

Марко ТОМИЋ

виши судијски сарадник Привредног апелационог суда

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА У НОВИЈОЈ ПРАКСИ СРПСКИХ И НЕМАЧКИХ СУДОВА*

„...па би се све свршило на коментовању ваљевских нагађања:
да ли ће Bella Manda повратити накит господину Манојлу Јовићу (...)
и да ли ће тај накит ући у масу из које ће се намиривати бивше
штедионице бивши депоненти.“¹

Резиме

Рад се бави анализом побијања правних радњи стечајног дужника у светлу новије српске и немачке судске праксе. Први део рада је посвећен уводним разматрањима о овој теми. Други део се бави предусловима и условима побијања. Трећи део рада је централни и говори о основима побијања. У њему се посебно расправља о правној природи уговора о јемству.

* Аутор дугује захвалност судији Јасминки Обућини, председнику Одељења судске праксе Привредног апелационог суда и судији Јелени Вилдовић Живковић, заменици председника тог Одељења, за уступљене примере судских одлука Привредног апелационог суда. Немачка судска пракса је, у сентенцама, преузета без накнаде са интернет странице часописа *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* – www.zip-online.de, осим одлуке из фусноте бр. 65, која је преузета уз накнаду. Ради поједностављења, у раду ће се под синтагмом „правне радње“ сматрати како правни послови, тако и правне радње стечајног дужника.

1 Радован Бели Марковић, *Кнез Мишкин у Белом Ваљеву*, Народна књига/Алфа, Београд, 2002, 304. Манојло Јовић је био директор Ваљевске штедионице која је завршила у стечају. Шта се збило са накитом који је он поклонио Bella Mandi, никада нећемо дознати, јер нам то писац није открио. Накит је чинио имовину штедионице, вероватно у следству остварења потраживања штедионице према клијентима на предмету ручне залоге. Веза са овим радом лежи у томе што се побијање правних радњи стечајног дужника тиче интереса свих поверилаца, па су зато ваљевске штедише погледале тај накит како би им се, по његовом уновчењу, колико било вратила уштеђевина. Али, будући да је Bella Manda била циркуска актерка, сва је прилика да су се њихове наде у намирење потраживања по основу штедних улога из вредности споменутог накита распршиле у прашину коју су за собом оставила одлазећа циркуска кола.

У четвртном делу рада се разматра замена испуњења као побојни правни посао. На крају, у петом делу се изводи закључак.

Кључне речи: *побијање, стечајни дужник, стечај, судска пракса, уговор о јемству.*

І Уводне напомене

Историјски посматрано, правни институт стечаја је настао као „средство за спречавање грабежи имовине стечајног дужника и уношење реда у намирење његових поверилаца“.² Дакле, путем стечаја се превасходно чувао стечајни дужник од поверилаца. Модерна сврха стечаја је, у најкраћем, да се повериоци што више и што брже намире из стечајне масе. Међутим, када стечајни дужник пре отварања стечаја путем непоштених радњи омета равномерно намирење поверилаца или без таквих намера умањује своју имовину, јавља се потреба да се, под одређеним условима, таквим радњама одузме дејство према стечајној маси. Овде је у питању заштита поверилаца од правних радњи стечајног дужника, правним захватањем у његову прошлост. У случају успеха побијања, дужников саговорач је дужан да врати користи из побојног посла у стечајну масу, у мери у којој је то потребно да се намире повериоци, а ако је притом и сам поверилац, онда он стаје у ред са осталима како би намирио своје противпотраживање из побијеног посла. Посреди је класична стечајна тема.³

У овом раду се, у претежном делу, разматрају размишљања домаће и немачке судске праксе о овој теми. Немачко право на сличан начин уређује ову стечајну област, па је стога погодно за упоредну анализу. Биће речи о свим основима побијања, осим о непосредном оштећењу, услед одсу-

2 Гордана Илић-Попов, Небојша Јовановић, Јован Јовановић (ур.), *Приручник за стечајне управнике*, Агенција за лиценцирање стечајних управника и Intermex, Београд, 2006, 157.

3 Srećko Zuglia, *Prinudna likvidacija (stečaj) privrednih organizacija*, Trgovinska izdanja NR Hrvatske, Zagreb, 1956, 41-47; Томица Делибашић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, ауторско издање, Београд, 1999; Михајло Велимировић, *Стечајно право*, Симбол, Нови Сад, 2004, 103-137; Драгиша Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Сес Месон, Београд, 2006, 353-388; Милена Јовановић Zattila, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Досије, Београд, 2007, 91-100; Franc Zimmermann, Јасминка Обућина, Иван Миловановић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Агенција за лиценцирање стечајних управника и Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (GIZ GmbH), Београд, 2015; Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Удружење правника у привреди Србије, Београд, 2015, 544-546.

ства већег значаја овог основа, како код нас, тако и у Немачкој.⁴ Не тежи се детаљном проматрању ових питања, већ приступ рада почива на осветљавању занимљивих и спорних питања из ове стечајне области. Пре тога, укратко се излажу знања о предусловима и општим условима побијања.

II Предуслови и општи услови побијања

1. Предуслови

Предуслови за побијање правних радњи стечајног дужника су, преваходно, творевина судске праксе и правне теорије.⁵ Стечајни закон о њима „ћути“. Према устаљеној пракси, у питању су три кумулативна предуслова. Потребно је да побијани посао (ако се он побија, а не правна радња у ужем смислу) буде пуноважан, да је над стечајним дужником отворен стечај и да у стечајној маси тужиоца нема довољно имовине за потпуно намирење поверилаца.⁶ На овај начин је наш жалбени трговачки суд виспремно одговорио на благи недостатак стечајног закона у којем се ови услови не помињу, али се свакако до њих може доћи тумачењем осталих његових одредаба у сагласју са општим правилима облигационог права.

Најпре, квалитативно су различити погрешни правни послови (рушљиви и ништави) од побојних, јер први не важе (рушљиви важе све док се не пониште, а ништави од настанка не делују), а потоњи су пуноважни.⁷ Овај предуслов је, заправо, одраз дејства побијања правних послова стечајног дужника. Правни посао ће у следству успешног побијања остати без дејства само према стечајној маси, а тиме се не дира у његову пуноважност.

4 У архиви часописа *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (у даљим фуснотама: ZIP) се по овом основу (нем. *Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen*) налази свега пет одлука, а тамо је похрањена пракса још од 1980.

5 О сва три услова код: F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 31; о услову пуноважности посла видети код: М. Велимировић, 117.

6 Примера ради, о сва три предуслова видети у одлукама Привредног апелационог суда: пресуда 2 Пж 3356/15 од 24. новембра 2016, решење 3 Пж 2762/16 од 14. априла 2016, али и посебно о сваком од ових услова: пресуда 2 Пж 7634/14 од 22. септембра 2016, пресуда 6 Пж 3210/14 од 27. октобра 2015, пресуда 2 Пж 2287/15 од 27. октобра 2016.

7 Слободан Перовић, *Облигационо право, књига прва*, Привредна штампа, Београд, 1980, 447-485; Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Јавно предузеће Службени гласник, Београд, 2009, 418-429; Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), 251; М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, 95-97; Т. Делибашић 84-94; F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 21-26.

Такође, природно је да се тражи враћање средстава у стечајну масу тек када у њој нема довољно новца за друге повериоце. То проистиче и из правила о ванстечајном побијању према којима се оно врши ако поверилац није успео да намири своје потраживање од дужника.⁸ Тако и Делибашић, са позивом на старију судску праксу, каже да ако су стечајни повериоци током стечаја намирени у пуном износу, не може са успехом да се у побојним парницама захтева повраћај исплаћених износа од поверилаца који су своја потраживања намирили пре отварања стечаја.⁹

Најзад, стечајни закон уопште и не може да се примени у овом смислу ако није отворен стечај над стечајном дужником. То је, уосталом, и суштинско разликовање стечајног и ванстечајног побијања.¹⁰

2. Услови побијања

Законом су постављени алтернативни услови побијања правних радњи стечајног дужника. Довољно је да се стекне један од њих, па да правни посао или радња може да се побија. Три су услова побијања: нарушавање равномерног намирења поверилаца, оштећење поверилаца и поговорање поверилаца.¹¹ Потом закон уређује пет различитих случајева побијања („основа побијања“¹²). То су уобичајено намирење, неуобичајено намирење, непосредно оштећење поверилаца, намерно оштећење поверилаца и бесплатна располагања дужника.¹³ У нашој судској пракси се наглашава значај оцене испуњености услова побијања, пре него што се пређе на испитивање посебних случајева побијања.¹⁴ Тиме се следи логички ток мисли, који почиње оценом испуњености сва три предуслова, наставља се испитивањем постојања једног од од алтернативних услова и најзад, завршава се сврставањем побијане радње у један од пет посебних случајева побијања.

8 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, чл. 280-281; F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 27.

9 Т. Делибашић, 205 -206.

10 Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), 247-248; F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 26-30.

11 Закон о стечају, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 104/09, 99/11 – др.закон, 71/12- УС, бр. 83/14 (у даљем тексту и фуснотама: Закон о стечају или стечајни закон), чл. 119.

12 Решење Привредног апелационог суда 3 Пж 2762/16 од 14. априла 2016.

13 Закон о стечају, чл. 120-124.

14 Пресуда Привредног апелационог суда 11 Пж 3108/16 од 24. новембра 2016.

III Посебни случајеви побијања у судској пракси

1. Уобичајено намирење као случај који је лако доказати

Уобичајено намирење постоји када поверилац добије намирење или обезбеђење у складу са садржином свог права, али у критичном тренутку, тј. „у незгодно време, јер је већ било извесно да је дужник запао у неповољно финансијско стање.“¹⁵ Тренутак је критичан због тога што је у одређеном раздобљу пре подношења предлога за отварање стечаја дужник био неспособан за плаћање, а поверилац је то знао или морао да зна. Када је поверилац банка, судска пракса каже да је она „финансијска организација која се бави пласманом новчаних средстава и новчаним трансакцијама са клијентима и која поступа са посебном пажњом приликом провере ликвидности клијената са којима закључује уговоре.“¹⁶ Због тога је мало вероватно да банка може да тврди да није знала за дужникову неспособност за плаћање. Ипак је она „трговац новцем“¹⁷ и дужна је да поступа са пажњом добром стручњака. Међутим, наивно је и да се „обични“ трговци склањају у „сигурну луку“ незнања за незавидан финансијски положај свог сауговорача, када је такво стање исказано кроз блокаду рачуна. Имајући на уму свеопшту доступност података на интернету, свако може увек да провери на званичној страници Народне банке Србије да ли је његов сауговорник у блокади. Не искључује се, разуме се, доказивање супротног.

Међутим, није блокада рачуна једини знак неспособности за плаћање. С друге стране, не значи увек да је дужник постао инсолвентан ако му је рачун у блокади, посебно ако је вршио плаћања током њеног трајања.¹⁸ У немачкој судској пракси су развијени префињени критеријуми за оцену ове околности. Рецимо, околност да је дужник тражио од повериоца да плати дуг на рате, јер не може да га плати одједном, не значи сама по себи да је он обуставио плаћања.¹⁹ Али, ако се дужник не придржава

15 М. Велимировић, 128; Закон о стечају, чл. 120; немачки Стечајни закон из 1994. године (*Insolvenzordnung*, даље у фуснотама: InsO), пар. 130 (нем. *Kongruente Deckung*).

16 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда 2 Пж 3356/15 од 24. новембра 2016.

17 Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 170.

18 Решење Привредног апелационог суда 7 Пвж 505/15 од 21. октобра 2015.

19 Bundesgerichtshof (Савезни врховни суд Немачке, даље у фуснотама: BGH), пресуда IX ZR 188/15 од 14. јула 2016, ZIP 2016, 1686; BGH, одлука IX ZR 6/14 од 16. априла 2015, ZIP 2015, 937.

рокова који су уговорени за плаћање дуга на рате, то повериоци могу да схвате једино као да је он инсолвентан.²⁰

У нашем праву, рок којим су захваћене радње уобичајеног намирења траје шест месеци пре подношења предлога за отварање стечаја, рачунајући уназад.²¹ У немачком праву он износи три месеца и рачуна се на исти начин.²² Дакле, иако се за одређене радње покаже да представљају уобичајено намирење поверилаца, оне услед протекла времена остају нетакнуте и морају да се потраже теже доказиви основи побијања, као што је намерно оштећење, који захватају дужни временски период (код нас пет година, а у Немачкој чак десет).²³ Тако је суд једном приликом закључио да не постоји намерно оштећење поверилаца, али постоји уобичајено намирење, за чију примену је истекао рок. У том случају се извођач радова (стечајни дужник) у доба своје неспособности за плаћање (за коју је добављач знао) договорио са својим наручиоцем да овај добављачу непосредно, пре доспелости, плати цену грађевинског материјала који је добављач већ био испоручио извођачу радова. Суд је закључио да је то уобичајено намирење повериоца (добављача), али да није било намере оштећења поверилаца.²⁴

Дакле, када је дужникова неспособност плаћања проузроковала блокаду његовог рачуна, такво побијање уобичајеног намирења лако може да буде успешно. Ипак, оно је резервисано за кратак рок пре подношења предлога за стечај. С друге стране, ако је у спорно доба његов рачун био укључен у платни промет, потребно је више труда да би се доказало постојање овог случаја побијања.

2. Неуобичајено намирење са освртом на могућност побијања радњи трећих лица уопште

Према слову стечајног закона, правни посао или правна радња којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи али не на начин и у време када је предузето, могу се побијати ако су предузети у последњих дванаест месеци пре подношења предлога за покретање сте-

20 Oberlandesgericht (Виши земаљски суд, даље у фуснотама: OLG) Bamberg, пресуда 5 U 187/15 од 26. априла 2016, ZIP 2017, 97.

21 Закон о стечају, чл. 120.

22 InsO, пар. 130 ст. 1 тач. 1.

23 Закон о стечају, чл. 123 ст. 1; InsO, пар. 133 ст. 1.

24 BGH, пресуда IX ZR 240/13 од 17. јула 2014, ZIP 2014, 1595. По нашем мишљењу, могло би да се ради и о неуобичајеном намирењу, јер је добављач наплатио цену робе пре њене доспелости.

чајног поступка.²⁵ У правној мисли се каже да се њиме: „у још драстичнијем облику врши поговдавање повериоца него што је то случај код уобичајеног намирења.“²⁶ Дакле, поверилац којег је стечајни дужник на неуобичајени начин намирио, на то уопште није имао право или га је имао у другачијем облику. Сливовит је пример из немачке судске праксе у којем је стечајни дужник са банком у оквиру рока од три месеца пре подношења предлога за отварање стечаја уговорио промену рока доспелости отплате кредита, и то уназад. Суд је нашао да такво уговарање превременог враћања кредита представља неуобичајено намирење банке.²⁷

На овом месту се намеће занимљиво питање. Оно се тиче тога да ли могу да се побијају и радње трећих лица, а не само стечајног дужника (из било ког основа, а не само због неуобичајеног намирења). Према језичком читању нашег стечајног закона, то једино могу да буду радње стечајног дужника. У наслову осме главе овог закона која уређује тему побијања стоје речи „Побијање правних радњи стечајног дужника.“ Теорија једногласно говори у прилог томе да се побијају само дужникове радње.²⁸ Немачко право на другачији начин решава ово питање. У немачком стечајном закону, наслов трећег одсека трећег дела гласи: „Стечајно побијање“ (нем. *Inslovenzanfechtung*). Не ограничава се, дакле, побијање само на радње стечајног дужника.²⁹ Могу се побијати и радње других лица. То се види из примера у којем је стечајни дужник био закупац, а предмет побијања је била исплата коју је подзакупац учинио закуподавцу по закупчевом налогу. Суд је закључио да су на тај начин оштећени остали закупчеви повериоци (а да је закуподавац погодован, јер је намирен на неуобичајен начин, *прим. аут*).³⁰

У нашем праву је, чини се, прихваћено уже схватање појма припадности побојне правне радње. Рецимо, да се поменути случај закупа догодио код нас, могла би да се побија једино правна радња закупца – налог подзакупцу да плати дуг непосредно закуподавцу. Тиме не би могла у стечајну масу закупца да се врате средства која је подзакупац требало да му плати на темељу подзакупа, а није, јер не могу да се побијају радње

25 Закон о стечају, чл. 121; слично у InsO, пар. 131 (нем. *Inkongruente Deckung*).

26 М. Јовановић Zattila, В. Чоловић, 100.

27 BGH, пресуда IX ZR 113/10 од 07. маја 2013, ZIP 2013, 2323.

28 Г. Илић-Попов, Н. Јовановић, Ј. Јовановић (ур.), 246; Д. Слијепчевић, С. Спасић, 354; Јовановић Zattila, Чоловић, 100; М. Васиљевић, 544.

29 О разликама између српског и немачког схватања овог питања, видети код: F. Zimmermann, Ј. Обућина, И. Миловановић, 63-65.

30 BGH, пресуда IX ZR 58/10 од 20. јануара 2011, ZIP 2011, 438.

трећих лица. Исто вреди и за случај наведен у вези уобичајеног намирења (*supra*, фуснота 25). Ту не би могло да се побија плаћање цене робе које је наручилац извршио непосредно добављачу, уместо да је платио цену радова свом сауговарачу, извођачу радова (стечајном дужнику). Побујање није дозвољено јер није стечајни дужник платио, већ треће лице (наручилац из тог спора). Истини за вољу, и поменуто плаћање подзакупца и наручиоца би могло и применом нашег права да се, уз мало маште, подведе под радњу стечајног дужника. Међутим, лакше би било нашим судијама да решавају случајеве ове врсте, ако би се прихватила логика немачког права, које баштини шире схватање тог појма.

Савремени правни односи су често тространи. То могу да буду, примерице, асигнација, вишеструка компензације, уговор о грађењу са подизвођачима итд. Требало би да се дозволи побујање правних радњи трећих лица којима су оштећени или погодовани повериоци стечајног дужника или којима су они стављени у неравноправан положај. Ово стога што се тиме дају нове могућности увећања стечајне масе, што је у савременој са циљем стечаја.³¹ Остаје, нема сумње, бојазан од парница које се воде „из обести“, али је и она умањена због тога што је стечајни управник, ипак, ограничен интересом стечајног дужника, који увек мора да му буде на уму. *De lege ferenda*, поменуто дејство би се постигло брисањем речи „стечајног дужника“ из наслова осме главе стечајног закона. Одредбе самих чланова те главе би остале нетакнуте, јер се у њима већ прави суптилна разлика између различитих основа побујања (што је већ примењено у теорији).³²

3. Намерно оштећење

а) Општи случај

За постојање овог вида побујања је потребно испуњење субјективног услова јаког интензитета – намере оштећења једног или више пове-

31 Закон о стечају, чл. 2: „Циљ стечаја јесте најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.“

32 F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 64. У случају непосредног оштећења и бесплатних располагања, једино може да се побуја радња стечајног дужника (Закон о стечају, чл. 122 ст. 1 и чл. 124 ст. 1). Исто важи и за посебни случај оштећења поверилаца, јер се ту побуја враћање зајма власнику, што само може дужник да учини (Закон о стечају, чл. 123 ст. 3). С друге стране, код уобичајеног и неуобичајеног намирења, као и у општем случају намерног оштећења поверилаца, нема таквог ограничења (Закон о стечају, чл. 120 ст. 1, чл. 121 и чл. 123 ст. 1).

рилаца.³³ То је „свесно предузимање правне радње за коју се реално претпоставља да може довести до штете повериоцима“.³⁴ Дакле, у питању је евентуална намера.³⁵ Да би побијање било успешно, потребно је да је стечајни дужник приликом предузимања побојног посла имао намеру оштећења поверилаца, а да је при том његов сауговарач из побојног посла знао за ту намеру. Рок за побијање износи пет година и у теорији је оцењен као „веома дуг рок“.³⁶ Као и сваку субјективну чињеницу, намеру оштећења поверилаца и знање сауговарача није лако доказати.

Када нема услова за примену претпоставке знања намере,³⁷ при решавању овог питања се мора поћи од објективних (свима видљивих) околности, како би се, могуће, стигло до тражене субјективне околности – намере оштећења поверилаца (познате само стечајном дужнику и његовом сауговарачу). У доказном смислу, корисно је поћи од преписке дужника и сауговарача или од изјава њихових лица овлашћених за заступање. Притом не сме да се заборави мисао судске праксе да не значи, само по себи, да је стечајни дужник намеравао да оштети своје повериоце закључујући правне послове или чинећи правне радње у време када му је текући рачун био блокиран.³⁸

Безобална је немачка судска пракса о намерном оштећењу поверилаца. Примера ради, може да се закључи да постоји намера оштећења ако стечајни дужник плаћа пореске обавезе само под принудним извршењем, а порески поверилац зна да је банка дужнику смањила кредитни лимит и да он врши плаћања само из дозвољеног прекорачења текућег рачуна.³⁹ Ту ни држава (порески поверилац) није поштеђена и сматраће се да је знала за намеру дужника. Постоји намерно оштећење ако привредно друштво у време своје инсолвентности плати премију осигурања у корист свог директора.⁴⁰ Занимљиво је и да се сматра да су оштећени пове-

33 Закон о стечају, члан 123; као и у InsO, пар. 133 (нем. *Vorsätzliche Benachteiligung*).

34 М. Велимировић, 126.

35 *Ibid.*; F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 116.

36 F. Zimmermann, J. Обућина, И. Миловановић, 111.

37 Закон о стечају, чл. 123 ст.1: „Знање намере се претпоставља ако је сауговарач знао да стечајном дужнику прети неспособност плаћања и да се радњом оштећују повериоци.“

38 Из образложења решења Привредног апелационог суда 9 Пж 4351/14 од 2. јуна 2016.: „...на основу само чињенице постојања великвидности односно блокаде рачуна тужиоца не може (се) утврђивати ни намера стечајног дужника за оштећење једног или више поверилаца, као ни сазнање за ту намеру друге стране, овде туженог.“

39 BGH, пресуда IX ZR 32/14 од 21. јануара 2016, ZIP 2016, 481.

40 BGH, пресуда IX ZR 95/11 од 12. јануара 2012, ZIP 2012, 285.

риоци друштва-мајке ако се смањи основни капитал друштва-кћери, јер се на тај начин смањује имовина друштва-мајке.⁴¹ Али, не постоји намерно оштећење када је стечајни дужник ради оснивања нове компаније дао обезбеђење на својој имовини ради добијања кредита, па чак и ако је његова нада у успех подухвата била објективно неоправдана.⁴² Очигледно је у последњем случају суд дао превагу искреној вери дужника у пословни спас предузимањем новог подухвата, па и када она није била утемељена у реалним очекивањима.

Дакле, немачка судска пракса нам показује да су неограничене животне могућности у којима могу да се појаве радње стечајног дужника које представљају намерно оштећење поверилаца. Потребно је, стога, да судије при решавању овакве врсте спорова покажу истанчан осећај за сложеност привредних односа, да не би олако карактерисали као оштећујуће неке радње које то не заслужују. Међутим, морају да покажу интуицију у откривању непоштених пословних потеза којима је стечајни дужник свесно оштетио своје повериоце. У равнотежи ова два супротстављена захтева лежи задовољење захтева правичности, што није нимало лако, будући да је правни стандард намере оштећења поверилаца заиста широк.

б) Посебни случај – враћање зајма власнику

У најкраћем, посебни случај намерног оштећења поверилаца постоји онда када стечајни дужник у последњој години пре подношења предлога за отварање стечаја врати зајам власнику његовог капитала.⁴³ Прецизније речено, побојна је и радња слична зајму, а противник побијања је и власник значајног капитал учешћа (25%), као и свако друго са стечајним дужником повезано лице.⁴⁴ При том се то не односи на враћање зајма банци. Институт потиче из немачког права, мада је тамо он прописан у посебном члану стечајног закона који уређује зајмове власника.⁴⁵

За примену овог случаја побијања није неопходно да се испуне додатни услови (ни субјективни, нити објективни). Довољно је да је дужник вратио зајам повезаном лицу у критично доба. То се јасно у немачкој судској пракси, јер се каже да није потребно да је друштво било у кризи у време враћања зајма свом власнику у оквиру једногодишњег рока

41 OLG Celle, пресуда 13 U 98/10 од 16. децембра 2010, ZIP 2011, 676.

42 BGH, пресуда IX ZR 85/07 од 5. марта 2009, ZIP 2009, 922.

43 Закон о стечају, чл. 123 ст. 3.

44 Закон о стечају, чл. 123 ст. 3 у вези чл. 125.

45 InsO, пар. 135 (нем. *Gesellschafterdarlehen*).

пре подношења предлога за отварање стечаја.⁴⁶ Поред тога, радње које одговарају зајму се уско тумаче. У вези тога је речено да то што је дужник платио закупнину свом власнику или са њим повезаном лицу, на име закупа земљишта, не представља *per se* радњу која је изједначена са зајмом.⁴⁷ Када смо се дотакли повезаних лица, помињемо и то да је у нашој теорији примећено да су она у Немачкој обухваћена побијањем враћања зајма на темељу судске праксе, а не на основу закона.⁴⁸ Тако је у једном случају суђено да је подложно побијању враћање зајма трећем лицу које је „тихи“ члан стечајног дужника, јер је учествовао у доношењу његових одлука.⁴⁹

Будући да се наша судска пракса по овом питању налази у јувенилном добу (овај основ побијања је уведен новелама стечајног закона из 2014. године), наведени примери из немачких судских одлука могу јој бити од помоћи, најмање из три разлога. Прво, за успех овог побијања се ни по нашем праву не тражи да је дужник био инсолвентан у време враћања зајма. Друго, и наша пракса би требало да уско тумачи радње сличне зајму, посебно због тога што је овакво побијање у целини објективизовано. Треће, код нас је и „директор у сенци“ лице повезано са стечајним дужником, па треба да се води рачуна да такви случајеви зајмова не измакну домаћају стечајног закона.⁵⁰

4. Јемство као спорна тачка бесплатних располагања стечајног дужника

а) Досадашња искуства

Правила српског стечајног закона о побијању добротних правних радњи стечајног дужника су само на први поглед једноставна.⁵¹ Да није тако види се из чињенице да се у српској правној теорији развила жива расправа о природи уговора о јемству, који се пред нашим судови-

46 BGH, пресуда IX ZR 196/13 од 30. априла 2015, ZIP 2015, 1130.

47 Landesgericht (Земаљски суд, LG) Freiburg, пресуда 13 O 133/13 од 07. јануара 2014, ZIP 2014, 336.

48 Бранко Радуловић, „Субординација зајмова власника у стечајном поступку – економска логика, упоредна решења и примена у Републици Србији“, *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ* (уредник Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, 41.

49 OLG Јена, одлука 1 U 503/15 од 25. септембра 2015, ZIP 2016, 1134.

50 Закон о стечају, чл. 125 тач. 6.

51 Закон о стечају, чл.124: „Правни посао и правна радња стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду могу се побијати ако су закључени односно предузети у последњих пет година пре подношења предлога за покретање стечајног поступка.“ Идентична одредба постоји у немачком праву: InsO, пар. 134, ст. 1 (нем. *Unentgeltliche Leistung*).

ма неретко побија по овом основу. Подсећања ради, уговором о јемству се јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника, ако то овај не учини.⁵² Ако јемац испуни дужникову обавезу повериоцу, има право да тражи од дужника све што је за њега испунио повериоцу (право регреса).

Спор се води око тога да ли је уговор о јемству теретни или добродели, око чега и иначе нема сагласности у правној мисли (иде се и докле да је он неутралан), а поврх тога стоји и да сама та подела уговора изазива дилеме.⁵³ Према једном гледишту (*Радовић*), које разматра само случај давања обезбеђења (уопште, не само јемства) између повезаних лица, „правном радњом без накнаде најчешће се неће сматрати давање обезбеђење од стране зависног друштва за кредит који узима зависно друштво.“⁵⁴ Насупрот томе, када су матично и зависно друштво у обрнутим улогама, уговор је добродели.⁵⁵ Према другом гледишту (*Хибер*), иде се за тим да је „уговор о јемству начелно теретан уговор“, укључујући у анализу однос јемца и дужника.⁵⁶ Дакле, по овом схватању, претпоставка ради у корист теретности уговора о јемству, али се дозвољава да јемство буде и „доброделино, ако се у односу између јемца и дужника може утврдити *intentio liberalis*“.⁵⁷

Ван сваке сумње, цитирани писци се слажу око тога да уговор о јемству није искључиво теретни или добродели, већ да оцена његове правне природе зависи од случаја. Друго гледиште је свеобухватније и ствара претпоставку теретности уговора о јемству, чиме се ономе који побија правну радњу поставља терет да докаже да је она добродели. Ипак, може и друкчије да се приступи овом питању. При испитивању карактера уговора о јемству сматрамо да не треба да постоји претпоставка о његовој природи. Насупрот томе, сматрамо да се може поћи од смерница (индиција, показатеља) које би, у сваком појединачном случају, требало да дају заокружену слику о природи уговора о јемству. Коначну оцену даје судија, који може да примени једну или више њих, али може и да

52 Закон о облигационим односима, чл. 997; О. Антић, 161-168.

53 Драгор Хибер, „Побијање уговора о јемству у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2015, 65-67; С. Перовић, 203-208.

54 Вук Радовић, „Побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, 83.

55 *Ibid.*

56 Д. Хибер, 72.

57 Д. Хибер, 73.

пронађе неку сасвим нову. У нашем случају смернице су опште и посебне. Опште смернице могу увек да се примене, а посебне само понекад, поред општих и независно од њих.

*б) Опште смернице за испитивање карактера
уговора о јемству*

Опште смернице могу да се примене у сваком случају када се побија уговор о јемству у коме је јемац стечајни дужник. Све се оне тичу односа између главног дужника и јемца.

Прва општа смерница се односи на ток (претходног) односа између дужника и јемца. То је, заправо, разлог јемчења и даје нам одговор због чега се јемац на то обавезао. Он лежи у каузи побијаног јемства.⁵⁸ Најмање се два пута судска пракса изјаснила о овом питању.⁵⁹ Ако је јемац то учинио из дарежљивости, јемство је доброчино и подложно је побијању. То ће бити случај када јемац у време пре закључења уговора о јемству од дужника није примио накнаду. Ако је јемац пристао да јемчи уз накнаду, јемство је теретно. Накнада се не посматра уско, већ то може бити било каква корист из било ког другог правног односа коју је јемац од дужника примио у вези јемчења. Свакако, испитивање прве опште смернице захтева анализу историјата правног односа јемца и дужника који се збио пре закључења побијаног јемства.

Друга општа смерница се тиче накнадног држања јемца. Овде треба дати одговор на питање да ли је јемац тражио од главног дужника регрес. Дакле, тражи ли јемац регрес од њега након испуњења повериоцу, уговор је теретан. И обратно, ако одустане од регреса, уговор је доброчин. Битно је, притом, да се утврди да ли је јемац покушао да се регресира од дужника. Ако је покушао, добровољно или принудно, да поврати оно што је платио за дужника па у томе није успео, очигледно је да код њега нема намере дарежљивости и уговор је теретан.

58 Закон о облигационим односима, чл. 51-53; С. Перовић, 323-338; О. Антић, 244-285.

59 Из образложења решења Привредног апелационог суда 6 Пж 114/14 од 30. априла 2015: „Наиме, природа уговора о јемству је таква да се не мора нужно радити о уговору који је бестеретан, у ком контексту се не сме посматрати само однос јемца и повериоца, већ и однос јемца и главног дужника.“ Из образложења пресуде истог суда 6 Пж 9713/13 од 22. маја 2015: „Кауза због које се јемац обавезује повериоцу за дужника може бити различита, јер уговарањем јемства са дужниковим повериоцем, јемац или жели помоћи дужнику или се тиме ослобађа неке своје обавезе према дужнику, или пак то чини уз обавезивање дужника према њему.“

Трећа општа смерница разматра природу уговора за који се јемчи. Другим речима, треба да се утврди каква је природа оног уговора за чије испуњење јемчи јемац. Најчешће ће то бити уговор о кредиту или уговор о зајму, али се једном приликом судска пракса у овом питању сусрела са уговором о факторингу.⁶⁰ Ипак, ова индиција изгледа да увек води закључку да је јемство теретни посао, јер се у пословној пракси то по правилу чини за обезбеђење потраживања из теретних уговора.

в) *Посебне смернице за испитивање карактера уговора о јемству*

Посебне смернице се примењују онда када су јемац и дужник повезана лица, као и када је и дужник пао под стечај, а не само јемац. Обе посебне смернице претпостављају да се побија јемство као правни посао јемца.

Прва посебна смерница се примењује када су главни дужник и јемац повезана лица у смислу Закона о стечају. Према *Хиберу*, ако су јемац и дужник повезана лица, могла би се утврђивати бестеретност уговора.⁶¹ Ипак, треба да се прави разлика између два могућа животна случаја. Први би био када матично друштво јемчи за испуњење обавезе свог зависног друштва према трећем. *Радовић* каже да се користи матичног друштва због јемчења „састоје у повећању вредности акција зависног друштва.“⁶² Овај аргумент је тачан, јер је могуће да услед добијања обезбеђеног кредита вредност акција зависног друштва увећа (посебно ако је матично друштво угледно). Све и да она остане иста или се, пак, смањи, опет би овакво јемчење било теретно. Матично друштво је у економски надређеном положају (премда правно равноправном) над својим зависним друштвом и разумно је очекивати да ће од њега тражити да му се врати све што је трећем за њега платило. Дакле, изгледно је да ће матично друштво да се „усуди“ да према зависном друштву врши регрес. У другом животном случају су повезана друштва у обрнутим улогама, јер зависно друштво јемчи за обавезе матичног. Ту важи супротна логика, јер је мало вероватно да ће се зависно друштво да се „дрзне“ да од свог матич-

60 Пресуда Привредног апелационог суда 5 Пж 1239/14 од 14. маја 2014: „Када се цени сама природа уговора о јемству, па самим тим да ли исти представља добротин или правни посао уз накнаду, треба ценити природу уговора који представља основ за закључење уговора о јемству.“

61 Д. Хибер, 72.

62 В. Радовић, 83.

ног друштва (правног „родитеља“) тражи регрес. Дакле, такво би јемство било доброчином.

Друга посебна смерница се примењује онда када су и јемац и дужник у стечају. У том смислу треба да се води рачуна о солвентности дужника у време закључења уговора о јемству. Ако је у то доба дужник био у неповољном финансијском стању, такав чињенични склоп више води закључку о добротности посла. Ово је стога што се јемац тада прећутно одриче регреса, јер он може разумно да претпостави да дужник неће бити у стању да му врати оно што за њега буде платио повериоцу. Поред тога, значајан је и дан закључења уговора о јемству. Заправо, важно је колико је тај тренутак удаљен од дана отварања стечаја над дужником. Што је скорије закључен уговор, то је више разлога да се он сматра добротним.

Када се повежу прва и друга посебна смерница, наћи ћемо се у магленим пољу стечаја повезаних лица. Та је тема контроверзна и код нас и у свету.⁶³ Посебну тежину услед тога добија и побијање уговора о јемству у вези кога су и јемац и дужник доспели у стечај, а при том су повезана лица. Иако се не ради о јемству, једна скорашња одлука Савезног врховног суда Немачке завређује пажњу и у светлу ове теме. Наиме, банка је одобрила заједничку кредитну линију за више повезаних друштава, која су након тога доспела у стечај. Само је друштво-мајка пре свог стечаја повукло средства кредита, поставши тако корисник кредита. Друштво-кћер је пре свог стечаја путем дозвољеног прекорачења текућег рачуна код те банке испунило банци обавезу свог друштва-мајке према банци по основу наведене кредитне линије. Суд је нашао да су тиме оштећени повериоци друштва-кћерке, у поводу бесплатног располагања.⁶⁴

IV Уговор о замени испуњења као „сумњиви“ посао

Према одредби закона који уређује облигације, обавеза престаје ако поверилац у споразуму са дужником прими нешто друго уместо онога што му се дугује.⁶⁵ То је замена испуњења (*datio in solutum*), као један од могућих начина престанка обавезе. Врло је примамљива за уговарање, јер кроз њу начело аутономије воље странака долази до пуног изражаја.

63 Вук Радовић, „Стечај повезаних друштава – основни проблеми и недоумице“, *Хармониус*, 2014, 271-299.

64 BGH, пресуда IX ZR 12/14 од 25. фебруара 2016, ZIP 2016, 581.

65 Закон о облигационим односима, чл. 308 ст. 1; О. Антић, 179-180.

Међутим, подложна је злоупотребама, што се препознаје и у лаичкој јавности.⁶⁶

Замена испуњења, попут уговора о јемству, честа је тема спорова о побијању правних радњи. Дешава се да поверилац новчаног потраживања, који је већ обезбеђен заложним правом на стварима будућег стечајног дужника, пре отварања стечаја (над дужником) са њим уговори замену испуњења. Она се испољава тако што дужник повериоцу уместо новчане обавезе (коју не може да испуни јер му је рачун у блокади) пренесе својину на управо тим оптерећеним стварима. Тиме се на очигледан начин нарушава равномерно намирење поверилаца. Правилно се (и, још је важније, правично) у неколико случајева судска пракса изјаснила о овом питању, одлучујући о постојању уобичајеног намирења поверилаца.⁶⁷ Према једном класичном мишљењу, замена испуњења представља инконгруентно (неуобичајено) намирење поверилаца.⁶⁸

V Закључак

Побијање правних радњи стечајног дужника је уистину сложена и непредвидива стечајна област. Довољно је рећи да судија треба да испита

66 „Уместо отплате кредита, Б. поклонио поље тоскичне јаловине“, наслов је вести објављене на интернет страници дневних новина *Данас*, дана 10. новембра 2014. године.

67 Из образложења пресуде Привредног апелационог суда 5 Пж 3338/14 од 7. маја 2014: „Тужилац и тужени су закључили Уговор о замени испуњења са Анексима пре отварања стечајног поступка. Закључак је првостепеног суда да се тужени, као поверилац, намирио на начин и у време који су у складу са садржином његовог права. У прилог томе говори чињеница да би се тужени, да није дошло до закључења спорних уговора намиривао као разлучни поверилац у стечајном поступку, јер је претходно утврђено да се ради о повериоцу који има заложно право на непокретностима и покретним стварима стечајног дужника, овде тужиоца. Тужилац је био у блокади дуже од годину дана пре покретања стечајног поступка, па и у време када је дошло до закључења спорних уговора.“ Из образложења пресуде Привредног апелационог суда 2 Пж 3356/15 од 24. новембра 2016: „По налажењу другостепеног суда, предузет правни посао замене испуњења обавезе тужиоца према туженом преносом својине на непокретности стечајног дужника на туженог представља посао којим се нарушава равномерно намирење поверилаца. Ово и услед чињенице да постоји уписана извршна вансудска хипотека у корист туженог на спорним непокретностима тужиоца на кат.парцели бр... уписаним у лист непокретности бр. КО Л., с обзиром на то да сходно одредби чл. 49 Закона о стечају тужени као разлучни поверилац има право на првенствено намирење из средстава остварених продајом имовине, али у складу са наведеном одредбом, а не на основу побијаног правног посла закљученог са тужиоцем“.

68 „...kad poduzeće za neki dug dade zalog ili hipoteku, iako to niti po zakonu niti po ugovoru sklopljenom prije početka pobojnog vremena nije bilo dužno učiniti.“ (S. Zuglia, 43).

да ли су испуњени предуслови и услови побијања, пре него што ће да смести чињенице у одговарајући основ побијања. Посебну пажњу захтева испитивање постојања субјективних услова, попут намере оштећења поверилаца и знања сауговарача за њу, као и знања сауговарача да је дужник неспособан за плаћање. Домаћој судској пракси могу да буду од користи одлуке немачких судова, будући да су тамошња правила побијања у највећој мери слична правилима домаћег стечајног права. Говорећи о правној књижевности, досадашња размишљања на тему побијања уговора о јемству се допуњују смерницама у потрази за његовом правном природом. Поврх свега, законодавцу се предлаже захват којим би се дејство побијања проширило и на правне радње трећих лица, полазећи од задовољења сврхе стечаја.

Marko TOMIĆ

Higher Judicial Assistant Commercial Court of Appeal

AVOIDING OF BANKRUPTCY DEBTORS' TRANSACTIONS IN RECENT PRACTICE OF SERBIAN AND GERMAN COURTS

Summary

The paper deals with avoiding bankruptcy debtors' transactions in the light of recent Serbian and German judicial practice. First part of the paper is dedicated to introductory considerations on this subject. Second part deals with preconditions and conditions of avoiding bankruptcy debtors' transactions. Third part is central one and it speaks of grounds for avoiding. Special argument on legal nature of surety contract took place in it. Fourth part deals with giving in payment as a avoidable transaction. At last, the conclusion is made in fifth part.

Key words: *avoiding, bankruptcy debtor, bankruptcy, judicial practice, surety contract.*