорови заштите интелектуалне својине, забрана конкуренције и слично.

V Однос посредовања и судског поступка

Поступак посредовања – медијације може се предложити прије покретања судског поступка и након његовог покретања, у било којој фази, па и у поступку по жалби, али не и по правоснажности судске одлуке.

За успјех поступка посредовања, када се оно врши након покренутог судског поступка, веома је битна процјена суда, када је најпогоднији тренутак за упућивање странака из овог поступка на поступак посредовања.

По неким ауторима најпогоднији тренутак је сам почетак судског поступка. Међутим, и у овој фази судског поступка различити су ставови који је то тренутак који је најпогоднији за нуђење могућности посредовања. Наиме, овај предлог се може учинити приликом достављање тужбе туженом, слањем припремљеног позива са обавјештењем о могућностима коришћења медијације. Други сматрају да је цјелисходније позив упутити по изјашњењу туженог, тј. достављања одговора на туж-

4 В. М. Пел, *Упућивање на мирње у њарничном њоспљууку, годайна улоја или неогређеносп ѡрофесије*, Ријека, 2007, без назнака странице.

бу, када се објема странкама, уз позив за рочиште шаље обавјештење о могућностима коришћења медијације. Трећи, опет сматрају, да позив за рјешавање спорног односа посредовањем треба учинити на припремном рочишту, ако судија из излагања странака закључи да има основа за упућивање и да се ради о предмету, који је по свом правном основу и спорним чињеницама погодан за рјешавање путем посредовања.⁵

У сваком случају, странке се могу упутити на посредовање у било којој фази поступка, јер је чланом 9 Закона о посредовању („Сл. лист РЦГ“, бр. 30/05) одређено да ће суд који води поступак, ако оцијени да се спор може успјешно ријешити посредовањем, упутити странке на поступак посредовања. Ставом 2 истог члана одређено је, да уколико странке не ријеше спор посредовањем у року од 60 дана од дана упућивања, суд је дужан заказати рочиште. Ставом 3 истог члана, такође је одређено, да ако је судски поступак у току, странке могу прихватити поступак посредовања у било којој фази поступка. Чланом 329 Закона о парничном поступку („Сл. лист РЦГ“, бр. 22/04) такође је одређено, да ће суд, ако оцијени да би се спор могао успјешно ријешити путем посредовања, застати са поступком и упутити ће странке на поступак посредовања.

Имајући у виду ова законска рјешења и досадашњу судску праксу, може се закључити, да свака фаза поступка од најраније до жалбене, даје могућност упућивања на медијацију, ако је у питању предмет који се може рјешавати у поступку медијације и ако судија стекне увјерење да су странке спремне да о спорном односу преговарају. Значи да је медијација могућа све до правоснажног окончања поступка, тј. најкасније у поступку по жалби.

Када се тражи одговор на питање која фаза поступка може бити најпогоднија за покретање поступка медијације, оцјена је, односно одговор, да је то почетна фаза поступка, јер ће судски поступак најкраће трајати. У овом случају, предмет ће се ријешити посредовањем или ће се, по протеку остављеног рока, несумњиво знати шта је међу странкама остало спорно, односно око чега се не може преговарати и што се мора доказивати. Међутим, у пракси је често случај да су странке најмање спремне да преговарају на почетку самог судског поступка. Њихова неспремност може бити резултат догађања која су предходила спорном односу и покретању судског поступка, страха странака да ће прихватањем медијације бити оцијењено као слабљење позиције у судском поступку и увјерења једне странке у своју правну позицију, тако да медијација не представља одговарајући поступак. С друге стране, неки спорови по својој правној природи и чињеничног основа, једноставно

5 Љубица Милутиновић, *Медијабилност предмета*, стр. 41.

захтијевају период „сазријевања“, а код неких спорова медијација је могућа и цјелисходна тек након извођења одређеног броја доказа који отварају поље могуће примјене медијације.

На крају, сам ауторитет суда може допринијети да странке за почетак, размисле о поступку медијације као начину рјешевања спорног односа, зато је неопходно да судија у току поступка „охрабрује странке“ на прихватање медијације. Ова активност судије треба да се ограничи само на давање потребних информација о медијацији као погодной методи бржег и јефтинијег рјешавања спора и не смије се претворити у убјеђивање странака да је медијација, једино и најбоље средство за странке.

VI Посредовање – медијација у стечајном поступку

Стечај је облик генералног или општег извршења над цјелокупном имовином стечајног дужника, који се спроводи ради скупног или сразмјерног намирења повјерилаца. Основни циљ стечајног поступка је једнако или сразмјерно намирење повјерилаца из имовине стечајног дужника – стечајне масе. Са овог разлога је начело паритета, односно једнаког намирења повјерилаца, једно од основних начела стечајног поступка. У савременом стечајном законодавству ово начело је ограничено у оквиру исплатних редова, на начин што повјериоци вишег исплатног реда имају приоритет у односу на повјериоце нижег, односно следећег исплатног реда.

Стечајни поступак спроводи суд одређен законом, а то су у Црној Гори привредни судови. Овај поступак обухвата више фаза као што су: претходни поступак, отварање стечајног поступка, формирање стечајне масе, утврђивање потраживања повјерилаца, разврставање њихових потраживања по исплатним редовима, диоба стечајне масе, закључење стечајног поступка и др.

Једна од најважнијих и најсложенијих фаза стечајног поступка је утврђивање потраживања повјерилаца. По Закону о стечају („Сл. лист ЦГ“, бр. 1/2011), члан 114 став 2 стечајни управник је овлашћен да утврђује основаност, обим и исплатни ред сваког потраживања и о томе сачини листу признатих и оспорених потраживања и то у року од 40 дана од истека рока за подношење пријава потраживања. Коначна листа свих пријављених потраживања сачињава се на испитном рочишту (члан 117 Закона). Уколико је потраживање оспорено повјерилац се у складу са чланом 120 став 1 Закона, упућује на парницу ради утврђивања оспореног потраживања, коју може да покрене у року од осам дана од дана пријема закључка о оспоравању потраживања, односно истека рока за посредовање.

Када је за утврђивање основаности потраживања потребно вођење парничног поступка, поступак ће у начелу наставити стечајни судија по правилима парничног поступка или ће из разлога цјелисходности и хитности, упутити стечајног управника или повјериоца да пред другим судијом, другим судом, органом управе, арбитражом или на други начин покрене поступак за утврђивање основаности потраживања.

Управо ова фаза стечајног поступка је погодна да се странке односно повјерилац чије се потраживање оспорава, упутити на поступак посредовања. Наиме, стечајне поступке, нарочито када је у питању стечај великих привредних система, по правилу карактеришу бројне пријаве потраживања и на основу њих бројни спорни односи, чије неблагоприятно рјешавање, кроз парнични или други одговарајући поступак, битно утиче на само трајање стечајног поступка, а самим тим и на могућност измирења неспорних потраживања повјерилаца. Како се у парничним поступцима на деклараторан начин утврђују потраживања, зависно од чињеничног и правног основа, независно од обима и вриједности стечајне масе, односно могућности измирења тако утврђеног потраживања, чест је случај да исход ових спорова није могуће реализовати кроз стечајни поступак услед недостатка стечајне масе.

Стога је, са ових разлога као и могућности да се у поступку медијације, од стручног посредника – медијатора добију све неопходне информације о могућности измирења потраживања кроз стечајни поступак износа исплате утврђених потраживања зависно од вриједности стечајне масе, основа потраживања који одређује одговарајући исплатни ред, односно приоритет у исплати и слично, а самим тим оцијене сврсисходности даљег вођења судског спора.

Управо ове чињенице су опредијелиле законодавца да у члану 119 Закона о стечају, одреди да „повјериоци оспореног потраживања, односно стечајни управник могу предложити рјешавање спорног односа путем медијације у складу са Законом који регулише поступак посредовања“. Како је чланом 117 Закона о стечају одређено да се коначна листа пријављених потраживања утврђује на испитном рочишту, а чланом 120 став 1 истог текста да „повјерилац чије је потраживање оспорено упућује се на парницу ради утврђивања потраживања коју може да покрене у року од 8 дана од дана пријема закључка о оспоравању потраживања, односно од дана истека рока за медијацију (посредовање)“, поставља се питање када се повјерилац, односно стечајни дужник може упутити на посредовање у стечајном поступку.

Имајући у виду одредбе Закона о стечају став је аутора да се, поступак медијације може покренути на самом испитном рочишту при-

ликом доношења одлуке по приговорима на пријављена потраживања, без обзира да ли је потраживање оспорено од стране повјерилаца или стечајног управника. Уколико се странке сагласе са предлогом да се оспорено потраживање утврди у поступку посредовања, суд ће оставити рок од 60 дана за споразумно рјешење спорног односа, сходно члану 9 Закона о посредовању. Уколико посредовање не успије поднијет ће предлог за настављање поступка ради утврђивања у складу са чланом 121 Закона о стечајном поступку.

Када се поступак за утврђивање оспореног потраживања спроводи по правилима парничног поступка, посредовање је могуће и након покретања тужбе за утврђивање потраживања, уколико за то постоји спремност странака, и то у свакој даљој фази поступка до правоснажног окончања спора.

Посредовање је по Закону о стечају могуће и у фази одлучивања о постојању стечајног разлога за отварање стечајног поступка. Наиме, одредбама члана 118 став 1 одређено је да суд, може, након прихватања предлога за покретање стечајног поступка, упутити предлагача на поступак медијације – посредовања, значи прије доношења рјешења о отварању стечајног поступка. Уколико се прихвати посредовање, предмет споразума повјериоца и стечајног дужника је отклањање стечајног разлога због којег је покренут стечајни поступак. Посредовањем се на споразуман начин одредјује измирење доспјеле, неизмирене обавезе стечајног дужника због које је покренут стечајни поступак. У случају закључивања поравнања и његовог записничког констатовања од стране стечајног судије, престаје разлог за отварање стечајног поступка па се доноси рјешење о повлачењу предлога по члану 59 Закона о стечају, или рјешење о одбијању предлога сходно члану 71 став 3 истог Закона.

VII Окончање поступка посредовања и поравнање

Према члану 35 Закона о посредовању, посредовање се окончава даном:

1. закључења поравнања између странака;
2. када странке прихвате предлог посредника да посредовање није више оправдано;
3. упућивањем посреднику, односно другој странци одустанка, у писаној форми, од даљег поступка посредовања, осим ако и након одустанка једне странке, остале странке које учествују у поступку су сагласне да се настави поступак посредовања у спору између тих странака; и
4. другим случајевима одређеним овим Законом.

Чланом 36 истог Закона, даље је одређено, да на захтјев странака посредник може у свакој фази поступка, посредовањем давати предлоге за рјешење спора, као и учествовати у изради поравнања и да постигнути споразум у поступку посредовања има снагу судског поравнања, ако га на записник узме судија, осим у случајевима када је посебним Законом другачије одређено. Према ставу 5 истог члана закључено судско поравање има снагу извршне исправе.

Значи уколико се закључи споразум о спорном односу након покретања судског поступка чије је рјешење у надлежности привредних судова, постигнути споразум, након записничког констатовања од стране судећег судије који је задужен парничним списима, имаће снагу извршне исправе и погодан је за извршење принудним путем, кроз извршни поступак.

Уколико се ради о споразуму – судском поравнању у спору поводом утврђеног потраживања из стечајног поступка, послужит ће као основ за његово разврставање у одговарајући исплатни ред и исплату зависно од ранга приоритета, и вриједности стечајне масе без доношења посебне судске одлуке.

Dragan RAKOČEVIĆ

President of the Commercial Court in Podgorica

MEDIATION IN COMMERCIAL DISPUTES AND BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Summary

The author is in the text stressed the importance of mediation as one of the most successful of extra-judicial procedures for resolving commercial disputes in order to make them faster, more flexible and cheaper to resolve.

The Law of Bankruptcy has a new solution in the phase of the opening of proceedings – preliminary bankruptcy proceedings, and gives the possibility of the mediation in insolvency proceedings at the stage of determining the claims of creditors under the rules of civil procedure.

Key words: *mediation, dispute, mediator, judicial procedure, bankruptcy procedure, determination of claims, preliminary bankruptcy proceeding.*