

POBIJANJE PRAVNIH RADNJI STEČAJNOG DUŽNIKA

DR FRANC CIMERMAN (DR. FRANC ZIMMERMANN)
ADVOKAT I STEČAJNI UPRAVNIK, NEMAČKA

JASMINKA OBUĆINA
SUDIJA PRIVREDNOG APELACIONOG SUDA U BEOGRADU

IVAN MILOVANOVIĆ
STEČAJNI UPRAVNIK, SRBIJA

Beograd, 2015.

Izdavač
Agencija za licenciranje stečajnih upravnika
u saradnji sa
Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (GIZ GmbH)
Program za pravne i pravosudne reforme u Srbiji

POBIJANJE PRAVNIH RADNJI STEČAJNOG DUŽNIKA

Dr Franc Cimerman (Dr. Franc Zimmermann)
advokat i stečajni upravnik, Nemačka

Jasminka Obućina
sudija Privrednog apelacionog suda u Beogradu, Srbija

Ivan Milovanović
stečajni upravnik, Srbija

Urednici
Tanja Glišić
Ivan Milovanović

Lektura
Boja Jovčić-Talijan

Grafička priprema
Denis Vikić

Štampa
Interklima-grafika, Vrnjačka Banja

Tiraž
500 primeraka

SADRŽAJ

PREDGOVOR	9
UVOD	11
PRVI DEO – Prethodna provera, razgraničavanje između apsolutno ništavih, relativno ništavih (rušljivih) i punovažnih ugovora	21
I. Značenje	21
II. Ništavi ugovori	21
III. Relativno ništavi (rušljivi) ugovori	24
IV. Pobijanje van stečaja	26
DRUGI DEO – Ostali opšti preduslovi za pobijanje u stečaju, aktivna i pasivna legitimacija, česte greške prilikom pobijanja, ispravan tužbeni zahtev	31
I. Opšti preduslovi i uslovi za pobijanje u stečaju	31
II. Predmet pobijanja	32
III. Pobojna tužba, prigovor i protivtužba	33
IV. Ispravan tužbeni zahtev	37
V. Primeri iz prakse	37
TREĆI DEO – Problem kasnog podnošenja zahteva za otvaranje stečajnog postupka	43
I. Prikaz ekonomskog značaja pobijanja u stečaju na osnovu primera iz prakse	44
II. Odredbe o pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika u skladu sa članom 119 ZS kao najvažnijim elementom srpskog zakonodavstva u oblasti stečaja; posledice trenutka podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka na mogućnost ostvarivanja prava na pobijanje	46

III. Dosadašnja praksa, potreba za izmenama	48
IV. Automatsko podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka	49
V. Posledice neustavnosti članova 150 do 154 ZS	55
ČETVRTI DEO – Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika	57
I. Uopšteno, obaveza utvrđivanja pravnih radnji koje mogu da se pobiju, izveštaji stečajnog upravnika	57
II. Utvrđivanje (pravnih) radnji koje mogu da se pobijaju, tok krize i uzroci nesposobnosti plaćanja	59
III. Sistematika članova 119-130 ZS	60
PETI DEO – Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika prema ZS	63
ŠESTI DEO – Opšti uslovi za pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika	
/ Elementi činjeničnog stanja člana 119 ZS	67
I. „Pravni poslovi/druge pravne radnje“	67
1. Radnje	68
2. Nečinjenja	68
3. Ostalo	69
II. „zaključene odnosno preduzete pre pokretanja stečajnog postupka“	70
III. „kojima se narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca ili oštećuju poverioci, kao i pravni poslovi i druge pravne radnje kojima se pojedini poverioci stavljaju u pogodniji položaj“	70
SEDMI DEO – Pojedinačna činjenična stanja pobijanja	73
I. Član 120 ZS (Uobičajeno namirenje)	73
1. Uopšteno	74
2. „pravni posao ili druga pravna radnja“	74
3. „šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“	75
4. „jednom poveriocu pruža obezbeđenje ili daje namirenje na način i u vreme koji su u skladu sa sadržinom njegovog prava“	75
5. „pruža“	76
6. „stečajni dužnik je u vreme kad su preduzeti bio nesposoban za plaćanje“	76
6.1. Nesposobnost plaćanja prema članu 12 ZS	76
6.2. Nesposobnost plaćanja prema članu 11 ZS	76
6.3. Nesposobnost plaćanja prema članu 11 stav 3 tačka 1 ZS	77

6.4. Nesposobnost plaćanja prema članu 11 stav 3 tačka 2 ZS	80
6.5. Nesposobnost plaćanja prema članu 11 stav 5 rečenica 1 ZS (prezaduženost)	82
6.5.1. Razlike između prezaduženosti u trgovinskom i stečajnom pravu	82
6.5.2. Vrednosti od kojih se polazi kod provere prezaduženosti	84
7. „a poverilac je znao ili morao znati za njegovu nesposobnost plaćanja“	84
8. Teret dokazivanja i obrazlaganja / Uopšteno	87
9. Olakšavajuće okolnosti dokazivanja i obrnuti teret dokazivanja	89
10. Primeri / pojedinačni slučajevi	91
II. Član 121 ZS (neuobičajeno namirenje)	92
1. Uopšteno	92
2. „pravni posao ili pravna radnja“	93
3. „pruža“	93
4. „obezbeđenje“	93
4.1. „obezbeđenje za jednog poverioca koje on uopšte nije imao pravo da traži“	93
4.2. „obezbeđenje za jednog poverioca koje je on imao pravo da traži ali ne na taj način“	95
4.3. „obezbeđenje za jednog poverioca koje je on imao pravo da traži ali ne u vreme kad je preduzeto“	96
5. „namirenje“	96
5.1. „namirenje za jednog poverioca koje on uopšte nije imao pravo da traži“	96
5.2. „namirenje jednog poverioca koje je imao pravo da traži ali ne u to vreme“	96
6. Primeri slučajeva	97
7. Teret dokazivanja i obrazlaganja	100
III. Član 122 ZS (neposredno oštećenje poverilaca)	101
1. Uopšteno	101
2. „pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika“	102
3. „neposredno oštećenje“	104
4. „preduzet u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“	106
5. „ako je stečajni dužnik u to vreme bio nesposoban za plaćanje“	106
6. „a saugovarač je znao za nesposobnost plaćanja“	106

7. „posao je zaključen posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“	107
8. „saugovarač stečajnog dužnika je znao ili je morao znati da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje ili da je stavljen predlog za pokretanje stečajnog postupka“	107
9. „preduzimanje ili propuštanje preduzimanja pravne radnje stečajnog dužnika kojom on gubi neko svoje pravo ili zbog koje on to pravo više ne može ostvariti“	107
10. „a radnja je preduzeta ili propuštena u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“	108
11. „smatraće se da je saugovarač znao ili je morao znati za nesposobnost plaćanja stečajnog dužnika ili za predlog za pokretanje stečajnog postupka ako je znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, posebno ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka“	108
12. „u slučaju iz stava 1 ovog člana shodno se primenjuju odredbe člana 120 (stav 3 i 4) ovog zakona“	110
IV. Član 123 ZS (Namerno oštećenje poverilaca)	111
1. Uopšteno	111
2. „pravni posao odnosno pravna radnja“	112
3. „zaključeni odnosno preduzeti“	112
4. „u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili posle toga“	115
5. „oštećenja jednog ili više poverilaca“	115
6. „sa namerom“	115
7. „ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za nameru stečajnog dužnika“	118
8. „Znanje namere se pretpostavlja ako je saugovarač stečajnog dužnika znao da stečajnom dužniku preti nesposobnost plaćanja i da se radnjom oštećuju poverioci“	118
9. „zajam/druge pravne radne koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova“	120
10. Izvođenje dokaza	121
10.1. Teret obrazlaganja i dokazivanja	121
10.2. Olakšanje tereta dokazivanja i obrnuti tereta dokazivanja (član 123 stav 1 rečenica 2 ZS)	122
10.3. Indicije	124

I. Član 124 ZS (poslovi i radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu) . . .	128
1. Uopšteno	128
2. „pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika“	129
3. „bez naknade“	131
4. „ili uz neznatnu naknadu“	133
5. Drugi pojedinačni slučajevi	133
6. „Ne mogu se pobijati uobičajeni prigodni darovi, nagradni darovi, kao ni darovi učinjeni iz zahvalnosti niti izdvajanja u humanitarne svrhe, pod uslovom da su u vreme kada su učinjeni bili srazmerni finansijskim mogućnostima stečajnog dužnika i uobičajeni za privrednu granu kojoj stečajni dužnik pripada“	134
7. „Odricanje od nasleđstva smatra se pravnom radnjom stečajnog dužnika bez naknade“	135
8. Oštećenje poverilaca	135
9. Teret dokazivanja	136

OSMI DEO – Dopunski propisi o poboju pravu

specifični za stečajni postupak	137
I. Član 125 ZS (Povezana lica)	137
1. Uopšteno	137
2. Povezana lica u smislu kompanijskog prava (član 125 tačke 1-6 ZS)	138
2.1. „članovi organa upravljanja/organa nadzora“ (tačka 1)	138
2.2. „član stečajnog dužnika koji za njegove obaveze odgovara celokupnom svojom imovinom“ (tačka 2)	138
2.3. „član ili akcionar sa značajnim učešćem u kapitalu društva/stečajnog dužnika“ (tačka 3)	139
2.4. „pravno lice koje stečajni dužnik kontroliše u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva“ (tačka 4)	139
2.5. „lica koja zbog svog posebnog položaja u društvu imaju pristup poverljivim informacijama ili imaju mogućnost da se upoznaju sa finansijskim stanjem stečajnog dužnika“	139
2.6. „lice koje je faktički u poziciji da vrši značajan uticaj na poslovanje stečajnog dužnika“ (tačka 6)	140
2.7. Širenje kruga lica u smislu člana 125 tačke 1), 2), 3), 5) i 6) ovog člana (supružnici).	141
2.8. Povezana lica u odnosu na fizičko lice (tačka 7)	141

II. Član 126 ZS (Nemogućnost pobijanja)	142
1. Uopšteno	142
2. Član 126 stav 1 tačka 1 ZS	142
3. Član 126 stav 1 tačka 2 ZS	143
4. Član 126 stav 1 tačka 3 ZS	143
5. Član 126 stav 2 ZS („Gotovinski posao“)	144
6. Član 126 stav 3 ZS	147
III. Član 127 ZS (Rokovi)	149
1. Uopšteno	149
2. Član 127 stav 1 ZS	149
3. Član 127 stav 2 ZS	150
IV. Član 128 ZS (Radnje pobijanja)	151
1. Uopšteno	151
2. Član 128 stav 1 ZS	151
3. Član 128 stav 2 ZS	152
V. Član 129 ZS (Stranke u postupku pobijanja)	152
1. Uopšteno	152
2. Lice koje vrši pobijanje	153
3. Povlašćeno lice	153
4. Protivnik pobijanja	153
VI. Član 130 ZS (Dejstva pobijanja)	154
1. Uopšteno	154
2. Član 130 stav 1 ZS	154
3. Plodovi i koristi	157
4. Izdaci protivnika pobijanja	157
5. Naknada vrednosti	158
6. Član 130 stav 2 ZS	159

PREDGOVOR

Ideja za knjigu nastala je na seminaru koji su Agencija za licenciranje stečajnih upravnika i Nemačko društvo za međunarodnu saradnju (Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH – Legal and Judicial Reform Program, Serbia) – Program za pravne i pravosudne reforme u Srbiji zajednički realizovali 1. i 2. oktobra 2012. godine u Beogradu. U fokusu ovog stručnog skupa bilo je, između ostalog, i pobijanje pravnih radnji u stečaju prema srpskom zakonodavstvu. Stečajni upravnici iz Srbije su predložili da se tema pobijanja pravnih radnji u stečaju podrobnije razmotri i konkretizuje, jer ne postoji mogućnost da se iskoristi obimna praksa u pobijanju pravnih radnji u stečaju, pošto je Zakon o stečaju u Srbiji u ovoj formi relativna novina. Srpsko zakonodavstvo u oblasti stečaja je vrlo moderno i usmereno ka budućnosti, delom je u razvoju otišlo dalje u odnosu na slične zakone u drugim zemljama, a drugim delom se srpski Zakon o stečaju oslanja na te iste zakone.

Srpski Zakon o stečaju je sličan nemačkom, pa i u okviru odredbi koje se odnose na pobijanje pravnih radnji u stečaju postoje samo neznatne razlike, kao što je npr., odredba o nesposobnosti plaćanja ili prezaduženosti. Kad je u pitanju osnovna struktura, srpsko zakonodavstvo u oblasti pobijanja pravnih radnji u stečaju slično je nemačkom. U Nemačkoj postoje brojne odluke o pobijanju pravnih radnji u stečaju. Literatura koja sa bavi pobijanjem pravnih radnji u stečaju toliko je obimna da je gotovo nesaglediva. U tom smislu bila je ovo prilika da se saznanja do kojih se došlo u nemačkoj sudskoj praksi i literaturi i znanje koje čini osnovu ove materije stave na raspolaganje stručnoj javnosti u Srbiji, pri čemu ovu knjigu treba u suštini shvatiti kao jedan od elemenata na putu ka boljem razumevanju specifične materije pobijanja pravnih radnji u stečaju u srpskom zakonodavstvu.

Pobijanje pravnih radnji u stečaju nije novina u stečajnom pravu Srbije. Bilo je predviđeno i Zakonom o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji („Službeni list SFRJ“ broj 84/89 i „Službeni list SRJ“ broj 37/93 i 28/96) i Zakonu o

stečajnom postupku („Službeni glasnik RS“ broj 84/2004), ali je u praksi primenu u punom obimu našao po donošenju Zakona o stečaju („Službeni glasnik RS“ broj 104/2009)¹⁾. Tada se pojavila i potreba za detaljnijim upoznavanjem ovog instituta, a praksa je pokazala da u praksi konkretnih odredbi koje se odnose na pobijanje ima nesnalaženja stečajnih upravnika, a pre svega nerazlikovanja ništavih od punovažnih pravnih poslova. Upravo nerazumevanje ovog instituta dovelo je do većeg broja sudskih postupaka koji su okončani nepovoljno po stečajne dužnike. Stoga je poseban akcenat dat ništavim i rušljivim pravnim poslovima, kako bi se u praksi napravila razlika između ovih poslova i punovažnih pravnih poslova, čime bi se izbegli neuspešni ishodi parničnih postupaka po tužbama stečajnih upravnika usmerenih na primenu instituta pobijanja u stečaju i na taj način doprinelo efikasnosti stečajnih postupaka.

Sa praktičnog aspekta primene Zakona o stečaju i mogućnosti koje on nudi u pogledu zaštite interesa poverilaca kroz primenu instituta pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, problem u Republici Srbiji predstavlja činjenica da se u praksi predlozi za otvaranja stečaja podnose i nekoliko godina nakon što su ispunjeni zakonski uslovi za otvaranje stečaja nad privrednim subjektima tako da ovako pasivno ponašanje ovlašćenih predlagača, posebno poverilaca, ima za posledicu da nakon što se otvori stečajni postupak, zbog protoka zakonskih rokova koji su prekluzivni nije moguće podneti pobojne tužbe pa je i ova knjiga pokušaj da se ovaj pravni institut učini jasnijim i dostupnijim svim zainteresovanim licima a posebno poveriocima jer je zaštita njihovih interesa i svrha vođenja stečajnog postupka.

Autori posebno žele da zahvale Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika, koja je omogućila stvaranje ovog dela. U jednakoj meri želimo da zahvalimo i Nemačkom društvu za međunarodnu saradnju (Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit GmbH) na konstantno izuzetno dobroj saradnji, posebno g. dr Majku Falkeu (Dr. Mike Falke), vođi GIZ-ovog Programa za pravne i pravosudne reforme u Srbiji. Dalje autori ovim putem žele da zahvale i svojim saradnicima. Advokat i stečajni upravnik dr Franc Cimerman (Dr. Franc Zimmermann) ovim putem izričito želi da zahvali svojim saradnicama (abecednim redom), gđi Doris Bartels, gđi Kristin Hagedorn, gđi Pegi Jeske (Peggy Jeske), gđi Melani Ton (Melanie Tonn) i gđi Saskiji Zodra (Saskia Szodra).

1) Prilikom navođenja članova Zakona o stečaju naziv tog zakona za potrebe ove publikacije koristi se u skraćenom obliku: ZS.

UVOD

Iako je donošenjem Zakona o stečajnom postupku znatno unapređen stečajni postupak u Republici Srbiji, šestogodišnja praksa u primeni navedenog zakona ukazala je na probleme u primeni pojedinih odredbi ovog zakona, postojanje pravnih praznina itd., kao i to da jedan deo ovih problema nije moguće otkloniti bez izmene propisa koji regulišu pitanje stečaja, niti isključivo boljom primenom tada važećeg Zakona o stečajnom postupku. Osim toga, u uslovima svetske finansijske krize dodatno je važno omogućiti privredi efikasne pravne mehanizme za rešavanje posledično nastalih problema u poslovanju, posebno u situaciji kada su hiljadama privrednih subjekata blokirani računici. U tom smislu Zakon o stečaju²⁾ stvara zaduženim privrednim subjektima kao i poveriocima bolje uslove da pravovremeno pokrenu stečajni postupak, kako bi redefinisali svoje dužničko-poverilačke odnose i očuvali poslovne aktivnosti, odnosno kada to nije moguće – očuvali poslovanje i imovinu privrednog društva i u kratkom roku je vratili u upotrebu ne čekajući da tehnološki zastari i vrednost joj znatno opadne.

Glavni pokazatelji efikasnosti stečajnog postupka su stepen namirenja, dužina trajanja i troškovi stečajnog postupka. Zakon o stečaju je imao za cilj unapređenje kvaliteta stečajnog postupka u Republici Srbiji, i to upravo kroz veći stepen namirenja poverilaca, manje troškove stečajnog postupka i smanjenje dužine trajanja stečajnog postupka, kao i uvođenje dodatnih podsticaja za poverioce, a naročito dužnike, da blagovremeno pokrenu stečajni postupak kako bi pokušali da prevaziđu finansijske poteškoće i održe poslovanje. Stečaj se u Srbiji pre donošenja Zakona o stečaju retko koristio, i čak je beležen blagi opadajući trend otvorenih postupaka tako da je tokom 2008. godine pokrenuto

2) Prilikom analize očekivanih posledica Zakona o stečaju korišćeno je obrazloženje koje je 07.08.2009. Vlada Republike Srbije podnela Narodnoj skupštini, kao i deo analize posledica zakona u vezi sa ZS – nacrt zakona koji je preuzet sa sajta www.ria.gov.rs.

samo 140 stečajnih postupaka. Trend stečajnih postupaka pokrenutih prema Zakonu o stečajnom postupku bio je u suprotnosti sa ekonomskih kretanjima u privredi Srbije. Naime, broj privrednih društava čiji je račun bio blokiran više od tri godine iznosio je preko 6000. Stavljanjem u odnos ove dve veličine, jasno je da se stečaj nije koristio čak ni kada je potreba za njegovim sprovođenjem bila očigledna, između ostalog i zbog neadekvatnih podsticaja.

Ključne novine u odnosu na Zakon o stečajnom postupku ogledaju se u: uvođenju načela i cilja stečajnog postupka, preciziranju i uvođenju novih stečajnih razloga, ukidanju stečajnog veća, pojašnjenju odredbi o statusu i imenovanju stečajnog upravnika, preciziranju uloge Agencije za licenciranje stečajnih upravnika u vršenju nadzora nad radom stečajnih upravnika, uvođenju prekluzivnog roka za prijavu potraživanja, uvođenju mogućnosti prebijanja potraživanja, postojanju unapred pripremljenog plana reorganizacije, preciziranju pravnih posledica usvajanja plana reorganizacije, brisanju stečaja preduzetnika i stečaja male vrednosti.

Cilj donošenja Zakona o stečaju, osim poboljšanja navedenih pokazatelja efikasnosti stečajnog postupka, jeste pokušaj da se prevaziđe dotadašnje shvaćanje stečaja kao slepe ulice, kao i podsticaj privrednicima da o stečaju razmišljaju kao o još jednoj mogućnosti da reše svoje finansijske probleme, a naročito ako počnu da ih rešavaju blagovremeno.

Zakon o stečaju je donet sa očekivanjem da će imati uticaj na:

- Privredna društva čiji su računi blokirani na duži period. Pored dužnika sa blokiranim računima, očekivao se i uticaj na poverioce, koji bi mogli da uplate predujam i zahtevaju sprovođenje stečaja.

- Stečajne upravnike, kao i na ona lica koja su položila stručni ispit ili nameravaju da ga polože i dobiju licencu. Određena rešenja Zakona o stečaju omogućila su angažovanje stečajnih upravnika koji do sada nisu imali prilike da obavljaju svoju delatnost. Naime, za tri godine pre donošenja Zakona o stečaju od 430 licenciranih stečajnih upravnika samo je njih 250 (oko 52%) bilo angažovano i imalo mogućnost da obavlja svoj posao.

- Stečajne sudije, koje su bile suočene sa negativnim efektom nastalim usled paralelne primene tri zakona, pri čemu je nekim bilo predviđeno stečajno veće, nekim ne, a rokovi i procedure različito definisani.

- Agenciju za licenciranje stečajnih upravnika, preciziranjem njene uloge i pravnih mehanizama za vršenje nadzora nad radom stečajnih upravnika.

- Druge državne organe kojima je određena obaveza izveštavanja ili dostavljanja podataka (Agenciju za privredne registre „APR“ i Narodnu banku Srbije „NBS“ kao organizaciju koja sprovodi postupak prinudne naplate).

- Troškove koje će primena zakona izazvati kod građana i privrede, posebno malih i srednjih privrednih društava, pa se očekivalo smanjenje troškova pokretanja stečajnog postupka i uvećanje stepena namirenja, tako da mala i srednja privredna društva koja su u ulozi poverilaca budu u znatno boljem položaju. S druge strane, insolventnom segmentu malih i srednjih privrednih društava omogućiće se jednostavniji izlazak sa tržišta.

Zakon o stečajnom postupku propisivao je da se stečajni postupak obustavlja u slučaju da je imovina stečajnog dužnika manja od troškova stečajnog postupka. Ovakvo rešenje izazvalo je probleme u praksi, budući da obustava stečajnog postupka ne podrazumeva prestanak postojanja pravnog lica, a time ni njegovo brisanje iz registra, te ova privredna društva nastavljaju svoje formalno-pravno postojanje, iako je, zapravo, reč o neaktivnim pravnim licima bez imovine ili sa neznatnom imovinom. Ovaj zakon nije sadržao odredbe o stečajevima „neznatne vrednosti“. Zakon o stečaju propisuje da se stečajni postupak u ovakvim slučajevima zaključuje, što za posledicu ima prestanak pravnog lica i njegovo brisanje iz APR uz mogućnost da se na zahtev poverilaca ili stečajnog dužnika polože sredstva neophodna za pokriće troškova stečajnog postupka. Na ovaj način se otklanja mogućnost neracionalnog i skupog sprovođenja postupka stečaja koji podrazumeva prijavljivanje i ispitivanje potraživanja i niz drugih radnji u slučajevima kada vrednost imovine stečajnog dužnika neznatno prevazilazi visinu troškova stečajnog postupka. I pored moguće opasnosti od diskrecionog odlučivanja suda u ovakvim slučajevima, predlagač je smatrao da će situacije u kojima će sud značajno pogrešiti u proceni vrednosti imovine biti znatno ređe od broja slučajeva u kojima bi se resursi besmisleno trošili na postupke koji neće ispunjavati svoju svrhu, odnosno rezultirati namirenjem poverilaca.

Zakon o stečajnom postupku propisivao je dualitet sudskih stečajnih organa pa u postupku odlučuju stečajno veće i stečajni sudija. Primena ovog zakona pokazala je, međutim, da ova podela ovlašćenja u okviru istog suda ne doprinosi efikasnosti postupka, a da istovremeno dovodi do zabune i neujednačenog tumačenja zakonskih normi, te time i neujednačene primene kada su u pitanju pravni lekovi. U ogromnom broju slučajeva stečajno veće potvrđuje odluke stečajnog sudije, što ukazuje da je u pitanju dupliranje u odlučivanju

pre nego adekvatno razmatranje prvostepenih odluka. Osim toga, ostalo je nejasno da li je moguće ulagati žalbu višem sudu na rešenje stečajnog veća, i ako jeste, da li je to moguće u svim ili samo u ograničenom broju slučajeva. Stoga je dolazilo do neujednačenog tretmana učesnika u postupku i, povremeno, do uskraćivanja prava na žalbu, tako da je taj dualitet eliminisan Zakonom o stečaju iz svih navedenih razloga, što je imalo za cilj ubrzanje stečajnog postupka. Imalo se u vidu i to da u manjim sudovima nema dovoljno sudija koji se bave stečajnom materijom. Ukidanjem stečajnog veća sva dotadašnja ovlašćenja veća preneti su na stečajnog sudiju, odbor poverilaca i skupštinu poverilaca.

Cilj Zakona o stečaju bio je i da se iznađe rešenje za „čutanje“ poverilaca i odugovlačenje stečajnog postupka usled neaktivnosti poverilaca. Tokom analize, kao jedan od bitnih problema u primeni Zakona o stečajnom postupku iznet je taj da postoji neaktivnost poverilaca. Posledice neaktivnosti, bez obzira na uzroke, bile su odugovlačenje postupaka budući da Zakon o stečajnom postupku zahteva saglasnost poverilaca za većinu značajnih odluka i radnji kojima se postupak sprovodi i okončava. Sa druge strane, na poveriocima je da odluče da li će svoje vreme i sredstva uložiti u bavljenje stečajnim postupkom – naime, nije celishodno, niti sprovodivo propisivati odredbe kojima bi se poverioci obavezivali na aktivno učešće u postupku ako oni sami to ne žele. Stoga je Zakonom o stečaju propisano da će se smatrati da je odbor poverilaca saglasan sa predloženom radnjom ako je o njoj obavešten u roku od najmanje 15 dana pre dana predložene radnje i ako na obaveštenje stečajnog upravnika nije reagovao osporavanjem predložene ili predlaganjem druge radnje. Zakonom o stečaju uvodi se još jedna novina koja kasnije i sama biva izmenjena imenama i dopunama zakona – ako se na prvom poverilačkom ročištu ne formiraju poverilački organi, dužnost odbora poverilaca vrši pet poverilaca, osim lica povezanih sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, čija su pojedinačna neobezbeđena potraživanja najveća prema pregledu potraživanja formiranom za potrebe glasanja na prvom poverilačkom ročištu.

Zakonom o stečaju je predviđeno da se stečajni postupak pokreće na predlog poverioca, dužnika ili likvidacionog upravnika. S obzirom na visoke troškove predujma koji su se u praksi privrednih sudova veoma razlikovali, što je za posledicu imalo izbegavanje pokretanja stečajnog postupka, navedenim zakonom definiše se i ograničava visina predujma tako da u troškove ulaze samo troškovi neophodni za pokretanje stečajnog postupka: troškovi oglasa i obaveštavanja poverilaca, troškovi stečajnog upravnika i troškovi neophodni za obezbeđenje imovine. Očekivani efekti ovog rešenja su bili da se pravovremeno pokrenu stečajni postupci, čime bi stepen namirenja poverilaca bio viši, mada je ovakvo rešenje

izazvalo probleme u praksi u smislu nedovoljnosti sredstava za vođenje stečaja.

Jedna od ključnih novina u Zakonu o stečaju jeste uvođenje prava na prebijanje. Zakon predviđa da ukoliko je pravo na prebijanje stečeno pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, otvaranje stečajnog postupka nema uticaja na postojanje prava na prebijanje. Stečajni poverilac je dužan da do isteka prekluzivnog roka za prijavu potraživanja sudu dostavi prijavu na celokupni iznos potraživanja, kao i izjavu o prebijanju; u suprotnom, stečajni poverilac gubi pravo na prebijanje, uz propisane izuzetke.

Zakonom o stečaju su precizirane odredbe o kamati, tako da za neobezbeđena potraživanja u stečajnom postupku obračunavanje ugovorenih i zatezних kamata prestaje sa danom otvaranja stečajnog postupka, dok se na obezbeđena potraživanja u stečajnom postupku obračunava ugovorena i zatezna kamata, ali samo do visine realizovane vrednosti imovine koja služi za obezbeđenje potraživanja.

Zakonom o stečaju su na drukčiji način regulisane procesnopravne posledice otvaranja stečajnog postupka. U trenutku nastupanja pravnih posledica otvaranja stečajnog postupka prekidaju se svi sudski postupci u odnosu na stečajnog dužnika i na njegovu imovinu, svi upravni postupci pokrenuti na zahtev stečajnog dužnika, kao i upravni i poreski postupci koji za predmet imaju utvrđivanje novčane obaveze stečajnog dužnika. Zakonom o stečajnom postupku nisu bile jasno precizirane procesnopravne posledice otvaranja stečajnog postupka, što je Zakonom o stečaju otklonjeno, i to jasnim regulisanjem pitanja prekida i nastavka postupka. Zakonom i stečaju su takođe precizirani slučajevi u kojima se parnični postupak nastavlja ukoliko je stečajni dužnik tuženi.

U Zakonu o stečaju, kada su u pitanju posledice otvaranja stečajnog postupka na pravne poslove i pravo izbora stečajnog upravnika u slučaju dvostrano teretnih ugovora, novina se ogleda u tome što ako stečajni upravnik ostane pri ispunjenju ugovora pa u toku stečajnog postupka prestane da ga izvršava, potraživanje po osnovu tog ugovora smatra se troškom stečajne mase, za razliku od rešenja po prethodnom zakonu gde to potraživanje spada u prvi ispladni red kao trošak stečajnog postupka. Ova novina je nastala kao posledica podele troškova stečajnog postupka i obaveza stečajne mase. U Zakonu o stečaju su precizirane i odredbe o finansijskom lizingu.

Novinu u Zakonu o stečaju predstavlja uvođenje pojma obaveze stečajne mase. Naime, izvršena je podela na troškove stečajnog postupka i obaveze stečajne mase. Troškovi stečajnog postupka obuhvataju: sudske troškove stečajnog postupka, nagrade i naknade stečajnom upravniku i/ili privremenom ste-

čajnom upravniku i druge izdatke za koje je zakonom predviđeno da se namiruju kao troškovi stečajnog postupka. U obaveze stečajne mase spadaju: obaveze prouzrokovane radnjama stečajnog upravnika ili na drugi način upravljanjem, unovčenjem i podelom stečajne mase, a koje ne spadaju u troškove stečajnog postupka, obaveze iz dvostranoteretnog ugovora, ako se njegovo ispunjenje traži za stečajnu masu ili mora uslediti nakon otvaranja stečajnog postupka, nastale neosnovanim obogaćenjem stečajne mase, obaveze prema zaposlenima stečajnog dužnika, nastale nakon otvaranja stečajnog postupka.

Značajna novina u Zakonu o stečaju svakako jeste uvođenje prekluzivnog roka za prijave potraživanja. Prema Zakonu o stečajnom postupku, rok za prijavu potraživanja iznosio je 60 dana od dana pokretanja stečajnog postupka. Navedeni rok nije bio prekluzivan, te je stoga poverilac mogao da svoja potraživanja prijavi i naknadno. Nepostojanje prekluzivnog roka dovelo je do brojnih zloupotreba i čestih odugovlačenja postupaka. Polazeći od načela hitnosti i načela ekonomičnosti, kao ključnih načela stečajnog postupka, Zakon o stečaju uvodi prekluzivni rok za prijavu potraživanja. Naime, zakon propisuje da stečajni sudija određuje rok za prijavu potraživanja, s tim što taj rok ne može biti kraći od 30 dana, niti duži od 120 dana. Sve prijave podnete nakon 120 dana odbaciće se kao neblagovremene. Predviđeno je i da troškove održavanja ročišta za naknadno ispitivanje potraživanja predumji podnosilac prijave, s tim što će sud prijavu odbaciti ukoliko poverilac ne uplati predumjam u roku koji je sud odredio.

Kao novinu Zakon o stečaju uvodi institut medijacije koja može trajati najduže 30 dana, odnosno, u opravdanim slučajevima, najduže 60 dana. Uvođenje medijacije je predstavljalo veliku prednost u odnosu na Zakon o stečajnom postupku, ako se ima u vidu činjenica da se korišćenjem ovog pravnog instituta mogu rasteretiti sudovi i smanjiti troškovi stečajnog postupka.

Zakonom o stečaju su propisani znatno duži rokovi za pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika. Rok za pobijanje radnji nastalih uobičajenim namirenjem iznosi šest meseci, dok za radnje proistekle iz neuobičajenog namirenja rok iznosi 12 meseci, a u slučaju neposrednog oštećenja šest meseci. Rok za namerno oštećenje nije menjan i on iznosi pet godina, dok je rok za pobijanje pravnog posla bez naknade, ili uz neznatnu naknadu, produžen sa tri na pet godina. Svi rokovi teku unazad od dana podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

U pogledu reorganizacije stečajnog dužnika, kako bi se kreirao još direktniji podsticaj za dužnika da na vreme signalizira da postoje problemi u poslovanju i pokuša da se dogovori sa većinskim poveriocima o načinu za njihovo

prevazilaženje, Zakon o stečaju uvodi institut unapred pripremljenog plana reorganizacije. Pokretanje postupka uz unapred prepremljeni plan reorganizacije podrazumeva poseban, znatno skraćen postupak, koji se okončava usvajanjem ili odbacivanjem plana u roku od najmanje 30 do 60 dana. Ovaj poseban postupak je i bitno jeftiniji – troškovi su minimalni i prevashodno se odnose na pružanje zaštitnih mera poveriocima. U postupku unapred pripremljenog plana reorganizacije nema prijavljivanja ni ispitivanja potraživanja, budući da je on zasnovan na saglasnosti i podršci većinskih poverilaca. Postupak stečaja u skladu sa unapred pripremljenim planom reorganizacije može pokrenuti samo dužnik, ako pritom postoji neki od zakonom predviđenih stečajnih razloga, a Zakonom o stečaju se propisuje i dodatna sadržina Unapred pripremljenog plana reorganizacije. Zakon o stečaju propisuje kao pravnu posledicu usvajanja plana reorganizacije to da donošenjem rešenja o potvrđivanju usvajanja plana reorganizacije prestaju sve posledice otvaranja stečajnog postupka. Po pravnosnažnosti rešenja o potvrđivanju usvajanja plana reorganizacije stečajni postupak se obustavlja.

U pogledu situacije zatečene u vreme važenja Zakona o stečajnom postupku, da je na hiljade privrednih subjekata nelikvidno, a da se stečajni postupci otvaraju izuzetno retko, da svi subjekti formalno egzistiraju kao aktivna privredna društva u Agenciji za privredne registre, Vlada RS je predložila da se Zakonom o stečaju uredi poseban postupak u slučaju dugotrajne nesposobnosti plaćanja, što je i prihvaćeno kroz odredbe u članovima 150-154, koje su izazvale najveći efekat u pogledu novodonetog zakona (koje su odlukom Ustavnog suda 12.07.2012. god. oglasene neustavnim). Nesporno je da je postojala realna potreba da se regulišu pitanja pokretanja stečajnog postupka u slučaju obustavljanja svih plaćanja u višegodišnjem periodu. Zakonom je bilo predviđeno da organizacija koja sprovodi postupak prinudne naplate jednom mesečno, i to poslednjeg dana u mesecu sa presekom stanja na taj dan, svim sudovima nadležnim za sprovođenje stečajnog postupka dostavi obaveštenje o pravnim licima sa njihove teritorije koja su trajnije nesposobna za plaćanje pošto su potpuno obustavila sva plaćanja u određenom periodu. Radi informisanja poverilaca, navedeno obaveštenje objavljivalo se u jednom visokotiražnom listu, kao i na internet strani organizacije koja sprovodi postupak prinudne naplate. Od dana početka primene ove odredbe period neprekidnog trajanja obustave svih plaćanja iznosio je tri godine. Po prijemu obaveštenja stečajni sudija bi po službenoj dužnosti donosio rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka, u kome se, osim postojanja stečajnog razloga, utvrđivalo i postojanje pravnog interesa poverilaca za sprovođenje stečajnog postupka.

Stečajni sudija bi rešenjem o pokretanju prethodnog postupka određivao visinu predujma i rok od 60 dana od dana objavljivanja rešenja u kome bi poveriloci mogli tražiti sprovođenje stečajnog postupka i položiti predujam. Bilo je predviđeno da ukoliko u ostavljenom roku bude uplaćen predujam, stečajni sudija bez odlaganja zakazuje ročište na kome bi se raspravljalo o postojanju stečajnog razloga za otvaranje stečajnog postupka. Ukoliko nijedan poverilac u predviđenom roku ne bi uplatio određeni predujam, smatralo se da ne postoji pravni interes poverilaca za sprovođenje stečajnog postupka i u tom slučaju bi stečajni sudija, odmah po isteku roka, doneo rešenje kojim: otvara stečajni postupak nad dužnikom, utvrđuje da je ispunjen stečajni razlog trajnije nesposobnosti plaćanja, utvrđuje da ne postoji interes poverilaca za sprovođenje stečajnog postupka i zaključuje stečajni postupak. Po pravnosnažnosti rešenja kojim se stečajni postupak zaključuje stečajni dužnik bi se brisao iz registra, a imovina stečajnog dužnika bi prelazila u svojinu Republike Srbije, čime se nije diralo u ranije stečena prava obezbeđenja i prioritetnog namirenja poverilaca na predmetnoj imovini. Republika Srbija nije odgovarala za obaveze stečajnog dužnika.

Zakonodavac je donošenjem Zakona o stečaju istakao nameru da se definišu i ograniče troškovi akontacionog plaćanja, tako što se pod njima podrazumevaju samo oni troškovi koji su neophodni za pokretanje stečajnog postupka. Tu spadaju: troškovi oglašavanja i troškovi obaveštavanja poverilaca, troškovi angažovanja stečajnog upravnika i troškovi neophodni za obezbeđenje imovine, u visini koju odredi stečajni sudija, a po izmenama zakona i troškovi registracije u Agenciji za privredne registre. Zakon o stečaju shodno tome precizira postupak vršenja nadzora nad radom stečajnih upravnika, disciplinske mere koje može da donese Agencija za licenciranje stečajnih upravnika, on takođe predstavlja i osnovu za definisanje disciplinskog postupka u okviru pravilnika koji donosi resorno ministarstvo. Kao obaveza stečajnog upravnika predviđeno je i pobijanje pravnih radnji uvek kada su ispunjeni uslovi za podnošenje pobojne tužbe, ukoliko bi se pobijanjem uvećala stečajna masa. Pritom se ne stvaraju nikakvi materijalni preduslovi za ispunjavanje ove zakonske obaveze – te stoga i predmetne obaveze, koje bi stečajni upravnici u tom smislu morali da ispune, pa su oni dužni da pravne radnje stečajnog dužnika pobijaju uvek kada procene da su ispunjeni uslovi za podnošenje tužbe. Na jednoj strani, odredbe o pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika u smislu člana 119 ZS možemo označiti kao važan element zakonodavstva u oblasti stečaja, pomoću kog se štite interesi poverilaca i stečajne mase kroz mogućnost značajnijeg uvećavanja imovine stečajnog dužnika na dan pokretanja stečajnog po-

stupka. Na drugoj strani, zakonodavac se uopšte nije bavio stvaranjem materijalnih preduslova u smislu neophodnih troškova za sprovođenje navedenih odredbi, pre svega ako se ima u vidu okolnost da je stečajni upravnik uvek dužan da vrši pobijanje kada su za to ispunjeni uslovi, a stečajna masa se uvećava.

Zakon o stečaju predviđa da predlog za pokretanje stečajnog postupka mogu da podnesu poverilac, dužnik ili likvidacioni upravnik. Zbog visokih troškova predujma, koji se u praksi privrednih sudova međusobno znatno razlikuju, što za posledicu ima izbegavanje pokretanja stečajnog postupka, pomenutim zakonom se definiše i ograničava predujam, tako da se u obzir uzimaju samo oni troškovi koji su neophodni za pokretanje stečajnog postupka. Očekivani efekti ovog rešenja bili su da se na vreme podnose predlozi za pokretanje stečajnog postupka, čime bi trebalo da se poveća stepen namirenja poverilaca. Ovakav pristup je, međutim, doveo do problema u praksi, pošto sredstva za vođenje postupka nisu bila dovoljna, naročito u sve češćim situacijama u kojima je gotovo čitava imovina dužničkog privrednog društva pre pokretanja stečajnog postupka već iskorišćena kao zalog. U ovakvim slučajevima stečajni postupci su praktično postupci u kojima se namiruju samo razlučni poverioci, a od prihoda od prodatih nekretnina, odnosno od iznosa koji se plaća razlučnim poveriocima mogu da se odbiju samo troškovi prodaje, u koje spada i naknada za stečajnog upravnika. Za stečajnog upravnika neretko u praksi može da bude veliki problem to što pitanje akontacionog plaćanja troškova stečajnog postupka od strane podnosioca predloga pre pokretanja stečajnog postupka nije rešeno na način koji bi stečajnom upravniku omogućio da ispuni svoje zakonske obaveze (u smislu što je dužan da podnese pobjnu tužbu, ako su za to ispunjeni uslovi). Razlog je u tome što ne postoje ni minimalna novčana sredstava za materijalne troškove koji nastaju podnošenjem pobjnih tužbi.

PRVI DEO

Prethodna provera, razgraničavanje između apsolutno ništavih, relativno ništavih (rušljivih) i punovažnih ugovora

I. Značenje

Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika je institut stečajnog prava koji u praksi izaziva najviše nedoumica i kod stečajnog upravnika i kod stečajnih sudija. Dosadašnja praksa i iskustvo su pokazali da učesnici stečajnog postupka pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika ne razlikuju od ništavosti ugovora, koji je institut obligacionog prava i reguliše ga Zakon o obligacionim odnosima. Stoga razmatranje pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika podrazumeva prethodno poznavanje odredbi Zakona o obligacionim odnosima kojim se reguliše ništavost ugovora. To podrazumeva pre svega razlikovanje ništavih od punovažnih ugovora.

Jedan ugovor proizvodi pravno dejstvo samo ako je punovažan. Da bi bio punovažan, on mora da ispunjava zakonom predviđene uslove. To su: saglasnost volja i sposobnost ugovaranja ugovornih strana, dopuštenost osnova i predmeta ugovora, forma ugovora. Ako u momentu zaključenja ugovora nedostaje neki od ovih bitnih elemenata koji je zakonom predviđen, takav ugovor nije punovažan. On je nevažeći. Međutim, uzroci nevažnosti ugovora nisu uvek isti, zbog čega se i posledice razlikuju. Stoga nevažeće ugovore delimo na:

1. ništave (apsolutno ništave),
2. rušljive (relativno ništave).

II. Ništavi ugovori

Definicija ništavih ugovora data je odredbom člana 103 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima kojim je propisano da je ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima ništav ako cilj povre-

đenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. Pod terminom „prinudni propisi“ ne podrazumevaju se samo imperativni propisi koje predviđa Zakon o obligacionim odnosima već i prinudni propisi koji su predviđeni pozitivnim pravom uopšte. Ugovor je ništav i ukoliko je suprotan javnom poretku i dobrim običajima. Međutim, sve ovo pod uslovom da cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili da zakonom u određenom slučaju nije propisano što drugo. Ništavost ugovora nastupa na osnovu zakona. Ništav ugovor ne proizvodi pravno dejstvo, sud o ništavosti vodi računa po službenoj dužnosti, na ništavost se može pozvati svako zainteresovano lice, a ništavi pravni poslovi protekom vremena ne mogu se osnažiti – postati punovažni. Stoga ne zastareva ni pravo na tužbu radi utvrđivanja ništavosti. Da je drugačije, protekom vremena ništavi ugovori bi postali punovažni, što kao ništavi ne mogu biti.

Posledice ništavosti predviđene su članom 104 Zakona o obligacionim odnosima. Zakon reguliše situaciju kada su stranke potpuno ili delimično izvršile obaveze i kada ih uopšte nisu izvršile. U situaciji kada nijedna strana nije izvršila ugovor pitanje povraćaja se ne postavlja, niti bilo koja ugovorna strana može tražiti izvršenje ništavog ugovora. U slučaju da je stranka delimično ili potpuno izvršila ugovor situacija je nešto složenija. Zakonodavac predviđa osnovno pravilo da svaka strana vrati što je primila po osnovu ništavog ugovora. Ovde se radi o restituciji, ali do restitucije ne mora da dođe ukoliko su ispunjeni uslovi iz člana 104 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima, a to je slučaj kada se predmet prestacije oduzima u korist opštine. U dosadašnjoj praksi takvih slučajeva nije bilo mnogo.

S obzirom na to da ništavi ugovori nisu punovažni, oni ne proizvode pravno dejstvo ni između ugovornih strana, ni u odnosu na treća lica. Kako nisu punovažni, oni se ne mogu pobijati u stečaju po pravilima „pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“, jer kao ništavi inače ne proizvode pravno dejstvo ni prema kome, pa ni prema stečajnoj masi stečajnog dužnika. Stoga, ukoliko se traži utvrđivanje ništavosti ugovora u kome je stečajni dužnik ugovorna strana, podnosilac takve tužbe nije vezan rokom iz člana 119 stav 4 ZS.

Međutim, odredbom člana 103 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima propisano je da ako je zaključenje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor će ostati na snazi ako u zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povredila zakonsku zabranu snosiće odgovarajuće posledice. Odredbom člana 103 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima praktično se pravi izuzetak za ništave ugovore, tako što se pod određenim uslovima ništav ugovor osnažuje, odnosno dozvoljava mu se da proizvodi

pravno dejstvo u pravnom prometu. Taj izuzetak postoji u slučaju kada je zaključenje ugovora zabranjeno samo jednoj strani, jer ta strana povređuje odgovarajuće pravilo pravnog ili moralnog poretka, za razliku od druge ugovorne strane, kojoj je zaključenje ugovora dozvoljeno. Ukoliko jedna ugovorna strana zaključi ugovor koji je ništav, takav ugovor može opstati, ali samo pod uslovom da u zakonu nije što drugo predviđeno, s tim što će ta strana, strana kojoj je zaključenje ugovora bilo zabranjeno, snositi odgovarajuće posledice. Ova zakonska odredba, koja predstavlja izuzetak u odnosu na pojam ništavih ugovora iz člana 103 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima, ima posledice u odnosu na pobijanje pravnih poslova. Naime, odredbom člana 103 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima data je mogućnost da se, pod tačno određenim uslovima, jedan, inače ništav posao osnaži, odnosno postane punovažan. Ukoliko je pravni posao osnažen, odnosno postao punovažan, to znači da proizvodi pravno dejstvo. Ako proizvodi pravno dejstvo, on može biti predmet pobijanja. Stoga pravilo da apsolutno ništav ugovor ne može biti predmet pobijanja po pravilima o pobijanju pravnih radnji i pravnih poslova dužnika ima izuzetak, koji se zasniva na osnaženju ništavih ugovora primenom člana 103 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima, u kom slučaju ništav ugovor proizvodi pravno dejstvo, pa je kao takav podoban za pobijanje po pravilima pobijanja pravnih poslova i pravnih radnji dužnika.

Od osnaženja ništavog ugovora po odredbama člana 103 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima treba razlikovati konverziju ništavog ugovora, koja je predviđena članom 106 Zakona o obligacionim odnosima. Prema članu 106 Zakona o obligacionim odnosima, kad ništav ugovor ispunjava uslove za punovažnost nekog drugog ugovora, onda će među ugovaračima važiti taj drugi ugovor, ako je to u saglasnosti sa ciljem koji su ugovarači imali u vidu kad su ugovor zaključili i ako se može uzeti da bi oni zaključili taj ugovor da su znali za ništavost svog ugovora. Konverzija praktično znači pretvaranje ništavog ugovora u drugi, punovažan ugovor koji stranke takođe žele da zakluče i održe na snazi. Za konverziju je karakteristično da uvek postoje dva ugovora: jedan ništav, koji znači ne proizvodi pravno dejstvo, i drugi koji je punovažan a sadržan je u ništavom ugovoru i naziva se konvertovani ugovor. Konvertovani ugovor je punovažan ugovor i stoga je on podoban za pobijanje, za razliku od ništavog ugovora u kome je sadržan konvertovani, pa on nije podoban za pobijanje.

III. Relativno ništavi (rušljivi) ugovori

Predmet prethodnog razmatranja bili su apsolutno ništavi ugovori. Međutim, Zakon o obligacionim odnosima poznaje relativno ništave ugovore (rušljivi ugovori koji su regulisani članom 111-118 Zakona o obligacionim odnosima). Rušljivi ugovori proizvode pravno dejstvo, ali mogu biti poništeni u zakonom predviđenom roku, na zahtev zakonom određenih lica, a iz razloga nedostataka kojima se vređa pojedinačni interes stranaka. Stoga je ugovor rušljiv, na osnovu člana 111 Zakona o obligacionim odnosima:

- ako ga je zaključila strana koja je ograničeno poslovno sposobna,
- kada je pri njegovom zaključenju bilo mana u pogledu volje strana, i
- kad je to ovim zakonom ili posebnim propisom određeno.

Međutim, za razliku od apsolutno ništavih ugovora, gde se prema članu 109 Zakona o obligacionim odnosima na ništavost može pozivati svako zainteresovano lice, na postojanje relativne ništavosti – rušljivost ugovora, može se pozivati samo ugovorna strana u čijem je interesu rušljivost ustanovljena. Ta strana može tražiti da se ugovor poništi.

Ovde je bitno napomenuti da se zbog nerazlikovanja apsolutno ništavih ugovora od relativno ništavih ugovora vrlo često prave greške prilikom postavljanja tužbenog zahteva. Stoga treba ukazati na sledeće:

1. Kada je predmet tužbenog zahteva ispitivanje, odnosno pozivanje tužioca na apsolutnu ništavost, tužbeni zahtev treba da glasi:

„Utvrdjuje se da je ništav ugovor o kupoprodaji nepokretnosti overen kod Osnovnog suda _____, Ov. _____ dana _____, zaključen između tužioca _____ i tuženog _____.“

2. Kada je predmet tužbenog zahteva relativno ništav ugovor, odnosno rušljiv ugovor, tužbeni zahtev treba da glasi:

„Poništava se ugovor o kupoprodaji nepokretnosti overen kod Osnovnog suda _____, Ov. _____, dana _____, zaključen između tužioca _____ i tuženog _____.“

Ovo razlikovanje apsolutno ništavih od relativno ništavih ugovora s ciljem postavljanja pravilnog tužbenog zahteva od izuzetne je važnosti za uspeh tužioca u parničnom postupku zato što, ukoliko je tužbeni zahtev usmeren na poništavanje ugovora (isticanje razloga rušljivosti), a tokom postupka se utvrdi da je ugovor apsolutno ništav, to će voditi odbijanju tužbenog zahteva tužioca, što podrazumeva vođenje nove parnice, usmerene na utvrđivanje ništavosti.

Iz iznetog proizilazi nedvosmislen zaključak da apsolutno ništav ugovor ne može biti poništen (u parničnom postupku za njega se može utvrditi da je ni-

štav), niti se apsolutno ništav ugovor može raskinuti. Apsolutno ništav ugovor ne može biti predmet pobijanja prema odredbama ZS, osim u slučaju kada je ništav ugovor osnažen primenom člana 103 stav 2 i člana 106 Zakona o obligacionim odnosima.

Relativno ništav ugovor (rušljiv) može biti predmet preispitivanja pod uslovima koje predviđa član 111 i 112 Zakona o obligacionim odnosima. Članom 111 Zakona o obligacionim odnosima propisano je da je ugovor rušljiv kad ga je zaključila ograničeno poslovno sposobna strana, kad je pri njegovom zaključenju bilo mana u pogledu volje strana, kao i kad je to ovim zakonom ili posebnim propisima određeno. Odredbom člana 112 Zakona o obligacionim odnosima propisano je da ugovorna strana u čijem je interesu rušljivost ustanovljena može tražiti da se ugovor poništi, ali saugovarač te strane može od nje tražiti da se u određenom roku, ali ne kraćem od 30 dana, izjasni da li ostaje pri ugovoru ili ne, jer će u protivnom smatrati da je ugovor poništen. Ako se pozvana ugovorna strana u ostavljenom roku ne izjasni ili ako izjavi da ne ostaje pri ugovoru, smatraće se da je ugovor poništen. Ukoliko su ispunjeni uslovi iz člana 111 Zakona o obligacionim odnosima (da je ugovor zaključila strana ograničeno poslovno sposobna, da je bilo mana u pogledu volje ugovornih strana i drugi razlozi, ukoliko su predviđeni Zakonom o obligacionim odnosima ili drugim posebnim propisom), poništaj takvog ugovora može tražiti ugovorna strana u čijem je interesu rušljivost ustanovljena. Međutim, poništaj rušljivog ugovora se može tražiti samo u rokovima koji su predviđeni članom 117 Zakona o obligacionim odnosima. To je objektivni rok od tri godine, koji teče od dana zaključenja ugovora, a u okviru objektivnog roka je predviđen i subjektivni rok od jedne godine, koji teče od dana saznanja za razlog rušljivosti, odnosno od prestanka prinude. Subjektivni rok teče uvek u okviru objektivnog roka i istekom objektivnog roka prestaje pravo zahtevati poništenje ugovora. Pravo zahtevati poništenje ugovora prestaje i istekom subjektivnog roka u okviru objektivnog roka.

Bitno je naglasiti da o razlozima ništavosti ugovora sud vodi računa po službenoj dužnosti, dok razloge rušljivosti sud uzima u obzir samo ukoliko se stranka na njih pozove.

Posledice poništaja ugovora definisane su članom 113 Zakona o obligacionim odnosima, koji glasi: „Ako je na osnovu rušljivog ugovora koji je poništen nešto bilo ispunjeno, ima se izvršiti vraćanje, a ako to nije moguće, ili ako se priroda onog što je ispunjeno protivi vraćanju ima se dati odgovarajuća naknada u novcu. Naknada u novcu daje se prema cenama u vreme vraćanja, odnosno donošenja sudske odluke“.

To znači da su pravne posledice poništaja vraćanje u pređašnje stanje i naknada štete, što su pravne posledice i ništavosti ugovora. Međutim, kod rušljivih ugovora stranke se mogu dogovoriti da ugovor ne proizvodi pravno dejstvo samo za ubuduće. U tom slučaju je punovažno ono što su stranke međusobno ispunile do poništaja. To nije moguće kod ništavih ugovora pošto se dogovorom stranaka ne može osnažiti posao koji je suprotan imperativnim propisima. Ugovorom koji je rušljiv vređaju se samo interesi samih ugovornih strana, ne vređa se javni poredak, a u okviru javnog poretka i prinudnih propisa ugovorne strane se mogu dogovarati, pa i o tom kada će se ugovor koji je rušljiv smatrati poništenim.

Iz izloženog proizilazi sledeće:

1. Apsolutno ništavi ugovori se ne mogu poništiti, ne mogu se raskinuti, ne mogu biti predmet pobijanja po pravilima Zakona o stečaju, osim izuzetka iz člana 103 stav 2 i člana 106 Zakona o obligacionim odnosima. Tužba koja se podnosi uvek u sebi sadrži utvrđujući tužbeni zahtev koji glasi na utvrđivanje ništavosti (deklaratorna, odnosno utvrđujuća tužba). O ništavosti sud vodi računa po službenoj dužnosti i utvrđivanje ništavosti nije vezano za rok. Na ništavost se može pozvati svako zainteresovano lice.

2. Relativno ništavi ugovori (rušljivi) se poništavaju, a o razlozima poništaja sud ne vodi računa po službenoj dužnosti. Relativno ništavi ugovori se mogu poništiti u zakonom propisanim rokovima, a na razloge za rušljivost ugovora može se pozvati samo ugovorna strana. Rušljivi ugovori se mogu raskinuti, a mogu biti i predmet pobijanja. Rušljivi ugovori proizvode dejstvo sve dok se ne ponište, ako se ponište, a protekom roka u kom se mogu poništiti postaju punovažni.

Posledice ništavosti koje su propisane članom 104 Zakona o obligacionim odnosima i posledice poništaja pravnog posla propisane članom 113 Zakona o obligacionim odnosima za stečajnu masu stečajnih dužnika imaju isti efekat: vraćanje imovine u stečajnu masu (ili protivimovinske vrednosti) i naknada štete.

IV. Pobijanje van stečaja

Pobijanje dužnikovih pravnih radnji je institut obligacionog prava, koji poveriocu daje ovlašćenje da radi namirenja svog potraživanja pod određenim uslovima može proglasiti da su bez dejstva pravne radnje koje je preduzeo dužnik, a koje se tiču dužnikove imovine. Svaki poverilac čije je potraživanje

dospelo za isplatu i bez obzira na to kada je nastalo može pobijati pravnu radnju svog dužnika kada je preduzeta na štetu poverilaca. Pravna radnja je preduzeta na štetu poverilaca ako usled njenog izvršenja dužnik nema dovoljno sredstava za ispunjenje poveriočevog potraživanja. Pod pravnom radnjom podrazumeva se i propuštanje zbog koga je dužnik izgubio kakvo materijalno pravo ili kojim je za njega nastala kakva materijalna obaveza. Stoga su opšte pretpostavke vanstečajnog pobijanja: insolventnost dužnika, dužnikova pravna radnja, oštećenje poverilaca upravo tom pravnom radnjom i da je pobijanjem te pravne radnje omogućeno namirenje poverilaca. Insolventnost dužnika kao pretpostavka za pobijanje dužnikovih pravnih radnji proizilazi iz odredbe člana 280 stav 2 Zakona o obligacionim odnosima, gde se precizira da je pravna radnja preduzeta na štetu poverilaca ako usled njenog izvršenja dužnik nema dovoljno sredstava za ispunjenje poveriočevog potraživanja. Upravo ova okolnost: nemanje dovoljno sredstava za ispunjenje poveriočevog potraživanja, jeste pretpostavka da se pristupi pobijanju dužnikovih pravnih radnji koje su dovele do nesolventnosti dužnika. Predmet pobijanja je dužnikova pravna radnja, i to ona pravna radnja koja je dovela do umanjenja imovine dužnika, a to umanjenje je koristilo nekom trećem licu. Termin pravna radnja treba tumačiti u širem smislu tako da se pod pravnom radnjom podrazumevaju kako ugovori tako i jednostrane izjave volje, faktičke radnje, radnje propuštanja, kao i protivpravne radnje.

Oštećenje poverioca je nastanak štete za poverioca preduzimanjem pravne radnje dužnika. Postojanje štete mora da se dokaže i teret dokazivanja postojanja štete je na poveriocu. Oštećenje poverioca treba da proizađe upravo iz pravne radnje koja se pobija, a ta pravna radnja treba da bude usmerena na smanjenje imovine dužnika. Pobijanjem pravne radnje kojom je došlo do smanjenja imovine dužnika treba da se postigne namirenje poverioca.

Međutim, pravo na pobijanje ima samo poverilac čije je potraživanje dospelo za isplatu. Ali dospelost poveriočevog potraživanja za isplatu ne treba tumačiti u smislu dospelosti koja se koristi u Zakonu o obligacionim odnosima, odnosno da je istekao rok za plaćanje obaveze, već je potrebno da je potraživanje izvršno, da je poverilac pokušao naplatu svog izvršnog potraživanja, da je ta naplata ostala bezuspešna zbog insolventnosti dužnika.

Da bi se pristupilo pobijanju pravnih radnji dužnika, pored opštih pretpostavki mora biti ispunjen i jedan od posebnih uslova koji su propisani članom 281 Zakona o obligacionim odnosima. U odnosu na posebne uslove pobijanja, zakon je napravio razliku između teretnih i besplatnih raspolaganja. Teretno raspolaganje može se pobijati ako je u vreme raspolaganja dužnik znao ili mo-

gao znati da preduzetim raspolaganjem nanosi štetu svojim poveriocima i ako je trećem licu sa kojim je ili u čiju je korist pravna radnja preduzeta to bilo poznato ili moglo biti poznato. Reči: „znao ili mogao znati“ treba tumačiti kao nesavesnost dužnika u trenutku raspolaganja. Termin „znao“ podrazumeva nameru dužnika da preduzetom radnjom ošteti poverioce. Termin „mogao znati“ treba tumačiti kao obavezu dužnika da prilikom preduzimanja odgovarajućih raspolaganja bude pažljiviji, kako ne bi ošteti poverioce. Međutim, za pobijanje teretnih raspolaganja nije dovoljno samo da je dužnik znao ili mogao znati da se pobijanom radnjom nanosi šteta poveriocima, već je potrebno da je i trećem licu to bilo poznato ili moglo biti poznato. Treće lice je dužnikov saugovarač i svako drugo lice koje je imalo neku korist iz pravne radnje koja je predmet pobijanja poverioca. Pretpostavka znanja da dužnik preduzetim raspolaganjem nanosi štetu poveriocima postoji ukoliko se kao treće lice pojavljuje dužnikov suprug, ili srodnik po krvi u pravoj liniji, ili u pobočnoj liniji do četvrtog stepena ili po tazbini do istog stepena. Navedeni srodnički odnosi moraju da postoje u trenutku preduzimanja radnje koja se pobija.

Kod besplatnih raspolaganja i sa njima izjednačenih pravnih radnji smatra se da je dužnik znao da preduzetim raspolaganjem nanosi štetu poveriocima i za pobijanje tih radnji ne zahteva se da je trećem licu to bilo poznato ili moglo biti poznato. Besplatna raspolaganja i s njima izjednačene pravne radnje jesu svi postupci dužnika koji nisu imali odgovarajuću protivvrednost za ono što je tom radnjom preduzeto, a koja je za posledicu imala korist za treće lice.

Pobijanje se može vršiti tužbom ili prigovorom. Aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za pobijanje ima poverilac koji aktivnu legitimaciju stiče u trenutku kada se kumulativno ispune sve opšte pretpostavke pobijanja i alternativno i jedna od posebnih pretpostavki za pobijanje. Teret dokazivanja svih elemenata pobijanja pada na poverioca, koji podnosi tužbu za pobijanje. Pobjinom tužbom poverilac traži da se određena pravna radnja dužnika oglasi bez pravnog dejstva prema njemu. Drugim delom tužbenog zahteva poverilac traži odgovarajuće činjenje od protivnika pobijanja ili pak odgovarajuće trpljenje, koje je ograničeno visinom i prirodom poveriočevog potraživanja sa sporednim zahtevima. Usvajanjem tužbenog zahteva, pravna radnja gubi dejstvo samo prema tužiocu i samo u obimu koji je potreban za ispunjenje njegovih potraživanja. Prema svim ostalim licima pobijana pravna radnja ostaje na snazi. Pasivno legitimisani u sporu koji se pokreće tužbom za pobijanje su lica sa kojim je ili u čiju korist je preduzeta pravna radnja koja se pobija. Pasivno legitimisani mogu biti i univerzalni pravni sledbenici tih lica (univerzalni sukcesori), kao i njihovi singularni pravni sledbenici (singularni sukcesori).

Izloženi prikaz pobijanja pravnih radnji dužnika van stečaja bio je neophodan radi razumevanja pobijanja pravnih radnji i pravnih poslova u stečaju.

Pobijanje pravnih radnji van stečaja i pobijanje pravnih radnji u stečaju zasnivaju se na istim osnovnim načelima, ali postoje i bitne razlike koje se zasnivaju na samoj prirodi i cilju stečajnog postupka. Pobijanje van stečaja ima za cilj namirenje jednog poverioca, u obimu i granicama potrebnim za njegovo namirenje. Pobijanje u stečaju ima za cilj namirenje svih stečajnih poverilaca, pa pobijana pravna radnja, odnosno posao ima dejstvo prema svim poveriocima stečajnog dužnika, odnosno bez dejstva je prema stečajnoj masi stečajnog dužnika iz koje treba da se namire poverioci. Pobijanje u stečaju ima za posledicu da se imovina vrati u stečajnu masu. Kod pobijanja u stečaju insolventnost stečajnog dužnika se pretpostavlja. Ova pretpostavka je nastupila samom činjenicom otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom. Međutim, kod vanstečajnog pobijanja poverilac mora da dokazuje insolventnost dužnika i nemogućnost namirenja svog potraživanja iz imovine dužnika. Poverilac u slučaju vanstečajnog pobijanja dužan je da dokaže i dospelost svog potraživanja za isplatu, što nije slučaj kod pobijanja u stečaju, s obzirom na to da su nastupanjem pravnih posledica otvaranja stečajnog postupka nad dužnikom sva potraživanja poverilaca prema stečajnom dužniku dospela. Poverioci u stečaju su ovlašćeni da podnose pobjodne tužbe samom činjenicom da su svoja potraživanja prijavili u stečajnu masu i što su ona priznata.

Odredbe Zakona o stečaju kojima se reguliše pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika imaju ograničeno dejstvo, budući da se stečaj sprovodi nad pravnim licima, a da je krug pravnih lica nad kojima se sprovodi stečaj ograničen članom 14 ZS. To znači da se u svim drugim slučajevima pobijanja imaju primeniti odredbe Zakona o obligacionim odnosima kojima se reguliše pobijanje van stečaja. Takođe, činjenična stanja koja se utvrđuju u postupku pobijanja u stečaju u odnosu na činjenična stanja koja se utvrđuju u postupku pobijanja van stečaja bitno se razlikuju. Ova razlika upravo proizilazi iz specifičnosti pobijanja dužnikovih radnji i poslova u stečaju. Bitna razlika pobijanja u stečaju u odnosu na vanstečajno pobijanje jeste i uslov koji se postavlja u članu 119 ZS, a to je pogodovanje poverilaca. Međutim, bez obzira na iznete razlike, zajedničko za pobijanje u stečaju i van stečaja jeste da je pravna radnja, odnosno pravni posao koji se pobija punovažan. Znači, preduslov za pristupanje pobijanju i u stečaju i van stečaja jeste da je pravni posao punovažan. Stoga je bitno razlikovati punovažne od ništavih poslova, a u okviru ništavih poslova apsolutno ništave od rušljivih. Tek nakon što se napravi analiza pravnog posla i utvrdi da je punovažan, može se pristupiti njegovom pobija-

nju. U protivnom nema mesta primeni odredaba o pobijanju. Međutim, kako se u praksi institut pobijanja pravnih radnji i pravnih poslova stečajnog dužnika često meša sa pobijanjem ništavih pravnih poslova, sve češće se susrećemo sa pobožnim tužbama, koje se zasnivaju na osnovima pobijanja definisanim stečajnim propisima, a pravni posao koji se pobija je ništav.

DRUGI DEO

Ostali opšti preduslovi za pobijanje u stečaju, aktivna i pasivna legitimacija, česte greške prilikom pobijanja, ispravan tužbeni zahtev

I. Opšti preduslovi i uslovi za pobijanje u stečaju

Pobijanje pravnih poslova i drugih pravnih radnji stečajnog dužnika regulisano je članom 119-130 ZS. Prema odredbi člana 119 ZS pravne poslove i druge pravne radnje zaključene odnosno preduzete pre otvaranja stečajnog postupka, kojima se narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca ili oštećuju poverioci, kao i pravne poslove i druge pravne radnje kojima se pojedini poverioci stavljaju u pogodniji položaj (u daljem tekstu: pogodovanje poverilaca), mogu pobijati stečajni upravnik, u ime stečajnog dužnika i poverioci, u skladu sa odredbama ovog zakona.

Međutim, pobijanju pravnih radnji i pravnih poslova može se pristupiti samo u situaciji kada u stečajnoj masi nema dovoljno imovine za namirenje poverilaca u odnosu na glavni dug i sporedna potraživanja. Ukoliko je imovina stečajnog dužnika dovoljna da se namire troškovi stečajnog postupka, obaveze stečajne mase i svi poverioci, nema uslova za pobijanje. Stoga pre nego što se pristupi podnošenju pobojne tužbe, mora se sagledati celokupan pregled obaveza stečajnog dužnika u odnosu na vrednost imovine. Tek ukoliko ne postoji mogućnost namirenja svih obaveza iz stečajne mase, može se pristupiti pobijanju. Iz iznetog proizilazi da se pobijanju pravnih poslova i drugih pravnih radnji u stečaju može pristupiti samo ukoliko su ispunjena sledeća tri preduslova:

- da je otvoren stečajni postupak,
- da u stečajnoj masi nema dovoljno imovine za potpuno namirenje stečajnih poverilaca,
- da je pravni posao punovažan.

Navedene preduslove stečajni upravnik stečajnog dužnika koji ima nameru da podnese pobojne tužbe ispituje upravo redosledom kojim su navedeni: upoređivanje vrednosti imovine u odnosu na obaveze stečajnog dužnika, iz čega treba da proizađe da u stečajnoj masi nema dovoljno imovine za potpuno namirenje poverilaca, a zatim i ispitivanje da li je ugovor koji ima nameru da pobija podoban za pobijanje, odnosno da li je ugovor punovažan. Tek nakon toga može se pristupiti utvrđivanju postojanja opštih uslova za pobijanje pravnih poslova i drugih pravnih radnji stečajnog dužnika shodno članu 119 ZS.

Opšti uslovi pobijanja u stečaju koji su propisani članom 119 ZS su:

- da je došlo do narušavanja ravnomernog namirenja stečajnih poverilaca, ili
- da se poverioci oštećuju, ili
- da su tim poslovima i pravnim radnjama pojedini poverioci stavljeni u pogodniji položaj (pogodovanje poverilaca).

Da bi se pristupilo pobijanju, potrebno je da bude ispunjen bilo koji od uslova iz člana 119 ZS, kao i svi preduslovi koji su gore navedeni.

Kada se utvrdi da su ispunjeni svi navedeni preduslovi, kao i jedan od opštih uslova, može se pristupiti pobijanju pravnog posla i drugih pravnih radnji stečajnog dužnika, uz korišćenje nekih od osnova koji su predviđeni Zakonom o stečaju:

- uobičajeno namirenje (član 120 ZS),
- neuobičajeno namirenje (član 121 ZS),
- neposredno oštećenje poverilaca (član 122 ZS),
- namerno oštećenje poverilaca (član 123 ZS) i
- poslovi i radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu (član 124 ZS).

II. Predmet pobijanja

Predmet pobijanja su pravne radnje koje je preduzeo dužnik (vidi kao dopunu i poglavlje „Četvrti deo – Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“) pre pokretanja stečaja, a koje su za posledicu imale umanjenje imovine, što je dovelo do otežavanja ili onemogućavanja namirenja poverilaca stečajnog dužnika. Pravne radnje koje se mogu pobijati su: ugovori, jednostrane izjave volje, aktivne radnje, radnje propuštanja, kao i protivpravne radnje. Predmet pobijanja mogu biti i radnje uništenja stvari, ali samo pod uslovom da je od uništenja stvari neko treće lice imalo koristi. To je, recimo, slučaj sa uništenjem hartije od vrednosti koja glasi na donosioca. Uništenje stvari – materijalnih dobara koje nikome ne koristi, ne može biti predmet pobijanja. Predmet pobijanja mogu biti pravni poslovi, i jednostrani i dvostrani. U praksi se najčešće pobijaju prenos svojine, zasnivanje založnog prava, zatim ugovorno preuzimanje

obaveza od strane stečajnog dužnika, odricanje od prava, priznanje duga, novacija i dr. Predmet pobijanja radnji stečajnog dužnika mogu biti i radnje odbijanja uvećanja imovine stečajnog dužnika, kao što je odricanje od nasljedstva, zatim odbijanje poklona, legata, odricanje od dohotka, nagrade i dr. Pored aktivnih pravnih radnji kojima je stečajni dužnik umanjio svoju imovinu i time onemogućio ili smanjio mogućnost namirenja poverilaca, predmet pobijanja mogu biti i radnje propuštanja, koje podrazumevaju pasivno držanje dužnika. Propuštanje je svesno nepreduzimanje određene pravne radnje, koja mora da ima za posledicu umanjene imovine stečajnog dužnika. Radnjom propuštanja smatra se nepodnošenje tužbe, neizjavljivanje prigovora na rešenje o izvršenju doneto na osnovu verodostojne isprave, zatim nepreduzimanje radnji radi prekida zastarelosti i održaja ili prijavljivanja potraživanja u postupku stečaja. Radnje propuštanja koje se mogu pobijati jesu i radnje nepreduzimanja odgovarajućih procesnih radnji, zbog kojih je dužnik izgubio neko pravo, koje inače ne bi izgubio. Predmet pobijanja mogu biti pravni poslovi, pravne i procesne radnje na osnovu kojih je doneta izvršna isprava ili koje su preduzete po osnovu izvršne isprave ili u postupku prinudnog izvršenja, ako ispunjavaju uslov iz člana 119 stav 1 ZS. Ovo je izričito predviđeno odredbom člana 119 stav 3 ZS. Ako zahtev za pobijanje bude usvojen, prestaje dejstvo izvršne isprave prema stečajnoj masi.

III. Pobjna tužba, prigovor i protivtužba

Pobojne tužbe po odredbama Zakona o stečaju mogu se podneti od dana otvaranja stečajnog postupka do dana održavanja ročišta za glavnu deobu. Ukoliko bi pobjna tužba bila podneta nakon dana održavanja ročišta za deobu, ona bi bila odbačena. Međutim, pobjne tužbe van stečaja mogu se podneti u roku od tri godine kada se radi o pobijanju besplatnih raspolaganja i sa njima izjednačenim pravnim radnjama, a u roku od godinu dana od dana kada se pobijaju teretni pravni poslovi. Rok za podnošenje tužbi teče od datuma kada je radnja preduzeta, odnosno od dana kada je trebalo preduzeti propuštenu radnju. Kako izlučni i razlučni poverioci nisu stečajni poverioci, a otvaranje stečajnog postupka ne utiče na ostvarivanje njihovih prava, ovi poverioci mogu pobijati pravne radnje stečajnog dužnika i nakon otvaranja stečajnog postupka po pravilima vanstečajnog pobijanja pravnih radnji.

U praksi se susreću pobjne tužbe kojima se pobijaju i pravnosnažne sudske odluke, što je posledica nerazumevanja člana 119 stav 3 ZS i pogrešnog tumačenja ove norme. Naime, ovom odredbom je jasno rečno da predmet pobijanja mogu biti radnje (pravni poslovi, pravne i procesne radnje) koje su do-

vele do presuđenja na štetu dužnika. Predmet pobijanja ne mogu biti pravno-snažne i izvršne sudske odluke, odnosno isprave. Stoga se pobjinom tužbom pobijaju konkretne radnje koje su dovele do donošenja izvršne isprave: ne-izjavljivanje prigovora na rešenje o izvršenju, nepodnošenje žalbe na prvostepenu odluku, izostanak sa ročišta na kom je doneta presuda zbog izostanka, nedavanje odgovora na tužbu koje je dovelo do presude zbog propuštanja, priznanje tužbenog zahteva koje je za posledicu imalo donošenje presude na osnovu priznanja i dr. Stoga se navedene i slične radnje mogu pobijati samo ako su za posledicu imale donošenje odgovarajuće izvršne isprave, na osnovu koje je dužnik izgubio neko pravo koje mu inače pripada. Uspešno pobijanje će imati za posledicu da ta izvršna isprava ne proizvodi pravno dejstvo u odnosu na stečajnu masu stečajnog dužnika.

Pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika pobijaju se tužbom, prigovorom ili protivtužbom.

Najčešći vid pobijanja je podnošenje pobjojne tužbe. Pobjojnu tužbu mogu podneti stečajni upravnik i stečajni poverioci. Stečajni upravnik tužbu podnosi u ime stečajnog dužnika. U tom slučaju na strani tuženog se pojavljuju jedno ili više lica, zavisno od toga sa kim je stečajni dužnik zaključio pravni posao, odnosno prema kome je pravna radnja preduzeta. Ako je u zaključenju pravnog posla učestvovalo više lica, ili je pravna radnja preduzeta prema više lica, sva ta lica se moraju obuhvatiti tužbom kao protivnici pobijanja, a kao tuženi imaju svojstvo jedinstvenih suparničara. Ukoliko pobjojnu tužbu podnosi stečajni poverilac, na strani tuženog je uvek stečajni dužnik i lice prema kome je pravna radnja preduzeta, odnosno ako je preduzeta prema više lica, sva ta lica će se pojaviti na strani tuženih zajedno sa stečajnim dužnikom kao jedinstveni suparničari.

Međutim, da bi stečajni poverilac bio aktivno legitimisan za podnošenje pobjojne tužbe, mora imati utvrđeno potraživanje u stečaju, što dokazuje zaključkom stečajnog sudije o utvrđenom potraživanju. Aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe ima i poverilac čije je potraživanje osporeno, a koji je u zakonskom roku od osam dana podneo tužbu radi utvrđivanja svog potraživanja ili pak uredan predlog za nastavak postupka, s ciljem da se utvrdi njegovo potraživanje. Međutim, ukoliko se ovaj postupak okonča odbijanjem tužbenog zahteva poverioca čije je potraživanje osporeno, taj poverilac gubi aktivnu legitimaciju za dalje vođenje parničnog postupka u smislu pobijanja pravnih poslova i pravnih radnji stečajnog dužnika.

Aktivno legitimisan za podnošenje pobjojne protivtužbe je samo stečajni upravnik u ime stečajnog dužnika. To je logična posledica odredbe člana 198

Zakona o parničnom postupku, kojom je propisano da tuženi može do zaključenja glavne rasprave da podnese protivtužbu ako je zahtev iz protivtužbe u vezi sa tužbenim zahtevom. U ovim parnicama aktivno legitimisani za podnošenje pobojne protivtužbe nisu stečajni poverioci, s obzirom na to da na strani tužioca nije stečajni dužnik, koji je inače obavezna stranka u pobojnoj parnici. Ukoliko stečajni dužnik nije tužilac u pobojnoj parnici, mora biti tužen zajedno sa licem sa kojim je zaključio ugovor, odnosno prema kome je pravna radnja preduzeta.

Kada pravni posao, odnosno drugu pravnu radnju pobija protivtužbom, stečajni upravnik nije vezan rokom iz člana 119 stav 4 ZS. Rok iz člana 119 stav 4 ZS ne primenjuje se ni u slučaju kada stečajni dužnik kao tuženi osporava tužbeni zahtev tužioca, ističući da je on neosnovan zato što pravni posao, odnosno druga pravna radnja koja je preduzeta od strane tužioca, ne proizvodi pravno dejstvo u odnosu na stečajnu masu. To se najčešće događa u parnicama kod tužbi stečajnih poverilaca za utvrđivanje potraživanja osporenih u stečaju ili pak po tužbama izlučnih poverilaca. U tim parnicama stečajni upravnik isticanjem prigovora pobija pravne poslove ili druge pravne radnje na kojima tužilac zasniva svoj tužbeni zahtev. Stečajni poverilac prigovorom može pobijati pravni posao ili pravnu radnju samo ako se u pobojnoj parnici pojavljuje kao tuženi po tužbi stečajnog dužnika. Međutim, u toj parnici tuženi ne može podnositi prigovor protiv potraživanja radi prebijanja, ako se ima u vidu da pravo na prebijanje potraživanja u stečajnom postupku stečajni poverilac može ostvariti samo pod uslovima iz člana 82 ZS, pa je prigovor protiv potraživanja radi prebijanja istaknut od strane stečajnog poverioca nedozvoljen. Dozvoljenost prigovora prebijanja u ovim postupcima imala bi za posledicu namirenje stečajnog poverioca mimo stečajnog postupka, što je suprotno imperativnoj normi člana 80 stav 1 ZS, koja propisuje da stečajni poverioci svoja potraživanja prema stečajnom dužniku ostvaruju samo u stečajnom postupku. To bi takođe vodilo pogodovanju jednog stečajnog poverioca i narušavanju principa ravnomernog namirenja stečajnih poverilaca u stečajnom postupku (vidi članove 2-4, 119 ZS). Na taj način bi bila umanjena i stečajna masa (za iznos potraživanja koje se prebija), što znači i oštećenje ostalih stečajnih poverilaca. Pasivno legitimisan po pobojnoj tužbi, u slučaju da pobojnu tužbu podnosi stečajni poverilac, jeste stečajni dužnik i lica sa kojima je zaključen pravni posao, odnosno prema kojima je preduzeta pravna radnja. Pasivnu legitimaciju imaju i naslednici i drugi univerzalni pravni sledbenici protivnika pobijanja. Univerzalni pravni sledbenici su pasivno legitimisani, jer je na njima prešao (produžen) pravni subjektivitet njihovih pravnih prethodnika. Stoga univer-

zalni sukcesori odgovaraju na isti način i pod istim uslovima i u istom obimu kao njihovi pravni prethodnici, za razliku od ostalih pravnih sledbenika.

Pasivnu legitimaciju po pobojoj tužbi imaju i ostali pravni sledbenici protivnika pobijanja. Međutim, Zakon o stečaju „ostale pravne sledbenike“ protivnika pobijanja svrstava u dve grupe: pravni sledbenik koji je znao za činjenice koje predstavljaju razlog za pobijanje pravnih poslova ili radnji njegovog prethodnika i pravni sledbenik kome je ono što je stečeno pravnim poslom ili pravnom radnjom koji se pobijaju ustupljeno bez naknade ili uz neznatnu naknadu. U konkretnom slučaju Zakon o stečaju je u članu 129 stav 4 napravio razliku između pravnih sledbenika protivnika pobijanja zavisno od toga da li je do pravnog sledbeništva došlo teretnim ili besteretnim raspolaganjem njihovog pravnog prethodnika. Stoga zakon pravi razliku između singularnog sukcesora koji je pobijanu vrednost pribavio teretnim putem i onog sukcesora koji je do vrednosti došao besteretnim raspolaganjem svoga prethodnika. Posledica toga je da ako je prethodnik otuđio vrednost teretnim putem, tužba za pobijanje se podiže protiv singularnog sukcesora, kao pribavioca, koji je u trenutku pribavljanja znao da se pribavljanje njegovog prethodnika moglo pobijati. Stoga znanje singularnog sukcesora o činjenicama koje predstavljaju razlog za pobijanje pravnih poslova i radnje njegovog pravnog prethodnika mora dokazivati podnosilac poboje tužbe. Međutim, u situaciji kada je singularni sukcesor stekao neku vrednost besteretnim pravnim poslom, odnosno pravnim poslom bez naknade ili uz neznatnu naknadu, podnosilac poboje tužbe ne mora da dokazuje okolnost da je ovaj pravni sledbenik znao da se pribavljanje njegovog prethodnika moglo pobijati. Nejednak tretman singularnih sukcesora pravnog prethodnika, zasnovan na razlikovanju da li je singularni sukcesor vrednost stekao od svog pravnog prethodnika teretnim pravnim poslom ili pravnim poslom bez naknade ili uz neznatnu naknadu, ima opravdanje u samoj prirodi prava koje singularni sukcesori štite: singularni sukcesor koji je vrednost stekao teretnim pravnim poslom pokušava da izbegne štetu, a singularni sukcesor kao pribavilac besteretnim raspolaganjem pokušava da zaštiti korist, vrednost koju je pribavio a za koju nije dao odgovarajuću protivvrednost.

Dejstva uspešnog pobijanja proizvode pravne posledice u odnosu na stečajnu masu stečajnog dužnika i na protivnika pobijanja. Pobijani pravni posao ili pravna radnja ostaju bez dejstva jedino prema stečajnoj masi, a u odnosu na sva ostala lica pobijana pravna radnja, odnosno pravni posao ostaju na snazi. To dalje znači da pobijani pravni posao, odnosno pravna radnja ostaju punovažni, ali gube pravnu snagu samo prema poveriocima stečajnog dužnika.

Protivnik pobijanja je dužan da u stečajnu masu vrati stvar koja je bila predmet raspolaganja pravnim poslom, odnosno pravnom radnjom. Ukoliko nije moguće vratiti stvar u stečajnu masu, stečajni dužnik ima pravo na protivvrednost predmetne stvari. Tada protivnik pobijanja u stečajnu masu vraća dinarsku protivvrednost stvari koja je bila predmet raspolaganja pravnim poslom, odnosno pravnom radnjom koja je pobijana. To je primarna posledica pobijanja. Međutim, postoje i sekundarne pravne posledice, koje se pre svega ogledaju u obavezi protivnika pobijanja da nadoknadi sve parnične i ostale troškove u vezi sa pobijanjem, kao i da poveriocima stečajne mase nadoknadi materijalnu štetu, kako stvarnu tako i izgublenu dobit, ali pod uslovima kojima se propisuje pravo na naknadu štete. Posledice uspešnog pobijanja, po protivnika pobijanja ogledaju se u obavezi da vrati imovinsku korist u stečajnu masu, a nakon toga svoje pravo može ostvarivati u stečajnom postupku, kao stečajni poverilac, podnošenjem naknadne prijave potraživanja.

IV. Ispravan tužbeni zahtev

Međutim, prilikom podnošenja poboynih tužbi vrlo često se u tužbenom zahtevu citira odredba člana 130 stav 1 ZS, tako što se tužbenim zahtevom traži da se tuženi obaveže da u stečajnu masu „vrati imovinsku korist stečenu na osnovu pobijanog posla“. Ovako opredeljen tužbeni zahtev nije podoban za postupanje suda. Imovinska korist koja se vraća u stečajnu masu je opšti pojam koji iziskuje u praksi bližu identifikaciju, odnosno opredeljenje tužbenog zahteva. Imovinska korist može biti stvar (pokretna ili nepokretnost), a može biti i odgovarajuća novčana protivvrednost. Stoga se poboynom tužbom mora opredeliti „imovinska korist“ tako što će se tražiti vraćanje u stečajnu masu stvari ili pak protivvrednosti stvari. Ukoliko se traži da se u stečajnu masu vrati stvar, ona mora biti opredeljena, zavisno od toga da li se radi o pokretnoj stvari ili nepokretnosti, a ukoliko se traži protivvrednost, ona mora biti označena u novčanoj vrednosti.

V. Primeri iz prakse

Stečajni upravnici koji traže utvrđivanje ništavosti ili poništaj ugovora često propuste da traže vraćanje stvari u stečajnu masu. To za posledicu ima vođenje novih postupaka za predaju stvari, a nakon pravnosnažnog okončanja postupka za utvrđivanje ništavosti. Na to ukazuje i sledeći primer iz sudske prakse.

Primer br. 1:

Tužilac je ZZ „K“ u stečajju iz U, a tuženi je ZZ „C“ iz U.

Tužilac tužbom traži da se utvrdi da su ništavi ugovori zaključeni između stranaka kod Opštinskog suda u MM, Ov. br. 1/98 i 2/98 od _____ 1998. godine, a o prenosu nepokretnosti i osnovnog inventara bez naknade sa tužioca ZZ „K“ u stečajju iz U na tuženog, ZZ „C“ iz U.

Prvostepeni sud usvaja tužbeni zahtev.

Privredni apelacioni sud potvrđuje prvostepenu presudu.

Zaključak:

Ugovori za koje je utvrđeno da su ništavi nemaju pravno dejstvo ni prema ugovornim stranama, ni prema trećim licima, a samim tim ni prema stečajnoj masi.

Primedba:

Stečajni upravnik je propustio da traži istom tužbom i vraćanje imovine u stečajnu masu.

Sledeći korak:

Stečajni upravnik stečajnog dužnika podnosi novu tužbu protiv ZZ „C“ i traži da se tuženi obaveže na vraćanje imovine.

Prvostepeni sud usvaja tužbeni zahtev.

Privredni apelacioni sud potvrđuje prvostepenu odluku.

Stečajni upravnik utvrđuje da je ZZ „C“ deo imovine koju je pribavio po osnovu ništavih ugovora Ov. br. 1/98 i 2/98, otuđio, tako što ga je prodao javnom licitacijom fizičkom licu M. R. iz BB, kao kupcu.

Sledeći korak:

Stečajni upravnik stečajnog dužnika podnosi tužbu kojom traži da se utvrdi da je ništav ugovor o kupoprodaji zaključen između prvotuženog, ZZ „C“ iz U, i drugotuženog, M. R. iz BB, kao i da se drugotuženi obaveže da imovinu vrati u stečajnu masu.

Prvostepeni sud usvaja tužbeni zahtev u celosti s pozivom na član 103 stav 1 ZOO.

Privredni apelacioni sud preinačuje presudu i tužbeni zahtev odbija kao neosnovan uz obrazloženje:

„...U konkretnom slučaju prvostepeni sud je, odlučujući o tužbenom zahtevu zanemario jednu bitnu činjenicu, odnosno propustio da ceni savesnost drugotuženog, kao kupca i mogućnost restitucije usled ništavosti ugovora, s obzirom na to da se u konkretnom slučaju radi o zahtevu kojim se traži utvrđenje ništavosti ugovora kojim je predmetna nepokretnost prodana trećem

licu. Naime, odredba člana 104 stav 1 Zakona o obligacionim odnosima propisuje da je u slučaju ništavosti ugovora svaka ugovorna strana dužna da vrati drugoj sve ono što je primila na osnovu takvog ugovora, a ako to nije moguće ili ako se priroda onoga što je ispunjeno protivi vraćanju, ima se dati odgovarajuća naknada u novcu prema cenama u vreme donošenja sudske odluke. Dakle, imajući u vidu pravnosnažnu presudu Trgovinskog suda u Užicu kojom je utvrđeno da su ništavi i da ne proizvode pravno dejstvo ugovori zaključeni između ZZ „K“ iz U i ZZ „C“ iz U, to sledi da imajući u vidu napred citiranu zakonsku odredbu, da je tužilac imao pravo da od ZZ „C“ zahteva vraćanje onoga što je ZZ „C“ primila po osnovu tih ugovora, ali i da vrati ono što je tužilac primio takođe po osnovu tih ugovora. Ako to nije moguće i ako je predmetna nepokretnost otuđena trećem licu, kao u konkretnom slučaju, tužiocu je ostalo jedino pravo na naknadu u novcu. Osim toga, ovaj sud smatra da je u konkretnom slučaju, prilikom odlučivanja u ovoj pravnoj stvari, trebalo da prvostepeni sud ima u vidu odredbu člana 103 stav 2 ZOO, kojim je propisano da ako je zaključenje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor će ostati na snazi, ako u Zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povredila zakonsku zabranu snosiće odgovarajuće posledice. U konkretnoj situaciji nesporno je da je prema priloženim dokazima u spisima predmeta, drugotuženi bio savesna strana koji je na javnoj licitaciji, a na osnovu odluke Skupštine zadrugara ZZ „C“, po prethodno pribavljenoj saglasnosti Zadrugnog saveza Srbije, kupio teretnim pravnim poslom, Ugovorom o kupoprodaji, predmetnu nepokretnost i za istu isplatio kupoprodajnu cenu u celosti. Na osnovu tog ugovora drugotuženi se uknjižio kao vlasnik navedene nepokretnosti... Iz navedenog sledi da je drugotuženi u svemu postupio savesno, pa u odnosu na njega nema uslova za utvrđenje ništavosti predmetnog ugovora.“

Zaključak:

Stečajni dužnik nije uspeo da vrati deo imovine koja je otuđena pre stečaja bez naknade ZZ „C“, a zatim od strane ZZ „C“ prodata M. R. iz BB.

Stečajni dužnik je stekao pravo na protivvrednost koju treba da naplati od ZZ „C“, kao ugovorne strane kojoj je zaključenje Ugovora bilo zabranjeno.

Sledeći korak:

Stečajni upravnik treba da podnese tužbu protiv ZZ „C“, radi isplate dinarske protivvrednosti imovine koju je ZZ „C“ prodala M. R. iz BB.

ZZ „C“ brisana je iz registra nakon sprovedenog stečajnog postupka po odredbama članova 150-154 ZS.

Zaključak:

Stečajni upravnik stečajnog dužnika i pored toga što su ugovori Ov. br. 1/98 i Ov. br. 2/98 utvrđeni kao ništavi, nije uspeo da vrati celokupnu imovinu kojom se raspolagalo ovim ugovorima, a ni protivvrednost.

Primer br. 2:

Razlikovanje ništavih od punovažnih pravnih poslova od izuzetne je važnosti radi pravilnog postavljanja tužbenog zahteva i predlaganje dokaza tokom postupka, što se vidi iz sledećeg primera:

Stečajni dužnik je pre pokretanja stečajnog postupka zaključio ugovor sa trećim licem, koje je stečajnom dužniku pre otvaranja stečajnog postupka dozvolilo da koristi i seče šumu čiji je vlasnik Republika Srbija, a korisnik treće lice, što je evidentirano i u katastru nepokretnosti. Po ovom pravnom poslu stečajni dužnik je uplatio svom saugovaraču (trećem licu) 1.000.000,00 dinara, odmah po zaključenju ugovora. Zbog problema u poslovanju stečajni dužnik nije koristio niti je sekao šumu. Nakon otvaranja stečajnog postupka nad stečajnim dužnikom, stečajni upravnik tužbom pobija navedeni pravni posao s pozivom na članove 119 i 123 ZS i traži od dužnikovog saugovarača, odnosno tuženog, da vrati 1.000.000,00 dinara u stečajnu masu. Tokom postupka predlaže dokaze radi dokazivanja namere oštećenja poverilaca na strani stečajnog dužnika, kao i da je saugovarač stečajnog dužnika – tuženi, znao za nameru stečajnog dužnika. Na te okolnosti se izvode dokazi i saslušanjem većeg broja svedoka. Prvostepeni sud donosi presudu kojom tužbeni zahtev odbija u celosti: i za pobijanje pravnog posla i za vraćanje iznosa od 1.000.000,00 dinara u stečajnu masu, a uz obrazloženje da stečajni dužnik nije dokazao uslove predviđene za pobijanje pravnog posla iz člana 123 ZS.

Međutim, u konkretnom slučaju nije bilo uslova za primenu pravila o pobijanju u stečaju, zato što je predmetni pravni posao bio ništav. Ništav je zato što nije pribavljena saglasnost nadležnog državnog organa za raspolaganje imovinom koja je u svojini Republike Srbije. Tu činjenicu sud nije imao u vidu, iako je bio dužan da o ništavosti vodi računa po službenoj dužnosti. Međutim, ovaj pravni posao kao ništav ne proizvodi pravno dejstvo ni prema kome, pa ni prema stečajnoj masi stečajnog dužnika. Stoga je odluka suda kojom je odbijen tužbeni zahtev za utvrđivanje da predmetni pravni posao ne proizvodi pravno dejstvo prema stečajnoj masi – nepravilna. Trebalo je da prvostepeni sud usvoji tužbeni zahtev i da utvrdi da taj pravni posao ne proizvodi pravno dejstvo prema stečajnoj masi, ali iz razloga ništavosti a ne po pravilima pobijanja u stečaju. Nepravilna je i odluka suda kojom je odbijen zahtev za vraćanje

novčanog iznosa u stečajnu masu, s obzirom na to da je ovaj novčani iznos tuženi dužan da vrati u stečajnu masu, što je posledica ništavog ugovora.

Iz iznetog jasno proizilazi da se imovinska korist vraća u stečajnu masu, po pravilima vraćanja koja važe za ništave ugovore i u situaciji kada se ugovor ne pobija po pravilima stečajnog pobijanja.

Primer br. 3:

Za plaćanja sa depozitnog računa suda koja su izvršena posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, čak i u vreme kada su nastupile posledice otvaranja stečajnog postupka, podnosi se od strane stečajnog upravnika pobojna tužba. Međutim, sudovi odbijaju ovakve zahteve jer za pobijanje nisu ispunjeni zakonski uslovi. Ovo zato što poboju radnju isplate nije izvršio stečajni dužnik, to nije pravna radnja stečajnog dužnika, već se radi o izvršnoj radnji, preduzetoj u postupku sprovođenja izvršenja na nepokretnosti tužioca, po članu 99 Zakona o izvršnom postupku, koji je sproveo osnovni sud po rešenju o sprovođenju izvršenja. Izvršna radnja koju preduzima sud u postupku prinudnog izvršenja isplatom sa depozitnog računa nije pravna radnja stečajnog dužnika i ne može se sa uspehom pobijati po pravilima stečajnog postupka. Pobijati se mogu samo pravne radnje koje je preduzeo ili propustio da preduzme stečajni dužnik (Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 8928/2012 od 06. 03. 2013. god. – Sudska praksa privrednih sudova – Bilten br. 4/2013).

Primer br. 4:

Stečajni upravnik podnosi poboju tužbu jer je pre otvaranja stečaja zakonski zastupnik pravnog prethodnika stečajnog dužnika priznao zastareo dug ili se odrekao od nastupele zastarelosti, po osnovu čega je doneta presuda u korist tužioca protiv tuženog – pravnog prethodnika stečajnog dužnika. Međutim, priznanje duga koji je zastareo, odnosno odricanje od nastupele zastarelosti u situaciji kada dug postoji po osnovu i visini ne predstavlja radnju kojom se remeti ravnomerno namirenje poverilaca, odnosno pojedini od njih stavljaju u povoljniji položaj. Ova radnja bi takav karakter mogla imati samo ukoliko je priznato potraživanje koje ne postoji ili u iznosu koji je veći od postojećeg (Iz rešenja Višeg trgovinskog suda, Pž. 1327/2005).

TREĆI DEO

Problem kasnog podnošenja zahteva za otvaranje stečajnog postupka

Zakonodavstvo u oblasti stečaja je u suštini zakonodavstvo o prinudnom izvršenju. Cilj stečajnog postupka je najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca (v. član 2 ZS). Za ostvarivanje cilja najpovoljnijeg namirenja stečajnih poverilaca otvaranjem stečajnog postupka dužniku, odnosno rukovodstvu dužničkog privrednog društva se oduzimaju suštinske nadležnosti i prenose na stečajnog upravnika, da bi ovaj u interesu svih poverilaca ostvario najpovoljnije iskorišćavanje dužnikove imovine. Načelno je nebitno da li neki poverilac ima mala ili velika potraživanja prema dužniku. U svakom slučaju, on ima pravo na namirenje, pošto je direktno pogođen u odnosu na svoje imovno stanje, pa time i svoje vlasništvo.

U srpskom zakonodavstvu u oblasti stečaja se sledi načelo zastupljeno u mnogim zakonima o stečaju u celom svetu – *par conditio creditorum* – kojim se definiše da se svi poverioci u stečajnom postupku jednako tretiraju, osim ako u skladu sa srpskim zakonom nemaju privilegovano pravo obezbeđenja.

Pobijanje pravnih radnji u stečaju služi za ponovno uspostavljanje imovine dužnika kojom odgovara prema svim poveriocima kroz povraćaj predate imovine, kao i oslobađanje stečajne mase od dugovanja prispelih na nedopustiv način. Na ovaj način se ostvaruje prethodna zaštita stečajnih poverilaca u smislu Zakona o stečaju, tako što se oduzima pravno dejstvo radnjama kojima se pojedini poverioci dovode u povoljniji položaj.

Posledica (uspešnog) pobijanja radnji stečajnog dužnika je to što osporena radnja ili propuštanje ne idu na teret stečajne mase i protivnik pobijanja se obavezuje da ono što je stekao na osporavan način nadoknadi stečajnoj masi, odnosno da dovede stečajnu masu u stanje u kom bi bila da nije došlo do osporene radnje ili propuštanja (v. član 130 stav 1 ZS).

I. Prikaz ekonomskog značaja pobijanja u stečaju na osnovu primera iz prakse

Na ovaj način iz (uspešnog) pobijanja pravnih radnji u stečaju dolazi do obogaćivanja stečajne mase u korist svih poverilaca, pri čemu ovo uvećanje stečajne mase kroz pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika može da bude i u značajnom obimu, što će u daljem tekstu biti pojašnjeno pomoću nekoliko odluka iz srpske prakse:

Primer br. 1:

Četiri godine pre otvaranja stečajnog postupka zakonski zastupnik i vlasnik stečajnog dužnika je u njegovo ime i za njegov račun potpisao ugovor o cesiji kojim je ustupio potraživanja koja je stečajni dužnik imao prema trećem licu na svoje drugo privredno društvo (gde je takođe vlasnik i zakonski zastupnik). Po pobojoj tužbi, presudom P. 137/2010 od 03.09.2010. god., shodno članu 102 Zakona o stečajnom postupku, Privredni sud je:

1. Usvojio tužbeni zahtev tužioca-poverioca pa se utvrđuje da su Ugovor o ustupanju potraživanja br. 87/04 od 31.12.2004. god. i Aneks tog ugovora od 21.06.2005. god., zaključeni između tuženih prvog reda kao prijemnika i pravnog prethodnika tuženog drugog reda (stečajnog dužnika) kao ustupioca, koji imaju za predmet ustupanje potraživanja tuženog drugog reda prema PRK d.d. Beograd, bez pravnog dejstva prema stečajnoj masi, što su tuženi prvog reda i tuženi drugog reda dužni priznati u roku od osam dana od dana prijema prepisa presude.

2. Nalaže se tuženom prvog reda da tuženom drugog reda vrati u stečajnu masu potraživanje prema PRK d.d. u stečaju Beograd koje mu je ustupio pravni prethodnik drugotuženog, u roku od osam dana od dana prijema prepisa presude, a ako to ne učini, ova presuda će služiti kao osnov za vraćanje u stečajnu masu.

Za jedan ovakav, naizgled očigledan slučaj namernog oštećenja poverilaca trebalo je da prođe tri i po godine da bi se postupak pravnosnažno okončao usvajanjem pobojne tužbe, što je za posledicu imalo da su se poverioci namirili sa 100% utvrđenih potraživanja u svim isplatnim redovima (da nije bilo pobijanja, ne bi bilo dovoljno sredstava ni za pokriće troškova stečajnog postupka iz stečajne mase zatečene na dan otvaranja stečaja), a višak stečajne mase od 50.000.000,00 dinara je vraćen vlasniku.

Primer br. 2:

Nad stečajnim dužnikom je otvoren stečajni postupak dana 22.02.2011. god. (predlog za pokretanje stečajnog postupka podnet je 10.06.2010. god.).

Stečajni upravnik zatiče u dokumentaciji Ugovor o kupoprodaji nepokretnosti zaključen i overen u sudu dana 08.12.2009. god. kojim je pravni prethodnik stečajnog dužnika kao prodavac otuđio predmetne objekte i zemljište po ceni od 375.000,00 EUR u dinarskoj protivvrednosti na dan isplate s tim da se ova cena umanjuje za iznos od 320.000,00 EUR na ime stvorenih a neizmirenih obaveza prodavca prema kupcu, koje su nastale u realizaciji Ugovora o zajedničkoj proizvodnoj kooperaciji radi proizvodnje, prerade i pakovanja smrznutog voća od 15.04.2008. god., a da se kupac obavezuje da preostali deo cene u iznosu od 55.000,00 EUR isplati prodavcu najkasnije do 30.06.2010. god., na osnovu ispostavljanja fakture prodavca. Ugovoreno je i da se kupac odmah može uknjižiti kao vlasnik bez posebne saglasnosti prodavca. Stečajni upravnik podnosi tužbu u kojoj se ističe da prodavac na dan zaključenja ugovora nije imao niti stvorene niti neizmirene obaveze prema kupcu u iznosu od 320.000,00 EUR u realizaciji Ugovora o zajedničkoj proizvodnoj kooperaciji kako je navedeno u ugovoru, a pored toga ističe se i to da kupac nije ispoštovao ni svoju obavezu da preostali iznos kupoprodajne cene od 55.000,00 EUR isplati prodavcu najkasnije do 30.06.2010. god., čime se po samom zakonu (član 25 Zakona o obligacionim odnosima) smatra da je ugovor raskinut. Na osnovu navedenog stečajni upravnik podnosi tužbu u kojoj postavlja kao prvoredni tužbeni zahtev da se utvrdi da je raskinut ugovor o kupoprodaji a kao eventualni tužbeni zahtev se ističe pobjona tužba kojom se traži da se utvrdi da je ugovor o kupoprodaji predmetnih nepokretnosti bez pravnog dejstva prema stečajnoj masi. Tuženi je isticao da nisu ispunjeni uslovi iz Zakona o obligacionim odnosima za raskid ugovora, jer se ugovor ne može raskinuti zbog neispunjenja neznatnog dela obaveze, te da mu tužilac uopšte nije ispostavio fakturu za uplatu iznosa od 55.000,00 EUR, da se ne radi o ugovoru u kome rok ispunjenja obaveze predstavlja bitan element ugovora, da je pretežni deo cene izmiren. U pogledu eventualnog tužbenog zahteva, tj. pobjone tužbe smatrao je da je isti neosnovan, jer nije znao za tužiočevu nesposobnost plaćanja, da tužiočev registrovani novčani kapital od 23.12.2003. god. iznosi 1.784.921,76 EUR, da nije znao da se predmetnim ugovorom oštećuju poverioci, da nije postojala namera oštećenja poverilaca. U toku postupka veštačenjem je utvrđeno da tuženi nije izvršio nikakvu nadoknadu po Ugovoru o kupoprodaji nepokretnosti od 08.12.2009. god., niti deviznog iznosa od utvrđene kupoprodajne cene od 375.000,00 EUR, niti u dinarskoj protivvrednosti. Na osnovu ovako utvrđenog činjeničnog stanja Privredni sud je presudom P. 426/2011 od 27.03.2012. god. odbio prvoredni, a usvojio eventualni tužbeni zahtev (pobjonu tužbu) shodno članu 123 ZS koja je potvrđena i od strane Privrednog ape-

lacionog suda u Beogradu. Ovim uspešnim pobijanjem stvoreni su uslovi da se kroz deobu namire poverioci I, II i delimično III isplatnog reda. U protivnom, bez ovako uspešnog pobijanja ne bi bilo dovoljno sredstava ni za pokriće troškova stečajnog postupka.

Primer br. 3:

Nad stečajnim dužnikom je otvoren stečajni postupak Rešenjem Privrednog suda St. 691/2010 dana 04.08.2010. god., a pre otvaranja stečajnog postupka dana 10.03.2009. god. stečajni dužnik je otuđio poljoprivredno zemljište iz imovine privrednog društva, a da ugovorenu kupoprodajnu cenu kupac nije isplatio. Kasnije zaključenim protokolom o načinu regulisanja međusobnih obaveza od 19.11.2009. god., koji je zaključen i potpisan između fizičkog lica (koje je ranije bilo i zakonski zastupnik prodavca – stečajnog dužnika pre stečaja i u vreme zaključenja ugovora kao i u vreme potpisivanja protokola) i kupca, takođe fizičkog lica, po navedenom ugovoru dogovoreno je da se kupoprodajna cena iz navedenog ugovora isplati od strane kupca upravo zakonskom zastupniku prodavca, i to kao fizičkom licu. Na bazi ovako zatečenog stanja stečajni upravnik ističe pobojni tužbeni zahtev shodno članu 123 ZS koji Privredni sud svojom presudom P. 437/2012 od 14.09.2012. god. usvaja, pa se izrekom iste utvrđuje da je ugovor o kupoprodaji poljoprivrednog zemljišta br. 23 od 10.03.2009. god. koji je overen pred OSV pod Ov. Br. 749/09 bez pravnog dejstva prema stečajnoj masi, što su parnične stranke dužne priznati, pa se obavezuje tuženi da tužiocu preda nepokretnosti, i to: Kp. Br. 6026/3 KO Čičevac površine 9.66,18 ha i Kp. Br. 10813/59 KO Čičevac površine 7.47,72 ha, sve u roku od osam dana od dana prijema prepisa presude. U navedenom primeru iz sudske prakse upravo se uspešnim pobijanjem stvaraju uslovi da se uopšte i faktički formira stečajna masa, jer druge imovine za namirenje poverilaca nema, a ne bi imali iz čega ni da se pokriju troškovi stečaja.

II. Odredbe o pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika u skladu sa članom 119 ZS kao najvažnijim elementom srpskog zakonodavstva u oblasti stečaja; posledice trenutka podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka na mogućnost ostvarivanja prava na pobijanje

Mogućnost i efikasnost pobijanja pravnih radnji u stečaju, a time i obim povećanja stečajne mase u najvećoj meri zavise od pravovremenog podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, bilo da ga podnosi dužnik ili poverilac. To je rezultat okolnosti da mogućnost pobijanja (pravnih) radnji

kod pojedinačnih činjeničnih stanja pobijanja prema članovima 119-130 ZS zavisi od rokova koji se računaju od trenutka podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Tako je, na primer, preduslov za mogućnost pobijanja u skladu sa članom 120 ZS da je radnja koja treba da se pobije preduzeta u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka. Ako se neki predlog za pokretanje stečajnog postupka prekasno podnese, ovi rokovi će često delom i uveliko biti prekoračeni sa posledicom da do pobijanja uopšte ne može da dođe. Uopšteno, već ovde se može konstatovati da zakon postavlja sve veće zahteve kad je u pitanju dokazivanje mogućnosti pobijanja što je pobijanje vremenski starije.

Već u ovom trenutku dajemo pregled rokova za pobijanje pravnih radnji kod pojedinačnih činjeničnih stanja pobijanja – sa ciljem da pojasnimo ovu problematiku:

Činjenično stanje pobijanja	Period (rok) pobijanja
čl. 120 (uobičajeno namirenje)	6 meseci Pre podnošenja predloga ili posle
čl. 121 (neuobičajeno namirenje)	12 meseci Pre podnošenja predloga
čl. 122 (neposredno oštećenje poverilaca)	6 meseci Pre podnošenja predloga ili posle
čl. 123 (namerno oštećenje poverilaca)	5 godina Pre podnošenja predloga ili posle
čl. 124 (poslovi i radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu)	5 godina Pre podnošenja predloga

Dužnik odnosno direktor dužničkog privrednog društva iz različitih motiva (često: parnično-pravne i/ili krivično-pravne posledice) uglavnom ne podnosi predlog za pokretanje stečajnog postupka ili to u najređem broju slučajeva čini na vreme, tako da pitanje mogućnosti pobijanja (pravnih) radnji zavisi od aktivnosti, angažovanja i konačno predloga za pokretanje stečajnog postupka od strane stečajnih poverilaca.

To načelno nije za zamerku, pošto se stečajni postupak sprovodi u interesu stečajnih poverilaca.³⁾ Ako oni ne nalaze za shodno da na vreme podnesu

3) Pored toga, Zakon o stečaju sledi i druge ciljeve, ima i naročito funkciju uređenja i prečišćavanja tržišta u smislu da se insolventna privredna društva u najvećoj mogućoj meri uklone sa tržišta da bi se

predlog za pokretanje stečajnog postupka protiv dužnika, time se istovremeno posredno odriču mogućnosti koje pruža zakon o pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika u pogledu pitanja generisanja stečajne mase, pa time i namirenja poverilaca. Posledice nepodnošenja ili zakasnelog podnošenja predloga stoga snose sami stečajni poverioci. Međutim, mora se poći od toga da stečajni poverioci uglavnom nisu svesni tih posledica. Mogućnosti pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika i delimično velikih posledica po izgledu za namirenje poverilaca mnogim su poveriocima nepoznate, čak i u zemljama u kojima prava pobijanja radnji stečajnog dužnika već decenijama čine sastavni deo pravnih propisa i svakodnevno se primenjuju. Zato postoji velika potreba za informisanjem/obaveštavanjem poverilaca o materiji pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika u stečaju. To posebno važi za Srbiju, pošto u stečajnim postupcima u kojima se sa uspehom pobijaju pravne radnje i pravni poslovi stečajnog dužnika značajna imovinska korist može da se vrati u stečajnu masu, što za posledicu ima veći procenat namirenja poverilaca.

III. Dosadašnja praksa, potreba za izmenama

Stečajni postupci se po dosadašnjoj praksi najčešće otvaraju nakon višegodišnjih blokada računa stečajnog dužnika kada je gotovo sva imovina obezbeđena založnim pravima, tako da se stečajni postupci u praksi svode na postupke u kojima možemo namiriti samo razlučne poverioce, a često je veliki problem možemo li pokriti i same troškove stečajnog postupka. Poseban problem u praksi kada je u pitanju pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika predstavlja i činjenica da pri navedenom stanju stvari stečajni upravnici nemaju ni novčanih sredstava da bi podnosili poboje tužbe (što je njihova zakonska obaveza iz člana 129 ZS). Naime, nakon podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka sudovi predlagračima nalažu da uplate predujam da bi se stečaj otvorio, a tim predujmom se, shodno članu 59 ZS, mogu obuhvatiti samo troškovi oglasa, troškovi obaveštavanja poverilaca iz člana 27 stav 1 tačka 5 ZS, troškovi angažovanja stečajnog upravnika i troškovi neophodni za obezbeđenje imovine. Kada je gotovo sva imovina dužnika obezbeđena razlučnim pravima, što se u Srbiji sve češće dešava, a postoje uslovi za pobijanje,

sprečio nastanak opšte štete, kao npr. da dužnik/dužničko privredno društvo primi dalje isporuke koje ne može da izmiri, te da se tako ograniči ukupna šteta po privredu. Pored toga, funkcija uređenja koju ima Zakon o stečaju, a posebne odredbe koje se odnose na pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika izražava se kroz to što stečajni poverioci ravnomerno treba da budu namireni iz postojeće stečajne mase, a posebne pogodnosti za pojedine poverioce mogu da se zadrže samo na zakonom predviđen način (naročito u slučaju davanja obezbeđenja).

postavlja se opravdanim pitanje sa kojim sredstvima će stečajni upravnici pristupiti realizaciji svoje zakonske obaveze i podnositi pobjodne tužbe. Ti postupci mogu trajati i godinama, jer je nesporno da su poverioci dosta pasivni u pogledu primene ovog instituta i oslanjaju se na stečajnog upravnika kome je i pravo i dužnost da podnosi pobjodnu tužbu, a od strane kako zakonodavca tako i poverilaca, pa i suda ne stvaraju mu se materijalni preduslovi u smislu neophodnih troškova za izvršenje cilja koji mu je imperativnim normama zakona nametnut. Jedan od razloga što se ne podnose predlozi za otvaranje stečaja (ili se nakon podnošenja predloga od strane predlagača ne uplati predujam naložen po sudskom rešenju) jeste i taj što poverioci nemaju interes da pokreću stečajni postupak kada je gotovo sva imovina obezbeđena razlučnim pravima, a nema gotovo nikakvih izgleda da će se predujam vratiti. Činjenica je da se poslednjih godina sve češće stečajni postupci u Republici Srbiji svode na postupke u kojima se namiruju samo razlučni poverioci (i to pretežno delimično do visine vrednosti imovine na kojoj imaju pravo prvenstvenog namirenja) i da van toga u stečajnoj masi ne samo da nema sredstava za isplate poverilaca po isplatnim redovima već ni za pokriće troškova stečajnog postupka niti obaveza stečajne mase. Navedeno stvarno stanje u praksi se sve više ogleda u tome što se u stečajnom postupku često ne namiruju poverioci isplatnih redova, što nije svrha ovog postupka shodno članovima 2 i 3 ZS, već samo razlučni poverioci. Zakonodavac bi, u pogledu najavljenih izmena ili donošenja novog zakona, na ovo pitanje troškova stečajnih postupaka, pa u pogledu ove teme naročito troškova potrebnih da bi se pristupilo pobijanju pravnih radnji stečajnog dužnika, morao da obrati posebnu pažnju, jer sa sadašnjim zakonskim okvirom i sudskom praksom ne nailazi se na bilo kakav zadovoljavajući odgovor.

IV. Automatsko podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka

Srpski zakonodavac je pokušao da preko Zakona o stečaju utiče na to da se predlozi za pokretanje stečajnog postupka podnesu bar ranije nego što je do sada u praksi bilo uobičajeno. Zakon o stečaju je uneo novo poglavlje X pod nazivom „Poseban postupak u slučaju dugotrajne nesposobnosti za plaćanje“. Taj postupak nije bio poznat u prethodnom Zakonu o stečajnom postupku („Službeni glasnik RS“ broj 84/2004). Odredbe ovog zakona u praksi su bile poznate pod zajedničkim imenom „automatski stečaj“.

Cilj zakonodavca je bio da navedenim odredbama ukloni sa tržišta neaktivne privredne subjekte. Neaktivni privredni subjekti su bili subjekti koji nakon

osnivanja praktično nisu obavljali delatnost, zatim subjekti koji su obavljali delatnost, ali je ona dovela do blokade tekućih računa, što je prouzrokovalo neaktivnost ovih subjekata, kao i subjekata koji su poslovali, ali su posledice poslovanja bile blokade tekućih računa... Poverioci su se ponašali pasivno kao i sami dužnici, pa su se dugovi nagomilavali, a na tržištu se prividno pokazivao veliki broj privrednih subjekata koji praktično nisu imali aktivnosti, a ako su ih imali, one su vodile ka daljem stvaranju obaveza. Ovim odredbama zakonodavac je pokušao da animira i poverioce i dužnike kako bi se razrešio status i jednih i drugih, a time i njihova međusobna prava i obaveze upravo podnošenjem predloga za pokretanje stečajnih postupaka. Zakonodavac je to uradio na vrlo praktičan i efikasan način, ali odredbe koje su regulisale ovaj postupak nisu bile saglasne Ustavu Republike Srbije.

Članom 150 ZS bila je predviđena obaveza organizacije koja sprovodi postupak prinudne naplate da jednom mesečno, i to poslednjeg dana u mesecu sa presekom stanja na taj dan, svim sudovima nadležnim za sprovođenje stečajnog postupka dostavi obaveštenje o pravnim licima sa njene teritorije koja su obustavila sva plaćanja u neprekidnom trajanju od najmanje godinu dana. Stavom 3 ovog člana ustanovljena je obaveza organizacije koja sprovodi postupak prinudne naplate da obaveštenje iz stava 1 ovog člana objavljuje u jednom visokotiražnom dnevnom listu koji se distribuira na celoj teritoriji Republike Srbije i na svojoj internet strani.

Po prijemu obaveštenja iz člana 150 stav 1 ZS, stečajni sudija je po službenoj dužnosti donosio rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka u kome se utvrđivalo postojanje pravnog interesa poverilaca za sprovođenje stečajnog postupka i postojanje stečajnog razloga. Rešenjem o pokretanju prethodnog stečajnog postupka određivala se visina predujma za vođenje stečaja iz člana 59 stav 1 ZS i ostavljao se rok od 60 dana od dana objavljivanja rešenja u kom su poverioci ili stečajni dužnik mogli tražiti sprovođenje stečajnog postupka i u kom su mogli položiti predujam. Predmetno rešenje objavljivalo se na oglasnoj tabli suda, a shodno članu 10 stav 3 ZS dostavljalo se i Registru privrednih subjekata radi objave na internet strani. To je bilo predviđeno članom 151 ZS.

Prema odredbi člana 152 ZS, ukoliko stečajni dužnik ili stečajni poverilac uplate predujam i podnesu zahtev za pokretanje stečaja, stečajni sudija je bez odlaganja zakazivao ročište na kome bi se raspravljalo o postojanju stečajnog razloga za otvaranje stečajnog postupka. Na dalji tok stečajnog postupka u slučaju postojanja predloga za pokretanje stečaja i uplate predujma, primenjivale su se odredbe Zakona o stečaju kojima je regulisano otvaranje i sprovođenje stečajnog postupka.

Međutim, u slučaju neuplate predujma i nepodnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka (bilo stečajnog dužnika, bilo poverioca), smatralo se da ne postoji pravni interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje stečajnog postupka, što je bilo predviđeno članom 152 stav 3 ZS. To je dalje vodilo donošenju rešenja kojim je:

- utvrđivano da ne postoji interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje stečajnog postupka,
- utvrđivana ispunjenost stečajnog razloga trajnije nesposobnosti plaćanja,
- otvaran stečajni postupak nad dužnikom,
- zaključivan stečajni postupak, što je pak bilo predviđeno članom 153 stav 1 ZS.

Predmetno rešenje objavljivano je na oglasnoj tabli i dostavljano Registru privrednih subjekata, a protiv njega su stečajni dužnik i poverioci mogli izjaviti žalbu u roku od 30 dana od dana objavljivanja rešenja na oglasnoj tabli suda.

Po pravnosnažnosti rešenja o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka, ono je dostavljano nadležnom registru privrednih subjekata, radi brisanja privrednog subjekta iz tog registra.

Odredbom člana 154 stav 2 ZS bilo je propisano šta raditi sa imovinom stečajnog dužnika koji je na gore izložen način brisan iz Registra privrednih subjekata, tako što je predviđeno da imovina prelazi u svojinu Republike Srbije, čime se nije diralo u ranije stečena prava obezbeđenja i prioritarnog namirenja poverilaca na predmetnoj imovini. Takođe je bilo propisano da Republika Srbija ne odgovara za obaveze stečajnog dužnika. Republici Srbiji je dato pravo da može stupiti umesto stečajnog dužnika u parnicu koja se vodi po njegovoj tužbi za naplatu potraživanja ili predaju stvari. Nakon prelaska imovine u svojinu Republike Srbije njome se upravljalo i raspolagalo u skladu sa Zakonom kojim se uređuje upravljanje i raspolaganje sredstvima u svojini Republike Srbije.

Srpski zakonodavac je pokušao da odredbama člana 150-154 ZS utiče na to da se predlozi za pokretanje stečajnog postupka podnose ranije nego što je to do tada u praksi bilo uobičajeno. Međutim, i rok od godinu dana neprekidne obustave plaćanja sužavao je mogućnosti pobijanja pravnih poslova i pravnih radnji za koje je zakonom predviđen rok od šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, jer najčešće zbog dugotrajne blokade dužnik nije ni preduzimao poslove u tom periodu, a poslovi preduzeti van tog roka mogli su se pobijati prema osnovima koji su kao rok za pobijanje predviđali duže rokove.

Ustavni sud Republike Srbije je svojom odlukom I Uz – 850/2010 od 12.07. 2012. god., koja je objavljena u „Službenom glasniku RS“ broj 71/2012, utvrdio da odredbe člana 150 do 154 ZS („Službeni glasnik RS“ broj 104/09) nisu u saglasnosti sa Ustavom. U obrazloženju svoje odluke Ustavni sud navodi:

„Ceneći ustavnost osporene odredbe člana 150 stav 1 Zakona, Sud je ocenio da se propisivanjem da se obaveštenje iz člana 150 stav 1 ovog člana o pravnim licima koja su obustavila sva plaćanja u neprekidnom trajanju od najmanje godinu dana, koje dostavlja organizacija koja sprovodi postupak prinudne naplate sudovima nadležnim za sprovođenje stečajnog postupka, samo objavljuje u jednom visokotiražnom dnevnom listu i na internet stranici, (ali ne i dostavlja) poveriocima stečajnog dužnika, što ima za posledicu da stečajni sudija po prijemu obaveštenja, po službenoj dužnosti donosi rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka u kome se utvrđuje i postojanje pravnog interesa poverioca za sprovođenje stečajnog postupka, čini povreda prava na pravično suđenje i prava na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo (član 32 stav 1 i član 36 Ustava). Prema oceni Suda, normiranjem da se rešenje iz člana 153 stav 1 ovog zakona objavljuje na oglasnoj tabli suda, odnosno da se stranci ne vrši lično dostavljanje akta kojim se odlučuje o njenom pravu, obavezi ili na zakonom zasnovanom interesu, zbog čega objektivno nije u mogućnosti da se upozna sa sadržinom ovog akta, dovodi se u pitanje ostvarivanje prava na pravično suđenje i prava na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo garantovanih odredbama člana 32 stav 1 i člana 36 Ustava. Ustavna garancija iz člana 32 stav 1 Ustava podrazumeva da svako ima pravo da se u sudskom postupku pravično i u razumnom roku javno raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama i osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje sudskog postupka. Kada je reč o stečajnom postupku, ova ustavna garancija znači da se mora omogućiti da nezavisan, nepristrastan i zakonom već ustanovljen sud pravično i javno raspravi o pravima i obavezama stečajnog dužnika koja su predmet postupka i o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje stečajnog postupka, kao i da je celokupan postupak pred sudom sproveden u skladu sa odredbama važećih procesnih i materijalnih propisa. Ustavni sud nalazi da se stečajni postupak pred sudom, po opštim pravilima stečajnog postupka, pokreće podnošenjem pojedinačnog predloga koji sadrži pravno relevantne podatke, a ne po službenoj dužnosti stečajnog sudije po prijemu obaveštenja organizacije koja sprovodi postupak prinudne naplate, kao što je to propisano osporenim odredbama člana 150 ZS. Po mišljenju Suda, da bi bilo koji spor pred sudom bio javno raspravljen, ustavni uslov, u smislu člana 32 stav 1 Ustava, je da sud obezbedi prisustvo i mogućnost aktivnog učešća stečajnog dužnika o čijim pravima i obavezama se

raspravlja pred sudom u smislu mogućnosti preduzimanja odgovarajućih radnji u sudskom postupku. Ova ustavna garancija, stoga, isključuje mogućnost da stečajni sudija donese rešenje kojim se otvara i zaključuje stečajni postupak nad dužnikom, bez prisustva i učešća stranaka o čijim pravima i obavezama se raspravlja i odlučuje ovim rešenjem. Svrha ustavnog jemstva iz člana 36 stav 2 Ustava je u tome da se svakom licu na koga se odnosi odluka kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu obezbedi da objektivno bude u mogućnosti da protiv takve odluke koristi propisano, delotvorno pravno sredstvo. Ovakva mogućnost može postojati samo ukoliko odluka bude na propisan način u pismenom obliku lično dostavljena stečajnom dužniku u postupku, kako bi on u zakonom propisanom roku od dana prijema odluke bio u mogućnosti da se upozna sa sadržinom tog akta i ukoliko to želi, da izjavi propisano pravno sredstvo protiv takvog akta. Pored ovoga, uslovljavanjem plaćanja određenog novčanog iznosa u vidu predujma i propisivanjem da se, ukoliko ne bude uplaćen u roku iz člana 151 stav 1 ovog zakona, bez pozivanja stečajnog dužnika i njegovih poverilaca i omogućavanja njihovog prisustva i učešća u raspravi u sudskom postupku, može smatrati da ne postoji pravni interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje stečajnog postupka (kako je predviđeno odredbom člana 152 stav 3 Zakona), povređuje se odredba člana 32 stav 1 Ustava kojim je zajemčeno pravo na pravično suđenje. Ovo iz razloga što ni stečajnom dužniku, ni stečajnim poveriocima ni na koji način nije pravno relevantno stavljeno do znanja da se pokreću bilo kakve stečajne radnje da bi mogli uzeti učešća u tom postupku, odnosno prijaviti svoja potraživanja. Drugim rečima, to znači da nije ispunjen ustavni uslov koji proizilazi iz člana 32 stav 1 Ustava da sud u tom raspravljanju obezbedi prisustvo i učešće stranaka o čijim se pravima i obavezama raspravlja pred sudom. U skladu sa tim, Ustavni sud smatra da je ostvarivanje prava na žalbu protiv rešenja iz člana 153 stav 1 Zakona potrebno vezati za datum ličnog dostavljanja rešenja stranci, a ne za datum objavljivanja rešenja na oglasnoj tabli suda, kako bi se omogućila realizacija ustavnog jemstva iz člana 36 stav 2 Ustava.

Ustavni sud je, takođe, ocenio da se propisivanjem da se rešenje kojim se zaključuje stečajni postupak objavljuje na oglasnoj tabli suda i dostavlja registru privrednih subjekata, kao Zakonom predviđenim načinom dostavljanja, a bez prethodnog ličnog dostavljanja stranci tog rešenja, te određivanjem da na to rešenje žalbu mogu izjaviti stečajni dužnik i poverioci u roku od 30 dana od dana objavljivanja rešenja na oglasnoj tabli suda (kako je to propisano osporenim odredbama čl. 153 i 154 Zakona), pored povrede principa iz člana 32 stav 1 i člana 36 Ustava, povređuju i osnovna ustavna načela o neposrednoj primeni

ljudskih i manjinskih prava i sloboda iz člana 18 stav 2 Ustava kojim je uređeno da se zakonom može propisati način ostvarivanja Ustavom zajemčenih prava, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenih prava. Ovo iz razloga što od okolnosti da li će i kada stranci biti izvršeno dostavljanje akta zavisi i pravna mogućnost i rok za korišćenje propisanog pravnog sredstva. Istovremeno, ova lica se stavljaju u neravnopravan položaj sa ostalim stečajnim dužnicima, s obzirom na to da je odredbom člana 71 ZS propisano da se u opštem stečajnom postupku rešenje o otvaranju stečajnog postupka dostavlja stečajnom dužniku, čime se povređuje načelo iz člana 21 stav 1 Ustava kojim se garantuje jednakost svih pred Ustavom i zakonom. Osporenim odredbama člana 154 ZS, prema oceni Suda, ograničava se pravo na imovinu stečajnih dužnika i njihovih poverilaca zajemčeno odredbama člana 58 Ustava, zbog objektivne nemogućnosti da realizuju svoja potraživanja, uključujući i ona koja su zasnovana na pravnosnažnim sudskim odlukama, budući da se osporenim odredbama st. 2 i 3 ovog člana omogućava „prelaženje“ imovine stečajnog dužnika u svojinu države, po sili zakona, pri čemu država ne odgovara za obaveze stečajnog dužnika, ali može stupiti na mesto stečajnog dužnika u parnici koja se vodi po njegovoj tužbi za naplatu potraživanja ili stvari (stečaj zbog dugotrajne insolventnosti, odnosno nesposobnosti za plaćanje stečajnog dužnika kao posebna vrsta stečaja), a da nije ispunjen ni jedan ustavni uslov za oduzimanje imovine predviđen odredbama člana 58 Ustava. To znači da otvaranjem i zaključenjem stečaja nad tzv. neaktivnim pravnim licima prestaje njihov pravni subjektivitet brisanjem iz javnog registra, a Republika Srbija, po sili zakona, postaje vlasnik celokupne imovine, odnosno, aktive stečajnog dužnika, budući da država ne odgovara za obaveze stečajnog dužnika. Štaviše, kod ove vrste stečaja, osporenim odredbama člana 154 ZS propisano je da ukoliko je stečajni dužnik vodio neku parnicu prema svojim dužnicima, njeno vođenje može da preuzme država u svojstvu tužioca. Takođe, iz osporenih odredaba ovog člana Zakona proizilazi i da poverilac koji je pre stečaja započeo parnicu protiv stečajnog dužnika nema pravo da je nastavi nakon brisanja stečajnog dužnika u postupku protiv države, jer ona više nije pravni sledbenik za njegove dugove, odnosno potraživanja njegovih poverilaca. Ustavni sud nalazi da se navedenim odredbama Zakona povređuje i ustavno načelo ravnopravnosti svih svojinskih oblika iz člana 86 stav 1 Ustava, jer se povlašćuje državna svojina tako što imovina stečajnog dužnika po sili zakona prelazi bez naknade u državnu svojinu. Osporenim normiranjem, prema oceni Suda, povređuje se i zajemčeno pravo na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo iz člana 36 stav 1 Ustava i uskraćuje sudska zaštita subjektivnih prava koja je svakome zajemčena Ustavom, jer se oduzimanje imovine u korist države

opravdava pravnom nezainteresovanošću poverilaca za stečaj dugotrajno inosolventnog dužnika, a ne obezbeđuje se sudska zaštita njihovih imovinskih prava koja proizilaze iz potraživanja poverilaca“.

V. Posledice neustavnosti članova 150 do 154 ZS

Stečajni postupci koji su inicirani u skladu sa članovima 150 do 154 ZS (za koje je kasnije odlukom Ustavnog suda RS utvrđeno da nisu u saglasnosti s Ustavom), a u kojima je u toku prethodnog stečajnog postupka neko od poverilaca ili stečajni dužnik iskazao interes za sprovođenje stečaja i tražio sprovođenje stečaja uplativši predujam po odmerenju suda, bez obzira na neustavnost odredaba po kojima je inicijalni akt sudu dostavljan od strane NBS, nastavljeni su i pravilnost ovakvog stava sudova ne treba dovoditi u pitanje, a izuzeci su samo sporadični i kao takvi nisu mogli opstati.

U skladu sa članovima 150 do 154 ZS (a pre nego što je doneta odluka Ustavnog suda o neustavnosti ovih članova), privredni sudovi su, u situaciji kada niko od poverilaca niti stečajni dužnik nije iskazao interes za sprovođenje stečaja i uplatio predujam po odmerenju suda, donosili rešenja kojima su utvrđivali ispunjenost stečajnog razloga zbog trajnije nesposobnosti plaćanja, otvarali stečajni postupak, utvrđivali da ne postoji interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje stečaja, zaključivali postupak stečaja i na kraju odlučivali da po pravnosnažnosti rešenja imovina stečajnog dužnika prelazi u svojinu Republike Srbije. Međutim, ono što je izazvalo dilemu u postupanju sudova nakon navedene odluke Ustavnog suda jeste činjenica da su zainteresovana lica podnosila zahteve da im se usvoji predlog i da se donese rešenje kojim se menja pravnosnažno rešenje sa gore navedenom sadržinom te da se obustavi stečajni postupak i naloži Agenciji za privredne registre da u registar privrednih subjekata upiše privredno društvo. Ovakvi zahtevi su zasnivani na odredbama Zakona o Ustavnom sudu, i to na članu 61 kojim je propisano da:

„Svako kome je povređeno pravo konačnim ili pravnosnažnim pojedinačnim aktom, donetim na osnovu zakona ili drugog opšteg akta, za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti s Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, ima pravo da traži od nadležnog organa izmenu tog pojedinačnog akta, u skladu sa pravilima postupka u kome je pojedinačni akt donet. Predlog za izmenu konačnog ili pravnosnažnog pojedinačnog akta, donetog na osnovu zakona ili drugog opšteg akta, za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvr-

đenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, može se podneti u roku od šest meseci od dana objavljivanja odluke u „Službenom glasniku Republike Srbije“, ako od dostavljanja pojedinačnog akta do podnošenja predloga ili inicijative za pokretanje postupka nije proteklo više od dve godine.“

Po ovakvim, blagovremeno podnetim zahtevima, sudovi su donosili odluke kojima su ukidane klauzule pravnosnažnosti na rešenja koja su donošena u skladu sa neustavnim članovima sa sadržinom kako je navedeno, ukidali gore navedena rešenja, obustavljali prethodne stečajne postupke pokrenute po obaveštenju NBS i dostavljali rešenja Agenciji za privredne registre i NBS na osnovu kojih je Agencija ponovo ova privredna društva upisivao kao aktivna. O ovom pitanju se precizno izjasnio i Privredni apelacioni sud u Beogradu, svojim stavom u kom je navedeno: „Poverioci stečajnog dužnika su bili ovlašćeni za podnošenje zahteva za izmenu rešenja kojim se otvara i zaključuje stečajni postupak nad njihovim dužnikom, na osnovu člana 61 Zakona o Ustavnom sudu, te da se o njihovom zahtevu odlučuje od strane organa koji je doneo pojedinačni akt kojim se vređa njihovo pravo, odnosno od strane prvostepenog suda koji je doneo rešenje o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka nad njihovim dužnikom. Poverioci su zahtev za izmenu pojedinačnog akta – rešenja mogli podneti samo u roku od 6 meseci od dana objavljivanja odluke u „Službenom glasniku RS“ i to ako od dana dostavljanja pojedinačnog akta do podnošenja predloga ili inicijative za pokretanje postupka nije proteklo više od 2 godine, jer su to uslovi koji važe za sva lica koja su ovlašćena za podnošenje ovog predloga.“

ČETVRTI DEO

Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika

I. Uopšteno, obaveza utvrđivanja pravnih radnji koje mogu da se pobiju, izveštaji stečajnog upravnika

Pošto pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika predstavlja sprovođenje *par conditio creditorum*, pravo na pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika nastaje neposredno i bez daljeg sa pokretanjem stečajnog postupka, a završava održavanjem ročišta za glavnu deobu (v. član 119 stav 4 ZS).

Prema odredbi člana 119 ZS stečajni upravnik *može* da pobije određene pravne poslove i druge pravne radnje („...*mog*u pobijati...“), iz čega bi se moglo zaključiti da stečajni upravnik ima mogućnost izbora da li će izvršiti pobijanje ili ne. To, međutim, nije tako. Pobijanje pravnih radnji u stečaju je prema srpskom zakonu zakonska obaveza stečajnog upravnika. To proističe već iz okolnosti što je stečajni upravnik dužan da sledi cilj stečajnog postupka, da obezbedi najpovoljnije namirenje stečajnih poverilaca (član 2 ZS) i što je dužan da jednako tretira sve stečajne poverioce.⁴⁾ Pored toga, član 129 stav 1 rečenica 2 ZS propisuje da je stečajni upravnik generalno dužan pobijati pravne radnje uvek kada oceni da su ispunjeni uslovi za podnošenje tužbe, odnosno ako se pobijanjem uvećava stečajna masa, što je predviđeno članom 8 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o stečaju.

Za pobijanje pravnih radnji neophodno je da stečajni upravnik izvrši sveobuhvatnu obradu platnog prometa kao i poslovne dokumentacije dužnika. To je zakonska obaveza stečajnog upravnika koja rezultira iz toga što stečajni upravnik mora da sledi cilj najboljeg mogućeg namirenja poverilaca, a pored toga – kao što je ranije pomenuto – stečajni upravnik je uprkos ne sasvim jasnoj formulaciji u članu 119 ZS dužan da sprovede pobijanje pravnih radnji u stečaju u interesu stečajnih poverilaca sa ciljem generisanja stečajne mase.

4) Član 2 ZS propisuje u tom smislu: „Cilj stečaja jeste najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca...“

Srpsko zakonodavstvo u oblasti stečaja kroz podzakonska akta stavlja stečajnog upravnika u položaj da obradi platni promet dužnika ili druga relevantna činjenična stanja iz ugla pobijanja, tako što stečajni upravnik može i mora u potpunosti da preuzme poslovnu dokumentaciju dužnika (vidi član 101 stav 1, 105, 110 stav 1 (33 stav 1) ZS).

Pošto je stečajni upravnik u obavezi da uzme u državinu poslovnu dokumentaciju dužnika i da je analizira u pogledu mogućnosti pobijanja pravnih radnji u stečaju, neizvršenje ovih radnji predstavlja kršenje obaveze stečajnog upravnika u vršenju njegove funkcije, za šta prema članu 31 stav 1 ZS on lično odgovara. Već na osnovu toga stečajni upravnik treba da preduzme posebne mere da bi obezbedio sistematsku obradu platnog prometa dužnika, kao i drugih radnji relevantnih za pobijanje. On to obično ne čini samo zbog lične odgovornosti za vršenje svojih nadležnosti u smislu člana 31 ZS, već i zbog uvećanja mase relevantne za namirenje poverilaca usled njegovog uspešnog pobijanja pravnih radnji u stečaju. U izveštajima stečajnog upravnika (član 27 stav 1 tačka 8, 29 stav 1 ZS) mora da bude navedeno da li je i na koji način otpočela obrada platnog prometa dužnika u pogledu prava pobijanja pravnih radnji u stečaju. Ako u dotadašnjem toku postupka još uvek nije utvrđeno ima li uslova za pobijanje pravnih radnji, trebalo bi da se navede napomena u vezi sa eventualnim pobijanjem pravnih radnji u stečaju. U svakom slučaju je pogrešno da se u izveštajima od samog početka ne daju nikakvi navodi o eventualnom pobijanju pravnih radnji u stečaju sa posledicom da u daljem toku postupka ono bude previđeno ili zaboravljeno. U tom smislu je i Agencija za licenciranje stečajnih upravnika (ALSU) dužna da proverava da li je u izveštajima stečajnih upravnika oblast pobijanja pravnih radnji u odnosnim stečajnim postupcima od strane stečajnog upravnika propisno obrađena, vidi član 3 stav 1 tačka 4, 4 stav 1, 2 Zakon o Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika, ZALSU⁵⁾; član 3a, 3d Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika, ZIDZALSU⁶⁾.

Uz to treba napomenuti da prema srpskom zakonodavstvu o stečaju i poverioci imaju pravo na pobijanje pravnih radnji u stečaju u korist stečajne mase (v. član 129 stav 1 ZS), ali oni po pravilu nemaju sveobuhvatne mogućnosti informisanja koje ima stečajni upravnik i često ne žele da snose i finansijski rizik pravnog spora/tužbe za pobijanje stečajnih radnji, tako da u praksi u najvećem broju slučajeva pobijanje pravnih radnji vrši stečajni upravnik. Budući

5) Sl. glasnik RS br. 84/04.

6) Sl. glasnik RS br. 104/2009.

da član 129 stav 1 ZS i poveriocima daje pravo da podnesu tužbu za pobijanje pravnih radnji u stečaju, navode koji slede u vezi s pojedinačnim preduslovima za pobijanje stečajnih radnji treba shvatiti na taj način da se oni po smislu odnose i na eventualnog poverioca koji vrši pobijanje u smislu člana 129 stav 1 ZS.

II. Utvrđivanje (pravnih) radnji koje mogu da se pobijaju, tok krize i uzroci nesposobnosti plaćanja

Iskustva u Nemačkoj, koja ima slično zakonodavstvo u oblasti stečaja kao i Srbija, pokazuju da su u najmanje 75% stečajnih postupaka uspeła da se utvrde prava na pobijanje pravnih radnji. Pozadina toga je što u praksi faktički ne postoji pojedinačna nesposobnost plaćanja koja bi dovela do toga da nisu ispunjeni preduslovi neophodni za pobijanje pravnih radnji u stečaju. Štaviše, nesposobnost plaćanja se može nagovestiti duže vremena unapred, po pravilu u periodu od najmanje šest do dvanaest meseci, dok se još vrše plaćanja iz dužnikove imovine, mere prinudnog izvršenja, davanja obezbeđenja u korist pojedinačnih poverilaca, itd. Iz istraživanja u oblasti uzroka krize je poznato da se krize u privrednim društvima uglavnom odvijaju u tipičnim fazama koje slede jedna za drugom. Najvažnije faze ovakvog toka krize su⁷⁾:

1. strateška kriza,
2. kriza uspeha/kriza prihoda,
3. akutna kriza likvidnosti i, konačno,
4. nesposobnost plaćanja.

Strateška kriza po pravilu još nema značajnih posledica po rezultat poslovanja privrednih društava i likvidnost dužnika. Strateške krize zbog toga često ni sam dužnik ne primeti, ili ih uoči veoma kasno. Nagoveštaji strateške krize su stagnacija prometa ili pad prihoda. U tom stadijumu krize rizik da privredno društvo na kraju postane insolventno postoji samo kao latentan, a plaćanja/radnje koje se vrše u ovom stadijumu najčešće samo u posebnim slučajevima podležu pobijanju pravnih radnji u stečaju.

7) Kad je u pitanju nesposobnost plaćanja kao razlog za stečaj, dužničko privredno društvo, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva u fazama strateške krize, krize prihoda i u stadijumu nagoveštaja krize likvidnosti imaju mogućnost da pokušaju da saniraju privredno društvo na operativan način. To na jednoj strani može da se uradi tako što će se poboljšati rezultat, ili pak, na drugoj, da se ostvari obezbeđenje likvidnosti, ili pak da se istovremeno preduzmu mere za poboljšanje rezultata i obezbeđenje likvidnosti. Mere za poboljšanje rezultata su naročito smanjenja kadrovskih rashoda, smanjenje potrošnje materijala, kao i smanjenje ostalih rashoda. Obezbeđenje likvidnosti se po pravilu vrši kroz smanjenje robnih zaliha, naplatu otvorenih potraživanja, smanjenje investicija, dobijanje likvidnosti preko faktoringa, kroz uzimanje kredita i/ili sklapanje sporazuma o plaćanju na rate i/ili sporazuma o moratorijumu.

Karakteristika druge faze, krize uspeha/krize prihoda je da dužnik ne može više da ostvari svoje ciljeve uspeha privrednog društva. Obeležja ovog stadijuma krize su naročito pad prometa, pad dobiti, gubitak udela na tržištu, pogoršanje likvidnosti, smanjenje produktivnosti, odlaganje neophodnih investicija, otpuštanje radnika, nestrpljivi poverioci, restriktivno ponašanje banaka (npr. smanjenje kreditnih linija, banke zahtevaju povećana obezbeđenja). Kriza uspeha/kriza prihoda naročito može da se ustanovi iz poređenja finansijskog plana i plana likvidnosti sa odnosnim stvarnim stanjem. U tom stadijumu krize postoji povećana opasnost za stečaj, iz ugla pobijanja pravnih radnji u stečaju ona je vrlo relevantna i zato je potrebna egzaktna analiza od strane stečajnog upravnika u pogledu prava pobijanja pravnih radnji u stečaju, kada se na kraju pokrene stečajni postupak.

Posebna odlika treće faze, akutne krize likvidnosti jeste što dužnik gotovo više i ne raspolaze likvidnim sredstvima, odnosno likvidna sredstva nisu dovoljna da se ispune najvažnije obaveze plaćanja. Plate/primanja se u tom stadijumu krize uglavnom više uopšte ne isplaćuju, ili se pak isplaćuju sa velikim kašnjenjem. Nagomilavaju se kašnjenja kod poreske uprave, dobavljači uglavnom isporučuju robu – ako je uopšte isporučuju – uz uslov plaćanja unapred. Još jedan znak akutne krize likvidnosti je i kad banke prete da će otkazati kredite, odnosno kreditne linije, ili to zaista i učine. Često banke zahtevaju vraćanje kredita ili da se bar smanje kreditne linije. U tom stadijumu krize rukovodstvo se uglavnom bavi obezbeđivanjem likvidnosti, i to gotovo po svaku cenu („likvidnost ima prednost nad isplativošću“). U tom stadijumu krize postoji direktna ugroženost egzistencije privrednog društva u celini, od koje dužnik usled faktičkih okolnosti ne može da se odbrani. Preostale opcije za delovanje i izgledi za uspeh sanacije se procenjuju kao izuzetno mali. Uglavnom se akutna kriza likvidnosti završava stečajem. Plaćanja, odnosno radnje koje dužnik, odnosno poverioci vrše u ovom stadijumu krize često su predmet pobijanja pravnih radnji u stečaju.

Plaćanja ili radnje koje se vrše u stanju nastupele nesposobnosti plaćanja veoma često podležu pobijanju pravnih radnji u stečaju.

III. Sistematika članova 119-130 ZS

Srpski Zakon o stečaju u članovima 119-130 propisuje osnovnu strukturu za bilo koja pobijanja pravnih radnji u stečaju, tako što kao prvo nužno moraju da budu ispunjeni preduslovi navedeni u članu 119 ZS. Član 119 ZS sam po

sebi ne predstavlja činjenično stanje pobijanja, odnosno ne definiše pravo pobijanja pravnih radnji, već samo preduslove koji u svakom slučaju moraju da budu ispunjeni za uspešno pobijanje.

Pojedinačna prava na pobijanje pravnih radnji definisana su isključivo članovima 120-124 ZS. Za uspešno pobijanje pravnih radnji u stečaju stoga moraju da budu ispunjeni opšti uslovi za pobijanje pravnih radnji iz člana 119 ZS i jedan od osnova iz članova 120-124 ZS, tj. za uspešno pobijanje npr. na osnovu člana 120 ZS moraju da budu ispunjeni uslovi za pobijanje pravnih radnji iz člana 119 ZS i dodatno člana 120 ZS.

PETI DEO

Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika prema ZS

U skladu sa naslovom poglavlja o pobijanju pravnih radnji u stečaju („Četvrti deo – Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“), pobijati se mogu isključivo dužnikove pravne radnje. Prema ovakvom shvatanju, kao predmet pobijanja isključuju se sve pravne radnje poverilaca koji su te radnje samostalno izvršili, tj. bez učešća dužnika.

Nemačke odredbe o pobijanju ne predviđaju ovakvo ograničenje, a u ostalom su slične srpskim odredbama o pobijanju. U skladu sa odnosnim nemačkim pravnim normama, odgovarajući elementi činjeničnog stanja pobijanja iz člana 122 srpskog ZS (nemački § 132 ZS), člana 123 srpskog ZS (nemački § 133 ZS) i člana 124 srpskog ZS (nemački § 134 ZS) ograničeni su na pravne radnje dužnika iz prethodno razmotrenih razloga na sledeći način: načelno pobijanje pravnih radnji u stečaju ima za cilj jednak tretman poverilaca, pa ne treba da bude presudno da li je pravnu radnju izvršio dužnik ili poverilac. Što pobijanje pak seže dalje u prošlost, to bi trebalo da poverioci budu više zaštićeni od pobijanja u interesu pravne sigurnosti. Posledica toga je da pravne radnje koje su izvršene u davnoj prošlosti mogu da se pobijaju samo ako počivaju na pravnoj radnji dužnika. U tom smislu poverioci koji u nekoj doglednoj prošlosti pre podnošenja predloga za pokretanje postupka stiču namirenje npr. prinudnim izvršenjem, ne bi trebalo da budu u povoljnijem položaju u odnosu na druge poverioce.

Prilikom analize srpskog teksta zakona uočava se da pojedini članovi čak prave i razliku u tome da li određeni elementi činjeničnog stanja pobijanja zahtevaju pravnu radnju dužnika ili ne: članovi 122 i 124 ZS na osnovu njihove formulacije kao preduslov daju izričito pravnu radnju dužnika. I član 123 ZS posredno kao preduslov postavlja pravnu radnju dužnika, koja je po formulaciji ove odredbe morala da bude izvršena sa namerom da se oštete poverioci.

U odnosu na to, članovi 120 i 121 ZS formulisani su otvoreno, u tom smislu izdvojeno posmatrani ne ograničavaju pobijanje na taj način da je pravnu radnju morao da izvrši dužnik. U tom smislu treba konstatovati da su pojedini članovi srpskog ZS po svojoj strukturi i sistematici u skladu sa odgovarajućim odredbama nemačkog zakona.

Budući da autori ove knjige potiču iz različitih pravnih sredina, njihovi stavovi se razlikuju u vezi s pitanjem da li odeljak od člana 119 do 130 ZS već samim naslovom potpuno ograničava i svodi odredbu na to da se mogu pobijati isključivo pravne radnje dužnika. Srpski autori ove knjige zastupaju stanoviše, uz odgovarajuće obrazloženje, da članovi 119-130 ZS treba da obuhvataju isključivo pravne radnje stečajnog dužnika. Uverljiv argument za ovakvo stanovište je da se poverioci koji protiv dužnika postupaju, na primer, u okviru mere prinudnog izvršenja služe legitimnim sredstvima koja su mogli da iskoriste i drugi poverioci, te da se na ovaj način „sankcioniše“ nečinjenje drugih poverilaca, time što ono što je poverilac dobio prinudnim izvršenjem njemu i ostaje. Alternativa ovome je da ovi pasivni poverioci imaju udela u tome što može da se vrši pobijanje kod poverioca koji je iskoristio prinudno izvršenje, te da se na taj način u njihovu korist poveća stečajna masa.

Na drugoj strani, po shvatanju nemačkog autora, diferencijacija u okviru članova 119-130 ZS da li je neophodna pravna radnja dužnika za odnosne elemente činjeničnog stanja pobijanja bila bi suvišna, ako se već u naslovu poglavlja daje paušalno ograničenje na pravne radnje dužnika. Međutim, ovakvo tumačenje srpskih odredbi bilo bi u suprotnosti sa ciljem stečajnog postupka, a to je apsolutno ravnomerno namirenje poverilaca, kao što direktno proističe iz opštih odredbi (članova 2-4 ZS i iz člana 119 ZS). Ograničenje da pravne radnje poverilaca ne mogu da se pobijaju ne proističe u tom smislu ni iz razmatranja sistematike zakona, kao ni iz principijelnih razmatranja. Sama opravdanost postojanja članova 120 i 121 ZS kao individualnih propisa bila bi dovedena u pitanje, pošto ionako ne bi postojala mogućnost pobijanja preko člana 123 ZS, te bi se kod članova 120 i 121 ZS iz ugla sistematike zakona radiilo samo o deplasiranim i u zanatskom smislu pogrešno osmišljenim pravilima za olakšavanje dokazivanja, koja su morala na dosledan način da budu obuhvaćena članom 123 ZS.

Ovakvo ograničavanje, sa aspekta nemačkog prava, imalo bi i dalekosežne posledice. Stvorilo bi podsticaj za to da dužnik nečinjenjem pogoduje pojedine poverioce ili pak da animira pojedine poverioce – što bi se teško moglo dokazati – da iskoriste prinudno izvršenje nad preostalom imovinom dužnika, da bi njima obezbedio „posebne pogodnosti“ u odnosu na ostale poverioce u ste-

čajnom postupku koje se ne mogu pobijati. Time bi i pitanje mogućnosti pobijanja u velikoj meri zavisilo od slučajnosti.

Pošto ovo delo ne treba da služi samo za bolje razumevanje prava pobijanja u stečaju već ima za cilj i da podstakne naučne diskusije u oblasti srpske sudske prakse i pravne nauke, u ovoj knjizi će na odgovarajućim mestima biti prikazana različita shvatanja i odgovarajuće posledice.

ŠESTI DEO

Opšti uslovi za pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika/ Elementi činjeničnog stanja člana 119 ZS

„Pravne poslove i druge pravne radnje zaključene odnosno preduzete pre otvaranja stečajnog postupka, kojima se narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca ili oštećuju poverioci, kao i pravne poslove i druge pravne radnje kojima se pojedini poverioci stavljaju u pogodniji položaj (u daljem tekstu: pogodovanje poverilaca), mogu pobijati stečajni upravnik, u ime stečajnog dužnika i poverioci, u skladu sa odredbama ovog zakona.

Propuštanje zaključenja pravnog posla odnosno propuštanje preduzimanja radnje, u pogledu pobijanja, izjednačava se sa pravnim poslom odnosno sa pravnom radnjom.

Pobijati se mogu i pravni poslovi, pravne i procesne radnje na osnovu kojih je doneta izvršna isprava ili koje su preduzete po osnovu izvršne isprave ili u postupku prinudnog izvršenja, ako ispunjavaju uslov iz stava 1 ovog člana. Ako zahtev za pobijanje bude usvojen, prestaje dejstvo izvršne isprave prema stečajnoj masi.

Pobijanje se može vršiti od dana otvaranja stečajnog postupka do dana održavanja ročišta za glavnu deobu.“

I. „Pravni poslovi/druge pravne radnje“

Prema članu 119 stav 1 ZS pravo pobijanja ne obuhvata samo pravne poslove već i uopšteno radnje dužnika i – prema nemačkom shvatanju srpskih elemenata činjeničnih stanja pobijanja (v. s tim u vezi Četvrti deo „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“) – ostalih trećih lica, odnosno privrednih društava, što se iskazuje izborom formulacije „pravni poslovi i druge pravne radnje“. Kako se u članu 119 stav 3 rečenica 1 ZS objašnjava, za pobijanje nije važno da li je protivnik pobijanja načelno prema opštem građanskom pravu imao pravo da ostvari svoje potraživanje, odnosno da dobije namirenje. Čak i

radnje na kojima se zasnivaju pravnosnažne presude ili izvršne isprave mogu da podležu pobijanju pravnih radnji u stečaju u skladu sa članovima 119-130 ZS.

Član 119 stav 2 ZS pored toga pojašnjava da pobijanju ne podleže samo aktivno činjenje, kao npr. radnje izvršenja, plaćanja, radnje poravnanja, itd., već i pasivno činjenje, tj. i propuštene radnje mogu da podležu pobijanju pravnih radnji u stečaju. Oblast primene prava pobijanja pravnih radnji je stoga vrlo široka.

Prema strukturi srpskog zakonodavstva o pobijanju pravnih radnji u stečaju, svaka pojedinačna radnja, odnosno svako pojedinačno nečinjenje samostalno podležu pobijanju i samostalno ih treba posmatrati, čak i onda kada je istovremeno preduzeto više radnji i/ili se one ekonomski dopunjuju.

1. Radnje

Radnje u smislu člana 119 stav 1 ZS su naročito izjave volje kao sastavni deo pravnih poslova svih vrsta, kao i radnje slične pravnim poslovima. Takođe i u slučaju kada izjave volje stoje u odnosu uzajamnosti/reciprociteta, npr. prilikom zaključenja ugovora o prodaji ili ugovora o zakupu. Ovo obuhvata i višestranne pravne poslove, kao npr. kada se promene ugovori o društvu ili kad se donose odluke društva. Ovo drugo npr. obuhvata slučajeve u kojima članovi društva – u slučaju kad su ispunjeni ostali preduslovi za pobijanje pravnih radnji – odluče da povećaju prava na u isplate u privrednim društvima.

U radnje se ubrajaju i radnje dužnika, kao i – prema nemačkom shvatanju srpskih elemenata činjeničnih stanja pobijanja (v. s tim u vezi Četvrti deo „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“) – radnje poverilaca i ostalih trećih lica. Tako pobijanje obuhvata pomeranja imovine koja je izvršio dužnik, ali i – prema nemačkom shvatanju srpskih elemenata činjeničnih stanja pobijanja – npr. posezanje poverilaca ili ostalih trećih lica za dužnikovom imovinom (npr. sticanje obezbeđenja, namirenje, itd. čak i u slučaju da je to namirenje ostvareno u okviru izvršenja na osnovu pravnosnažne izvršne isprave).

2. Nečinjenja

U nečinjenja koja su relevantna za pobijanje pravnih radnji u stečaju prema nemačkom shvatanju naročito na strani dužnika spadaju nepodnošenje osnovanih prigovora ili pritužbi, kao npr. prigovor zastarelosti, reklamacija, ali i svesno propuštanje ostvarivanja prava u odnosu na treća lica, kada npr. dužnik ima pravo prema nekom trećem licu, ali ga ne koristi, odnosno ne ostvaruje.

Sudska praksa u Srbiji ovde daje drugačiju procenu. U skladu sa njom, priznanje duga koji je zastareo, odnosno odricanje od nastupele zastarelosti u situaciji kada dug postoji po osnovu i visini ne predstavlja radnju kojom se remeti ravnomerno namirenje poverilaca, odnosno pojedini od njih stavljaju u povoljniji položaj. Ova radnja bi takav karakter mogla imati samo ukoliko je priznato potraživanje koje ne postoji ili u iznosu koji je veći od postojećeg (stav iz Rešenja Višeg trgovinskog suda, Pž. 1327/2005 od 15.04.2005. god. – Sudska praksa).

3. Ostalo

Sa aspekta nemačkog autora, načelno je nebitno da li je radnju izvršio dužnik, poverilac ili neko treće lice – uz ograničenje u tom smislu konkretizujućih preduslova iz članova 120-130 ZS i ograničenja navedenog u Četvrtom delu „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“ u skladu sa Zakonom o stečaju na osnovu srpskog razumevanja prava pobijanja. Nije neophodno potpuno izvršenje radnje koja treba da se pobije ili propuštanja (nečinjenja) samo jedne strane. I one radnje, odnosno ona nečinjenja u kojima su učestvovala obe strane smatraju se radnjama, odnosno propuštanjima u smislu prava pobijanja pravnih radnji u stečaju. Pritom nije ni važno da li je dužnik sa poveriocem ili sa nekim trećim licem sarađivao na koluzivan način (u dosluhu).

Dalje nije neophodno ni da radnja ili propuštanje budu neposredni u smislu člana 119 ZS, tako da je dovoljno i posredno učešće kroz činjenje ili nečinjenje. To se posebno odnosi na one slučajeve u kojima se uključuju posrednici, kao npr. kada neko u ime i za račun dužnika a po ovlašćenju dužnika preuzima radnju. U takvim konstelacijama treba gledati isključivo lice koje prima novčanu korist i konačnog primaoca činidbe. Posrednici nisu relevantni. U tom smislu potrebno je celovito posmatranje odnosa trougla, odnosno mnogougla. Preduslov je samo da je primalac činidbe mogao da prepozna da je reč o činidbi (usluzi ili isporuci) dužnika. U tu kategoriju posrednih novčanih koristi spadaju i slučajevi doznačivanja, ako dakle npr. dužnik da uputstvo svom dužniku da dug vrati nekom poveriocu dužnika. Protivnik pobijanja je kod ovakvih konstelacija uvek onaj primalac koji je na kraju lanca stavljen u povoljniji položaj, odnosno koji je stekao imovinsku korist.

II. „zaključene odnosno preduzete pre pokretanja stečajnog postupka“

Pobijanju podležu načelno samo one radnje i propuštanja koji su sprovedeni ili pokrenuti pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Po pravilu ne postoji opšta potreba za pobijanje radnji ili propuštanja nakon podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, pošto posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka redovno protiče samo kratak period do pokretanja postupka. A u skladu sa članom 93 ZS sa danom pokretanja stečajnog postupka pojedinačnim poveriocima odnosno trećim licima je zabranjen pristup dužničkoj imovini, a osim toga ni dužnik više nema mogućnost da vrši radnje ili propuštanja, pošto pokretanjem stečajnog postupka opšte ovlašćenje za upravljanje i raspolaganje imovinom prelazi na stečajnog upravnika (v. članove 19, 27, 105 ZS). Izuzetak od ovoga predstavlja činjenično stanje iz članova 120 stav 2, 122 stav 1 tačka 2 i 123 stav 1 ZS, kojima je propisana mogućnost pobijanja pravnih radnji preduzetih i posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

III. „kojima se narušava ravnomerno namirenje stečajnih poverilaca ili oštećuju poverioci, kao i pravni poslovi i druge pravne radnje kojima se pojedini poverioci stavljaju u pogodniji položaj (u daljem tekstu: pogodovanje poverilaca)“

Oboriva pravna radnja mora da je nekog poverioca dovela u nepovoljniji položaj. Prema formulaciji u zakonu, to može da bude na tri načina: ili tako što je jednak tretman poverilaca ugrožen oborivom radnjom ili oborivim propuštanjem, ili tako što je neposredno prouzrokovana šteta (imovini) poveriocima, ili na kraju ako su radnja ili propuštanje doveli do toga da je pojedinačni poverilac ili više poverilaca dobi(l)o ekonomski povoljniju poziciju u odnosu na ostale poverioce.

Svrha pobijanja pravnih radnji u stečaju svodi se na to da se ponovo uspostavi masa obezbeđenja koja je prvobitno bila na raspolaganju poveriocima. Nije svrha pobijanja pravnih radnji u stečaju da se stečajnoj masi obezbede pogodnosti koje inače ne bi stekla. Budući da je stečajno pravo – privredno pravo, stalno treba imati na umu ekonomski ugao posmatranja i ekonomska merila.

Poverioce u nepovoljniji položaj dovode, na jednoj strani, radnje ili propuštanja koja povećavaju dugove dužničkog privrednog društva ili smanjuju aktivnu masu, te tako sujete, otežavaju ili odlažu pristup dužničkoj imovini. Po-

verioce u nepovoljniji položaj dovode i one radnje koje pojedinačnim poveriocima daju bolju pravnu poziciju u pokrenutom stečajnom postupku, što, na primer, može da bude kroz odobravanje ili tolerisanje davanja obezbeđenja.

Pošto je cilj ponovno uspostavljanje prvobitne stečajne mase, nije presudno da li su poverioci koji se dovode u nepovoljniji položaj kroz radnju ili nečinjenje već postojali kao takvi prilikom preduzimanja pravne radnje. Štaviše, presudno je da u rezultatu radnja ili propuštanje idu na štetu poverilaca koji postoje u pokrenutom stečajnom postupku.

Nije bitno da li dužnik činjenje ili propuštanje smatra povoljnim ili nepovoljnim poslom, pošto pobijanje pravnih radnji u stečaju postavlja objektivne kriterijume i jedino merilo je dovođenje poverilaca u nepovoljniji položaj, a ne lična motivacija ili procena dužnika. Shodno tome, nebitno je i da li je dužnik prilikom vršenja neke radnje postupao sa namerom da poverioce dovede u nepovoljniji položaj. Jedini izuzetak od ovoga je činjenično stanje pobijanja pravnih radnji opisano u članu 123 ZS, kojim je kao dodatni element činjeničnog stanja definisana namera oštećivanja poverilaca.

Okolnost što su eventualno pojedini poverioci oborivom pravnom radnjom dovedeni u bolji položaj ne dovodi do nepostojanja ugrožavanja položaja poverilaca u celini, a time ni do izostanka oborivosti. Zajednica poverilaca se u smislu *par conditio creditorum* dovodi u nepovoljniji položaj ako jedan od poverilaca stekne puno namirenje ili obezbeđenje, dok za preostale poverioce ostaje u skladu sa tim odgovarajuća manja kvota.

Objektivno dovođenje poverilaca u nepovoljniji položaj (oštećenje) u smislu člana 119 ZS postoji samo onda kada se masa dugova povećava ili kada se aktivna masa smanjuje. Ovde je merodavno da se može poći od smanjenja mase samo onda kada se oštećujuća radnja ili oštećujuće propuštanje odnose na neki predmet ili neko potraživanje ili drugu imovinu koja je u trenutku vršenja radnje odnosno propuštanja bila deo imovine dužničkog privrednog društva. Radnje ili propuštanja koja se odnose na imovinu koja nije dužnikova ne prouzrokuju oštećenje poverilaca.

Pretpostavlja se da je reč o oštećenju poverilaca i kada dužnik vrši plaćanja koristeći neku neiscrpljenu kreditnu liniju, pošto i pravo na isplatu kreditnih sredstava do visine odobrene kreditne linije može biti predmet plenidbe, te tako i ta kreditna sredstva spadaju u imovinu dužničkog privrednog društva, te se poverioci generalno kao celina ovom isplatom oštećuju.

Ostali pojedinačni slučajevi oštećenja poverilaca koje treba navesti iz prakse jesu: plaćanja samo pojedinim poveriocima iz (preostale) imovine dužničkog privrednog društva, čak i onda kada se ova plaćanja vrše na osnovu izvrš-

nih isprava (v. član 119 stav 3 ZS), prodaja nekog dobra ispod vrednosti, davanja prava obezbeđenja, dužnikovo odricanje od potraživanja koje ima prema svojim dužnicima, ustupanje potraživanja u smislu obezbeđenja, odobravanje dugoročnog zajma sa kamatama manjim od uobičajenih na tržištu, prenos obezbeđenja nad nekim dobrom koje je znatno vrednije od obezbeđenog potraživanja.

SEDMI DEO

Pojedinačna činjenična stanja pobijanja

Kao što je već navedeno, član 119 ZS definiše osnovne preduslove za bilo koje pobijanje pravnih radnji u stečaju. Članom 120 ZS i narednim članovima definišu se pak prava pobijanja koja predviđaju dodatne elemente činjeničnog stanja.

I. Član 120 ZS (Uobičajeno namirenje)

„Pravni posao ili druga pravna radnja preduzeti u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, kojima se jednom poveriocu pruža obezbeđenje ili daje namirenje na način i u vreme koji su u skladu sa sadržinom njegovog prava (u daljem tekstu: uobičajeno namirenje), mogu se pobijati ako je u vreme kada su preduzeti stečajni dužnik bio nesposoban za plaćanje, a poverilac je znao ili morao znati za njegovu nesposobnost plaćanja.

Pravni posao ili druga pravna radnja uobičajenog namirenja mogu se pobijati i kada su preduzeti posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, ako je poverilac znao ili je morao znati da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje ili je znao da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka.

Smatraće se da je poverilac znao ili morao znati za nesposobnost plaćanja stečajnog dužnika ili za predlog za pokretanje stečajnog postupka ako je znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, posebno ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana, odnosno da je stavljen predlog za pokretanje stečajnog postupka.

Za lice koje je bilo povezano sa stečajnim dužnikom u vreme preduzimanja pravnog posla ili druge pravne radnje smatra se da je znalo ili moralo znati za nesposobnost za plaćanje ili za predlog za pokretanje stečajnog postupka.“

1. Uopšteno

Član 120 ZS određene radnje koje su vršene u toku perioda obuhvaćenog ovim propisom (šest meseci) proglašava oborivim, čak i ako bi izvršeno namirenje ili stečeno obezbeđenje poverilaca van stečajnog postupka bilo potpuno ispravno i ako je u skladu sa opštim propisima građanskog prava.

Načelno pak poverilac sme da pođe od toga da je činidba koja mu je dugovana ugovorom, pa stečena u dugovanoj formi, u pravom trenutku i na pravi način važeća i da ne podleže pobijanju pravnih radnji u stečaju. Zato član 120 ZS pobijanju pravnih radnji u stečaju podvrgava samo ona *uobičajena namirenja*, kod kojih je dužnik u trenutku vršenja radnje već bio nesposoban za plaćanje, a poverilac koji je načelno smeo da pođe od ispravnosti, znao za dužnikovu nesposobnost plaćanja ili je za nju morao znati (član 120 stav 1 ZS). Ako su ispunjeni ovi uslovi, onda poverilac ne treba da se štiti, te je opravdano da mu se imovinska korist koju je stekao oduzme pobijanjem pravnih radnji. Ista razmatranja čine i osnovu prava pobijanja pravnih radnji u skladu sa članom 120 stav 2 ZS i razjašnjavaju – izuzetno od opšteg perioda pobijanja pravnih radnji iz člana 119 stav 1 ZS – da u obzir dolazi i pobijanje pravnih radnji, odnosno propuštanja i posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

Pošto je dokazivanje saznanja, odnosno okolnosti da je poverilac morao da zna za nesposobnost plaćanja stečajnog dužnika po prirodi stvari teško moguće, pošto se u tom smislu radi o subjektivnom elementu, član 120 stav 3 ZS definiše zakonsku pretpostavku da je postojalo saznanje ili okolnost da je poverilac morao da zna za nesposobnost plaćanja dužnika ako je znao za okolnosti koje nužno navode na zaključak da u dužničkom privrednom društvu postoji nesposobnost plaćanja. Kao najjači slučaj član 120 stav 3 poslednji deo rečenice ZS navodi primer gde je poverilac imao saznanje da je već podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka. Ako neki poverilac u toj situaciji pokuša da ostvari svoje (samo po sebi opravdano) potraživanje, mora poći od toga da će ono biti podložno pobijanju, pošto je poveriocu kom je poznato da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka poznato i da prednosti koje od tog trenutka stiže dovode do oštećivanja poverilaca u celosti.

2. „pravni posao ili druga pravna radnja“

Pojam „*pravni posao ili druga pravna radnja*“ u smislu člana 120 ZS identičan je sa pojmom „*pravni posao/druga pravna radnja*“ u smislu člana 119 ZS, tako da možemo da uputimo na gornje navode (v. Četvrti deo I. „Pravni poslovi/druge pravne radnje“).

3. „šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“

Pobijanje *uobičajenog namirenja* dolazi u obzir samo ako je radnja izvršena u prethodnih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, odnosno kada je preduzeta posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, ako je poverilac znao ili je morao znati da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje ili je znao da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka (član 120 stav 1 i 2 ZS).

Za računanje roka treba skrenuti pažnju na to da se računa datum prispeća predloga za pokretanje stečajnog postupka kod stečajnog suda, a ne datum pod kojim je sačinjen predlog za pokretanje stečajnog postupka. Pored toga, računanje perioda od prethodnih šest meseci se vrši na taj način da je odlučujući datum koji odgovara danu podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka (v. član 127 stav 1 ZS). Ako je, na primer, predlog za pokretanje stečajnog postupka sačinjen 13. 04. 2012, a stigao je u privredni sud 15.04.2012, merodavan je isključivo 15. 04. 2012. kao datum za obračun. Relevantan period od prethodnih šest meseci u smislu činjeničnog stanja pobijanja u skladu sa članom 120 ZS počeo je u ovom našem primeru 15.10.2011.

4. „jednom poveriocu pruža obezbeđenje ili daje namirenje na način i u vreme koji su u skladu sa sadržinom njegovog prava (u daljem tekstu: uobičajeno namirenje)“

Kao što je već ranije navedeno, član 120 ZS se odnosi isključivo na one slučajeve u kojima je poverilac na zakonit način primio činidbu koja mu se duguje, tj. na dugovan način i u dugovanom trenutku. Samo takvi slučajevi su predmet prava pobijanja u skladu sa članom 120 ZS. Oni su osim toga relevantni iz ugla prava pobijanja samo onda ako je poverilac u trenutku vršenja radnji imao ili morao da ima saznanja o nesposobnosti plaćanja dužnika.

Član 120 ZS je obrnut slučaj od člana 121 ZS (*neuobičajeno namirenje*). Član 121 ZS pokriva one radnje/propuštanja koji nisu dugovani, ne na taj način ili ne u to vreme.

Obezbeđenje dobija onaj kome se daje pravna pozicija pomoću koje se ostvarivanje postojećeg prava olakšava, odnosno obezbeđuje pravom odvojenog namirenja iz predmeta obezbeđenja. Za činjenično stanje iz člana 120 ZS nije bitno da li je reč u ugovornom ili zakonskom obezbeđenju. Time su obuhvaćeni npr. prenos obezbeđenja, prava zadržavanja vlasništva, ali i zakonsko založno pravo. I uspostavljanje stanja poravnanja ili prebijanja predstavlja obezbeđenje u smislu ovog propisa.

Pod namirenjem u smislu člana 120 ZS podrazumeva se ne samo potpuno već i delimično ispunjenje nekog prava.

5. „pruža“

Pod preduslovima za pobijanje iz člana 120 ZS omogućavanje (*pruža*) obezbeđenja ili namirenja se proglašava oborivim. To jeste relevantno, pošto i puko omogućavanje obezbeđenja ili namirenja koje još ne ostvaruje pokriće (*uobičajeno namirenje*), ali može da dovede do njega, može da se pobije. Slučaj omogućavanja namirenja predstavlja npr. samostalno priznavanje duga koje poveriocu otvara mogućnost da se namiri (na osnovu priznanja duga na zakonit način).

6. „stečajni dužnik je u vreme kad su preduzeti bio nesposoban za plaćanje“

Još jedan od preduslova za pobijanje u skladu sa članom 120 ZS je da je dužnik u trenutku radnje/propuštanja već bio nesposoban za plaćanje. To je načelno slučaj pod preduslovima navedenim u članu 11 ZS, pri čemu se u okviru pobijanja u smislu člana 120 ZS ne misli na *preteću nesposobnost plaćanja*, pošto je uslov člana 120 ZS već postojeća nesposobnost plaćanja, a ne preteća.

O postojanju nesposobnosti plaćanja u smislu člana 120 ZS dakle govorimo kada je nastupila objektivna nesposobnost plaćanja i/ili prezaduženost.

6.1. Nesposobnost plaćanja prema članu 12 ZS

Prema srpskom zakonodavstvu s tim u vezi dolazi do olakšanja dokazivanja, jer se postojanje objektivne nesposobnosti plaćanja prema članu 12 ZS zakonski pretpostavlja kada je poverilac podneo predlog za pokretanje stečajnog postupka i dokazao da njegova prava nisu mogla da se zadovolje ni u okviru izvršnog postupka u skladu sa srpskim izvršnim zakonodavstvom. Ako je reč o takvom slučaju, stečajni upravnik u okviru pobijanja pravnih radnji u stečaju prema čl.120 ZS može da podnese dokaz o nastaloj nesposobnosti plaćanja, tako što će podneti dokaz o bezuspešno vođenom izvršnom postupku pre nego što je pokrenut stečajni postupak.

6.2. Nesposobnost plaćanja prema članu 11 ZS

Ako stečajni upravnik ne može da iskoristi olakšano dokazivanje iz člana 12 ZS, onda mora da obrazloži i dokaže da je dužnik u trenutku oborive pravne radnje imao objektivnu nesposobnost plaćanja i/ili da je bio prezadužen.

Srpsko zakonodavstvo u oblasti stečaja u članu 11 stav 3 i 5 ZS definiše trajniju nesposobnost plaćanja i prezaduženost, koje su onda merodavne i u okviru pobijanja pravnih radnji prema članu 120 ZS. Trajnija nesposobnost plaćanja postoji onda kada dužnik ne može da odgovori svojim novčanim obavezama u roku od 45 dana od dana dospelosti, ili ako pak potpuno obustavi plaćanja u neprekidnom trajanju od 30 dana. Alternativno, stečajni upravnik može da obrazloži i dokaže prezaduženost u smislu člana 11 stav 5 ZS, pri čemu mora da sačini odgovarajući (stečajno-pravni) bilans prezaduženosti i da je dokaže odgovarajućom dokumentacijom.

Kod slučajeva nesposobnosti plaćanja (član 11 stav 3 ZS) treba imati na umu da pojedinačna, manja plaćanja pojedinačnim poveriocima ne dovode do isključivanja trajnije nesposobnosti plaćanja, pošto od nesposobnosti plaćanja treba poći i onda kada dužnik najvećim delom ne može da odgovori svojim novčanim obavezama. Pojedinačna plaćanja određenim poveriocima dakle nisu dovoljna da se opovrgne nastupanje trajnije nesposobnosti plaćanja. To važi i za slučaj člana 11 stav 3 tačka 1 ZS, kao i za slučaj člana 11 stav 3 tačka 2 ZS.

6.3. Nesposobnost plaćanja prema članu 11 stav 3 tačka 1 ZS

U okviru pobijanja pravnih radnji u stečaju stečajni upravnik mora da obrazloži i dokaže da su u trenutku radnje ili propuštanja koje se pobija bili ispunjeni uslovi iz člana 11 stav 3 tačka 1 i/ili 2 ZS. Nastupanje trajnije, objektivne nesposobnosti plaćanja u smislu člana 11 stav 3 ZS može da se dokaže ili tako što će stečajni upravnik dokazati da od postojećih likvidnih sredstava i sredstava koja se u kratkom roku mogu likvidirati dužnik (najvećim delom) nije uspeo da odgovori svojim novčanim obavezama u roku od 45 dana od njihove dospelosti (član 11 stav 3 tačka 1 ZS), ili pak da stečajni upravnik dokaže da je stečajni dužnik potpuno obustavio sva plaćanja u neprekidnom trajanju od 30 dana (član 11 stav 3 tačka 2 ZS).

Puka tvrdnja stečajnog upravnika da je postojala nesposobnost plaćanja u smislu člana 11 stav 3 tačka 1 ili tačka 2 ZS nije dovoljna u okviru pobijanja. Štaviše, stečajni upravnik pomoću odgovarajućih dokaznih sredstava mora da predloži dokaze. To se u slučaju člana 11 stav 3 tačka 1 ZS vrši tako što će stečajni upravnik posmatrati datum od kog se vrši računanje, od kog se porede postojeća likvidna sredstva sa postojećim dospelim novčanim obavezama, te se za period od narednih 45 dana vrši poređenje postojećih likvidnih sredstava

i sredstava koja se kratkoročno mogu likvidirati do trenutka od 45 dana nakon dospelosti novčanih obaveza od kojih se polazi.

Stečajni upravnik mora da dokaže i obrazloži kako postojeća likvidna sredstva tako i dospеле novčane obaveze. Stečajni upravnik postojeća likvidna sredstva dokazuje pomoću dnevnika blagajne i izvoda sa računa dužničkog privrednog društva. Dospеле novčane obaveze stečajni upravnik mora da dokaže pomoću računa kojima se ostvaruju potraživanja prema dužniku.

U pogledu postojećih likvidnih sredstava dužnika treba obratiti pažnju da se pojmom nesposobnosti plaćanja u smislu člana 11 stav 3 ZS kao merilo isključivo uzimaju likvidna sredstva, za razliku od prezaduženosti u smislu člana 11 stav 5 ZS, u okviru koje se uključuje cela imovina dužnika.

Kao što je gore već pomenuto, uz likvidna sredstva se računaju i likvidna sredstva koja mogu da se obezbede u kratkom roku, pri čemu je presudna stvarna mogućnost realizacije. Po pravilu, likvidnim se mogu smatrati samo ona sredstva koja dužnik u kratkom roku zaista može da obezbedi, recimo zato što su mu na raspolaganju krediti koje može da iskoristi (a ne da su mu samo obećani), ili da dužnik raspolaže imovinom koja se u kratkom roku može likvidirati i koja iz realnog ugla zaista može da se likvidira, kao što su motorna vozila ili zalihe robe.

U vezi s ranije pomenutim potvrđenim kreditima koji mogu da se iskoriste treba obratiti pažnju da po pravilu potvrđeni krediti fizičkih lica nisu dovoljni, pošto mogućnost njihovog ekonomskog opterećenja nije trajno obezbeđena, tako da se ne može poći od toga da u slučaju iscrpljenja ovih sredstava, ona mogu i da se povećaju. U praksi nije redak slučaj da se dužnici pozivaju na to da u kratkom roku ili iz kruga porodice ili od prijateljskih privrednih društava imaju obećan/potvrđen kredit. Takva obećanja kredita po pravilu nisu dovoljna da se opovrgne nesposobnost plaćanja, pošto – za razliku od bankarskog prometa – potvrda ne znači nužno da dužnik zaista i može da podigne kreditna sredstva.

Status likvidnosti pomoću kog se dokazuje trajnija nesposobnost plaćanja u smislu člana 11 stav 3 tačka 1 ZS ima u skladu sa svrhom sledeću strukturu:

Status likvidnosti prema članu 11 stav 3 tačka 1 ZS na dan 01.02.2012.

	RSD	RSD
1. Postojeća likvidna sredstva (stanje 01.02.2012).		
a) banka 1, račun br. 123 456 78	8.765,50	
b) banka 2, račun br. 123 456 89	21.102,26	
c) blagajna	13.776,45	
d) imovina koja u kratkom roku može da se likvidira	10.000,00	
Ukupno likvidnih sredstava:		53.644,21
2. Na dan 01.02.2012. najmanje		
>Poverilac 1	80.765,94	
>Poverilac 2	17.354,98	
>Poverilac 3	12.143,21	
>Poverilac 4	69.456,89	
>Poverilac 5	11.967,89	
>Poverilac 6	5.312,50	
>...		
Ukupno dospеле novčane obaveze:		197.001,41
3. Plaćanja na novčane obaveze dospеле sa danom 01.02.2012. u periodu od 01.02. do 17.03.2012.		
>Poverilac 1	10.145,94	
>Poverilac 2	15.354,98	
>Poverilac 3	9.473,21	
>Poverilac 4	45.000,00	
>Poverilac 5	5.500,00	
>Poverilac 6	2.189,50	
>...		
Ukupno plaćanja:		87.663,63
4. Na dan 17.03.2012. još postojeće sa danom 01.02.2012.		
>Poverilac 1	70.620,00	
>Poverilac 2	2.000,00	
>Poverilac 3	2.670,00	
>Poverilac 4	24.456,89	
>Poverilac 5	6.467,89	
>Poverilac 6	3.123,00	
>...		
Ukupno:		109.337,78

5. Postojeća likvidna sredstva (stanje 17.03.2012.)		
a) banka 1, račun br. 123 456 78	1.200,00	
b) banka 2, račun br. 123 456 89	5790,26	
c) blagajna	7.890,10	
d) imovina koja u kratkom roku može da se likvidira	7.500,00	
Ukupno likvidnih sredstava:		22.380,36
6.		109.337,78
		- 22.380,36
Novčane obaveze dospele sa 01.02.2012. koje nisu pokrivene postojećim likvidnim sredstvima sa danom 17.03.2012:		86.957,42
Kod dužnika postoji trajnija (objektivna) nesposobnost plaćanja		

6.4. Nesposobnost plaćanja prema članu 11 stav 3 tačka 2 ZS

Ako se objektivna nesposobnost plaćanja ne dokazuje pomoću zahteva iz člana 11 stav 3 tačka 1 ZS, već prema članu 11 stav 3 tačka 2 ZS, stečajni upravnik tu ima relativno manje posla, pošto mora da podnese u tom smislu samo blagajnički dnevnik i izvode sa računa dužnika za odnosni period, iz kojih se vidi da su plaćanja u suštini u potpunosti obustavljena. Status nesposobnosti plaćanja prema članu 11 stav 3 tačka 2 ZS ima u skladu sa svrhom sledeću strukturu:

Status nesposobnosti plaćanja u skladu sa članom 11 stav 3 tačka 2 ZS na dan 02.03.2012.

	RSD	RSD
1. sa danom 01.02.2012. (30 dana pre 02.03.2012.)		
>Poverilac 1	80.765,94	
>Poverilac 2	17.354,98	
>Poverilac 3	12.143,21	
>Poverilac 4	69.456,89	
>Poverilac 5	11.967,89	
>Poverilac 6	5.312,50	
>...		
Ukupno dospelih novčanih obaveza:		197.001,41

2. Plaćanja na osnovu novčanih obaveza dospelih sa 01.02.2012. u periodu od 01.02. do 02.03. 2012.

>Poverilac 1	145,94
>Poverilac 2	712,98
>Poverilac 3	965,23
>Poverilac 4	1.000,00
>Poverilac 5	500,00
>Poverilac 6	1.500,00
>...	

Ukupno plaćanja: **4.824,14**

3. sa 02.03.2012. još postojeće sa 01.02.2012

>Poverilac 1	80.620,00
>Poverilac 2	16.642,00
>Poverilac 3	11.177,98
>Poverilac 4	68.456,89
>Poverilac 5	11.467,89
>Poverilac 6	3.812,50
>...	

Ukupno: **192.177,27**

4. Otplate izvršene plaćanjima po osnovu novčanih obaveza dospelih sa 01.02.2012. u periodu od 01.02. do 02.03.2012. (u %):

2,448 %

Novčane obaveze koje nisu otplaćene plaćanjima po osnovu novčanih obaveza dospelih sa 01.02.2012. (u %):

97,552 %

Kod dužnika postoji trajnija (objektivna) nesposobnost plaćanja

Kriterijum suštinske obustave plaćanja koji je gore naveden u kontekstu nesposobnosti plaćanja u smislu člana 11 stav 3 tačka 1 i 2 ZS zakonom nije izričito predviđen, ali to ipak proističe iz smisla i svrhe definicije nesposobnosti plaćanja. Očigledno je da pojedinačna plaćanja, na primer u periodu od 30 dana iz člana 11 stav 3 tačka 2 ZS, ne isključuju objektivnu nesposobnost plaćanja, ako su ta plaćanja potpuno nesrazmerna dugovima dužnika. Čak i značajnija plaćanja ne isključuju nužno okolnost da je nastupila trajnija nesposobnost plaćanja. Merilo je, štaviše, stepen zaduženosti dužnika. Ako pritom ne može da se pokrije većina novčanih obaveza u odnosu na ukupna dospelu dugovanja, onda postoji objektivna trajnija nesposobnost plaćanja.

U tom kontekstu treba skrenuti pažnju da mogu da postoje naznake iz kojih se nužno nameće zaključak o postojanju trajnije nesposobnosti plaćanja, kao npr. kada sam dužnik izjavi da je u neizvesno dugom periodu nesposoban da odgovori svojim dospelim novčanim obavezama, kada dužnik nakon docnje ili sporazuma o plaćanju na rate pokušava da izbegava poverioce u dužem periodu (beg), kad zatvori preduzeće bez propisne likvidacije, ako u dužem periodu ne plaća ili ne plaća na vreme plate i zarade ili ako ne ispunjava svoje poreske obaveze. U svim ovim slučajevima dužnik pokazuje da je sam prepoznao da nije u stanju da na vreme i u potpunosti odgovori svojim dospelim novčanim obavezama.

Kada nastupi trajnija (objektivna) nesposobnost plaćanja u skladu sa članom 11 stav 3 ZS, mora se poći od toga da objektivna nesposobnost plaćanja i dalje traje. Za to stečajni upravnik ne treba da podnosi dodatne dokaze, štaviše protivnik pobijanja je u datom slučaju dužan da dokaže da je dužnik kasnije prevazišao nastupelu trajniju nesposobnost plaćanja koju je stečajni upravnik dokazao u smislu člana 11 stav 3 ZS. S tim u vezi, protivnik pobijanja mora da dokaže da je dužnik ponovo počeo da vrši dugovana plaćanja ukupnim poveriocima, uopšteno, dakle najvećim delom.

6.5. Nesposobnost plaćanja prema članu 11 stav 5 rečenica 1 ZS (prezaduženost)

6.5.1. Razlike između prezaduženosti u trgovinskom i stečajnom pravu

Ako se stečajni upravnik u okviru procesa pobijanja pravnih radnji pozove na nastupelu prezaduženost dužnika u smislu člana 11 stav 5 rečenica 1 ZS, treba imati na umu da prezaduženost u smislu stečajnog prava prema članu 11 stav 5 rečenica 1 ZS (*prezaduženost*) nije identična sa prezaduženošću u trgovinsko-pravnom smislu. To već sledi iz definicije člana 11 stav 5 rečenica 1 ZS, prema kojoj se u smislu stečajnog prava prezaduženošću smatra – za razliku od prezaduženosti u trgovinskom pravu – kada su ukupne obaveze dužnika veće od ukupne vrednosti njegove imovine.

Treba obratiti pažnju da kod prezaduženosti prema članu 11 stav 5 rečenica 1 ZS u pogledu dugova koji se uzimaju u obzir u okviru provere prezaduženosti nije važno da novčane obaveze (dugovi) već budu dospele. U okviru provere prezaduženosti se, za razliku od provere nesposobnosti plaćanja kod koje su merodavne isključivo dospele novčane obaveze, polazi od ukupnih obaveza dužnika.

Sa ukupnim dugovima dužnika se poredi njegova ukupna imovina.

Procena imovine dužnika pak mora da se vrši iz realnog ugla, usled čega može doći do odstupanja u odnosu na trgovinsko-pravni bilans, pošto se u trgovinskom bilansu evidentiraju samo poreske knjigovodstvene vrednosti amortizacije. U tom smislu u datom slučaju treba otkriti i skrivene rezerve, koje, npr., mogu nastati tako što amortizacione vrednosti koje su evidentirane u bilansu jesu niže od stvarnih vrednosti likvidacije. Uprkos tome, važi da prezaduženost u smislu trgovinskog prava načelno jeste indicija za prezaduženost u stečajno-pravnom smislu prema članu 11 stav 5 rečenica 1 ZS i da stečajni upravnik može da se pozove na trgovinski bilans koji eventualno pokazuje prezaduženost. Obično se u tim trgovinskim bilansima u slučaju prezaduženosti u smislu trgovinskog prava iskazuje manjak koji nije pokriven sopstvenim kapitalom. Protivnik pobijanja u datom slučaju mora da dokaže da otkrivanjem latentnih rezervi ne postoji prezaduženost u smislu stečajnog prava. Pritom nije dovoljno da protivnik pobijanja samo tvrdi da zaista iz ugla trgovinsko-pravne procene postoje likvidacione vrednosti koje odstupaju u pozitivnom smislu. Štaviše, za to je potrebna overena ekspertiza (veštačenje) o vrednosti.

Trgovinsko-pravni bilans u kom je iskazan manjak koji nije pokriven sopstvenim kapitalom, te time pokazuje prezaduženost u trgovinsko-pravnom smislu, koja pak navodi na zaključak o prezaduženosti u smislu stečajnog prava, izgleda (vrlo pojednostavljeno) otprilike ovako:

aktiva	RSD	pasiva	RSD
A. osnovna imovina		A. sopstveni kapital	
I. vrednost nematerijalne imovine	1.000,00	I. upisani kapital	70.000,00
II. materijalna imovina		II. prenos gubitka	80.000,00
1. zemljišta	20.000,00	III. godišnji manjak	<u>6.500,00</u>
2. tehnička postrojenja	32.000,00	manjak koji nije pokriven	
3. ...		sopstvenim kapitalom	(-16.500,00)
III. finansijska aktiva		...	0,00
...		5.000,00 B. rezervisanja	10.000,00
B. obrtna sredstva (kratkotrajna imovina) ...		C. dugovanja	80.000,00
I. rezerve/rezervna imovina	10.000,00	II. potraživanja, ostala imovina	...
II. potraživanja, ostala imovina		III. hartije od vrednosti	1.000,00
III. hartije od vrednosti		IV. čekovi, blagajna, pozitivni saldo kod banaka	
IV. čekovi, blagajna, pozitivni saldo kod banaka	3.500,00		
C. stavke vremenskog razgraničenja	1.000,00		
D. manjak koji nije pokriven			
sopstvenim kapitalom	16.500,00		
ukupno: 90.000,00			ukupno: 90.000,00

6.5.2. Vrednosti od kojih se polazi kod provere prezaduženosti

U okviru provere prezaduženosti relevantno je da li se kod dužnikove imovine polazi od likvidacionih vrednosti ili vrednosti stvari u slučaju nastavka poslovanja. Obično se likvidacione vrednosti znatno razlikuju od vrednosti stvari u slučaju nastavka poslovanja, pri čemu su ove druge veće od likvidacionih vrednosti. Posmatranje likvidacionih vrednosti polazi od toga da će rasprodaja dužnikove imovine biti izvršena neposredno, dok procena koja polazi od vrednosti u slučaju očuvanja u obzir uzima i upotrebnu vrednost. Primera radi, kompjuter dužničkog privrednog društva koji još nije zastareo može da ima likvidacionu vrednost od RSD 5.000,00. Mogućnost korišćenja i njegovo korišćenje u dužničkom preduzeću pak mogu da dovedu do toga da se u slučaju očuvanja pođe od vrednosti od RSD 20.000,00 ili više, ako je korišćenje takvog kompjutera potrebno za stvaranje dodatne vrednosti, kao npr. ako je u pitanju neki studio za grafički dizajn, marketinška agencija itd.

Procena da li treba poći od nižih likvidacionih vrednosti ili viših vrednosti u slučaju očuvanja, u najvećoj meri zavisi od prognoze za očuvanje dužničkog privrednog društva. Ako u trenutku radnje/propuštanja koji treba da budu pobijeni može da se da prognoza (trajnog) očuvanja dužničkog privrednog društva, tj. ako postoji dovoljna prihvaćenost na tržištu, dovoljno poslova i ako treba prognozirati dovoljno prihoda u budućnosti, mora se poći od pozitivne prognoze za očuvanje dužničkog privrednog društva, te shodno tome treba poći od viših vrednosti za slučaj očuvanja u okviru provere prezaduženosti. Ako se ne može dati takva prognoza o očuvanju koja počiva na objektivnim kriterijumima, tj. ako nije obezbeđena sposobnost preživljavanja privrednog društva, onda treba poći od likvidacionih vrednosti.

7. „a poverilac je znao ili morao znati za njegovu nesposobnost plaćanja“

Za uspešno pobijanje pravnih radnji u stečaju stečajni upravnik mora da obrazloži i po potrebi dokaže da je kumulativno, uz ranije navedene uslove za pobijanje pravnih radnji u stečaju, poverilac (protivnik pobijanja) znao za dužnikovu nesposobnost plaćanja ili je morao znati. Kod ovog elementa činjeničnog stanja radi se o najkomplikovanijem delu pobijanja pravnih radnji u stečaju, pošto ovde nije reč o objektivnom elementu činjeničnog stanja, već o subjektivnom.

U najmanjem broju slučajeva će na osnovu prepiske između dužnika i protivnika pobijanja moći da se dokaže da je protivnik pobijanja znao za dužniko-

vu trajniju (objektivnu) nesposobnost plaćanja. Ipak, ima i takvih slučajeva u praksi, kao na primer kada je protivnik pobijanja saopštio dužniku da je protivnik pobijanja kao poverilac saglasan da dužnik plati na rate, jer je dužnik poveriocu obrazložio da nije u stanju da u potpunosti izmiri dospele novčane obaveze.

U ostalim slučajevima stečajni upravnik mora da se osloni na indicije i olakšavajuće okolnosti za dokazivanje. Član 120 stav 3 ZS definiše olakšanje dokazivanja u tom smislu što se smatra da je poverilac (protivnik pobijanja) znao ili morao znati za dužnikovu trajniju nesposobnost plaćanja ako je znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da kod dužnika postoji nesposobnost plaćanja.

Usled najnovijih izmena u Zakonu o stečaju u član 120 stav 3 ZS dodato je: „Posebno ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana“. Ovim se uvode dodatne olakšavajuće okolnosti dokazivanja u korist stečajnog upravnika koji osporava radnje. Međutim, treba poći od toga da će ova najnovija dopuna imati krajnje podređenu ulogu u praksi s obzirom na to da je shodno formulaciji člana 120 stav 3 ZS ostala odredba da je protivnik pobijanja morao imati saznanja o okolnostima iz kojih nužno proističe saznanje bar o pretećoj nesposobnosti plaćanja. Iako najnovija dopuna uvodi objektivni element, naime blokadu računa dužnika u trajanju od 30 dana, vrlo verovatno je da poverilac ne može uvek znati za blokadu računa. Samo na osnovu okolnosti da u dužem periodu dužnik nije vršio plaćanja nije moguće zaključiti da je račun dužnika zaista i blokiran. Najnovijom izmenom unosi se pretpostavka da se u slučaju blokade računa u trajanju od 30 dana nesposobnost plaćanja pretpostavlja. Na taj način se teret dokazivanja sa podnosioca pobjone tužbe prebacuje na protivnika pobijanja koji treba da dokaže da u slučaju blokade računa u trajanju od 30 dana nije došlo do nesposobnosti plaćanja stečajnog dužnika.

U tom smislu je najekstremniji slučaj da je poveriocu bilo poznato da je dužnik podneo predlog za pokretanje stečajnog postupka. Uglavnom ovo poslednje pomenuto olakšanje dokazivanja nije delotvorno, tako da stečajni upravnik mora da dokaže da je poverilac znao za „okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja“. Po tome protivnik pobijanja mora da zna samo stvarne okolnosti iz kojih uz pravilnu pravnu procenu bez sumnje proističe dužnikova nesposobnost plaćanja ili prezaduženost. U vezi sa zakonskom pretpostavkom – neizvođenje konkretnog zaključka na osnovu poznatih stvarnih okolnosti kod dužnika od strane protivnika pobijanja a to je da je dužnik bio objektivno nesposoban za plaća-

nje i/ili prezadužen ne dovodi do toga da protivnik pobijanja može da izbegne pobijanje. Štaviše, treba poći od objektivnog merila. Ukoliko bi nepristrastan poverilac sa prosečnim iskustvom u poslu na osnovu stvarnih okolnosti bez ozbiljnih sumnji pretpostavio da je dužnik nesposoban za plaćanje, treba smatrati da je protivnik pobijanja koji je poznao stvarne okolnosti znao za nesposobnost plaćanja dužnika.

Takve stvarne okolnosti postoje, na primer, kad je neki (veliki) poverilac pre prijema pobijane činidbe uzaludno pokušavao da ostvari svoja nesporna potraživanja, ako su ona srazmerno velika i ako postoji sumnja da dužnik neće moći da izmiri njegovo potraživanje u potpunosti i u roku. Pritom je dovoljno da postojanje nesposobnosti plaćanja bude izraženo samo prema onom poveriocu koji je protivnik pobijanja.

Po pravilu, protivnik pobijanja nema u trenutku vršenja pravne radnje saznanja o ukupnom obimu dospelih dugovanja dužnika, pošto u tom smislu on nema redovan uvid u celokupne poslovne odnose dužnika. Ipak, protivnik pobijanja u pogledu spore ili izostale isplate svojih potraživanja zavisno od vrste i težine i formata dužničkog poslovanja u datom slučaju mora da pretpostavi da je dužnik nesposoban za plaćanje i/ili prezadužen.

Obično se nastala nesposobnost plaćanja pokazuje tako što su sprovedene mere izvršnog postupka kod dužnika bile neuspešne. Isto važi i za slučajeve u kojima je dužnik napomenuo poveriocima da zaprećene mere izvršnog postupka neće dovesti do namirenja. Takođe, poverilac kod kog postoje razne povratne debitne note mora da pretpostavi da dužnik ne raspolaže sa dovoljno sredstava koja su neophodna za namirenje dospelih potraživanja. Tipično je i da banke dužnikovo kreditno angažovanje proglašavaju dospelim kada prethodno nisu primile otplate od dužnika, pošto je smisao proglašenja kredita dospelim u suštini da se potraživanje odmah naplati, u datom slučaju putem izvršnog postupka. Uz to, poverilac mora da zna za okolnosti koje nužno navode na zaključak o nesposobnosti plaćanja ako u redovnoj razmeni usluga i robe dužnikova dugovanja stalno rastu, a poverilac je bezuspešno više puta slao opomenu za zaostala plaćanja. Kad su u pitanju poreski organi, smatra se da su znali za okolnosti koje nužno navode na zaključak o nesposobnosti plaćanja i/ili prezaduženosti ako dužnik više meseci nije ispunjavao svoje obaveze plaćanja poreza i ako su u datom slučaju sprovedeni razni izvršni postupci koji su pretežno bili bezuspešni.

Kad su u pitanju banke, koje po pravilu imaju relativno dobar pregled ekonomske situacije dužničkog privrednog društva i koje su dužnikovo kreditno angažovanje proglasile dospelim – treba konstatovati da se na njih odnosi ve-

liki obim pobijanja pravnih radnji ako one sa potraživanjima koja su proglasile dospelim vrše poravnanja preko plaćanja koja eventualno još pristižu. Kao što je već gore pomenuto, ovde se takođe radi o radnji koja podleže pobijanju pravnih radnji u stečaju. I banka je morala da posumnja u kreditnu sposobnost dužnika ako joj je dostavljano više rešenja o zapleni potraživanja dužnika prema njegovim dužnicima.

Podrazumeva se da je poverilac znao za okolnosti koje nužno navode na zaključak o dužnikovoj nesposobnosti plaćanja i u slučaju kad je on sam podneo predlog za pokretanje stečajnog postupka kod dužnika, čak i onda kada on posle toga primi plaćanja od dužnika. Pozadina je to što se predlogom za pokretanje stečajnog postupka obrazlaže dužnikova nesposobnost plaćanja. Podnošenjem predloga za pokretanje stečajnog postupka poverilac izražava da smatra da je dužnik nesposoban za plaćanje i/ili prezadužen. Sva plaćanja koja dužnik posle toga izvrši prema ovom poveriocu podležu pobijanju pravnih radnji u stečaju. To se ne odnosi samo na slučajeve u kojima se potom na osnovu ovog predloga za pokretanje stečajnog postupka koji je podneo poverilac pokreće stečajni postupak već i na slučajeve u kojima je raniji predlog za pokretanje stečajnog postupka izbegnut plaćanjem, a tek kasnije se, na osnovu ponovnog predloga za pokretanje stečajnog postupka, stečajni postupak zaista i pokreće. U tom slučaju stečajni upravnik bez problema može da pobije tadašnje plaćanje da bi se izbegao raniji predlog za pokretanje stečajnog postupka, pošto protivnik pobijanja ne može da se pozove na to da u tom trenutku nije smatrao da kod dužnika postoji nesposobnost plaćanja, jer inače ne bi podneo predlog za pokretanje stečajnog postupka. U tom kontekstu treba skrenuti pažnju na to da podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka ne predstavlja intenzivniju formu prinudnog izvršenja za pojedinačnog poverioca. Štaviše, cilj individualnog prinudnog izvršenja je da pojedinačan poverilac primi plaćanje (činidbu) na koje ima pravo. Predlog poverioca za pokretanje stečajnog postupka se, nasuprot tome, zasniva na njegovoj pretpostavci da je dužnik načelno nesposoban za plaćanje ili da je prezadužen.

8. Teret dokazivanja i obrazlaganja / Uopšteno

Načelno, teret dokazivanja i obrazlaganja za ispunjenje svih elemenata činjeničnog stanja iz člana 120 (i 119) ZS snosi stečajni upravnik.

Kad je u pitanju nastupela nesposobnost plaćanja dužnika odnosno dužničkog privrednog društva u trenutku pobijane pravne radnje, dovoljno je da je stečajni upravnik u stanju da dokaže pretpostavku u skladu sa članom 12 ZS.

Teret obrazloženja i dokazivanja za nesposobnost plaćanja kroz obustavu plaćanja u smislu člana 11 stav 2 tačka 2 ZS takođe je olakšan.

Ako ne mogu da se iskoriste ove olakšavajuće okolnosti za dokazivanje, potreban je bilans likvidnosti i prezaduženosti da bi mogla da se dokaže nesposobnost plaćanja i/ili prezaduženost. U pogledu zahteva za bilans likvidnosti upućujemo na gornje navode (v. gore str. 6 „stečajni dužnik je u vreme kad su preduzeti bio nesposoban za plaćanje“). Ovakav bilans likvidnosti za dokazivanje objektivne (trajnije) nesposobnosti plaćanja pak nije potreban ako stečajni upravnik može da dokaže i obrazloži da su u spornom trenutku, tj. u trenutku vršenja pobijane radnje postojala dugovanja u velikom obimu koja do trenutka pokretanja stečajnog postupka nisu izmirena, pošto se u tom slučaju pretpostavlja nesposobnost plaćanja. Načelno, stečajni upravnik mora i da dokaže da je došlo i do narušavanja ravnomernog namirenja poverilaca u smislu člana 119 ZS. Ne postoji narušavanje ravnomernog namirenja poverilaca u onim slučajevima u kojima iz stečajne mase svi poverioci mogu da budu namireni u potpunosti. U takvim slučajevima nema dovoljne oborivosti pravnih radnji. Načelno, postoji stvarna pretpostavka da stečajna masa nije dovoljna za namirenje svih poverilaca, pošto u suprotnom po pravilu ne dolazi do pokretanja stečajnog postupka. Iz tog razloga nije dužnost stečajnog upravnika da dokazuje da stečajna masa nije dovoljna za namirenje svih poverilaca. Štaviše, protivnik pobijanja treba da opovrgne ovu pretpostavku.

Isto mora da važi i za pitanje da li je prevaziđena jednokratno nastupela nesposobnost plaćanja. U procesima pobijanja pravnih radnji u stečaju često se puno truda uloži u dokazivanje da je u trenutku pobijane pravne radnje postojala objektivna nesposobnost plaćanja i/ili prezaduženost, ali da je dužnik odnosno dužničko privredno društvo kasnije uspelo da prevaziđe tu objektivnu nesposobnost plaćanja i/ili prezaduženost. S tim u vezi važi opšte načelo da jednom nastupela nesposobnost plaćanja i/ili prezaduženost traju i dalje. Oni koji se pozivaju na nepostojanje nastupele nesposobnosti plaćanja i/ili prezaduženosti – u tipičnom slučaju protivnici pobijanja – moraju i da dokažu da ona više ne postoji. Tu moraju da obrazlože da je došlo do trajnog prevazilaženja objektivne nesposobnosti plaćanja i/ili prezaduženosti.

U okviru vođenja procesa treba obratiti pažnju na to da proces pobijanja pravnih radnji u stečaju vodi stečajni upravnik, a ne dužnik odnosno dužničko privredno društvo, sa posledicom da dužnik, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva dolazi u obzir kao svedok.

9. Olakšavajuće okolnosti dokazivanja i obrnuti teret dokazivanja

Izvođenje dokaza se nadalje članom 120 stav 3 ZS olakšava stečajnom upravniku u smislu što se zakonski pretpostavlja da je protivnik pobijanja znao za nastupelu nesposobnost plaćanja ako je znao za okolnosti koje nužno upućuju na zaključak o nastupeloj nesposobnosti plaćanja, pri čemu zakon posebno izdvaja saznanje o tome da je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana ili o podnošenju predloga za pokretanje stečajnog postupka, pri čemu to pak nije konačna odredba.

U obzir dolazi bilo koja okolnost koja nužno upućuje na zaključak o nesposobnosti plaćanja. Protivnik pobijanja dakle mora imati isključivo pozitivna saznanja o stvarnim okolnostima, na osnovu kojih uz pravilnu pravnu proceduru bez sumnje sledi nesposobnost plaćanja. Pritom nije važno da li je protivnik pobijanja iz stvarnih okolnosti izveo i pravno ispravan zaključak o nastupeloj nesposobnosti plaćanja. Dakle, nije merodavna subjektivna vizura protivnika pobijanja, već nepristrasnog poverioca sa prosečnim poslovnim iskustvom. Ako bi takav uz poznavanje činjenica bez ozbiljne sumnje pošao od nesposobnosti plaćanja dužnika, onda se protivnik pobijanja koji je znao ove činjenice u skladu sa ovim objektivnim merilom neosporivo tretira kao da je i sam znao za nesposobnost plaćanja.

Ovde treba imati na umu da je potrebno da se nastala nesposobnost plaćanja uvek dokazuje prema onom poveriocu koji je protivnik pobijanja.

Nezavisno od toga može biti dovoljno da je npr. neki veliki poverilac pre primanja oborive činidbe uzaludno zahtevao da mu se izmire potraživanja, da su ona srazmerno velika i da on nema osnova da pođe od toga da će dužnik imati na raspolaganju dovoljno likvidnih novčanih sredstava da bi izmirio potraživanje u skladu sa rokom. Pošto protivnik pobijanja po pravilu nema saznanja o ukupnom obimu dospelih novčanih obaveza dužnika, pri proceni saznanja o dužnikovoj nesposobnosti plaćanja ili o ovim upućujućim okolnostima mora da se pođe od toga da li je zakasnelo ili izostalo plaćanje njegovih potraživanja uz ukupno posmatranje dovoljan pokazatelj nesposobnosti plaćanja.

Ako je dužnik odnosno dužničko privredno društvo prethodno pokušalo da izvrši sanaciono poravnanje i pritom objavilo svoju ekonomsku situaciju, onda eventualni kasniji protivnik pobijanja ima saznanje o nastupeloj nesposobnosti plaćanja, i to najkasnije od trenutka sprovođenja pokušaja sanacije, ako je saznao za njega.

Isto važi i za ponavljana delimična plaćanja koja nisu dogovorena sa poveriocem na zahtev poverioca, ako ovaj dakle traži da mu se namiri čitava oba-

veza, a dužnik odnosno dužničko privredno društvo vrši samo plaćanja rata, ako ovakvo ponašanje traje u nekom dužem periodu.

Član 120 stav 4 ZS ne definiše olakšano izvođenje dokaza, već stvara obrnut teret dokazivanja za povezana lica. U vezi sa tim povezanim licima koja su pojedinačno navedena u članu 125 ZS polazi se od toga da su ona znala za nesposobnost plaćanja odnosno za podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka. Razlog za ovaj obrnut teret dokazivanja leži u tome što ova lica imaju posebne mogućnosti pristupa informacijama o ekonomskoj situaciji dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva. Obrnut teret dokazivanja znači da stečajni upravnik samo mora da dokaže da je kod protivnika pobijanja reč o povezanom licu u smislu člana 120 stav 4, 125 ZS. Povezano lice iz člana 125 ZS u smislu člana 120 stav 4 ZS ima mogućnost da dokaže suprotno.⁸⁾ Prema članu 120 stav 4 ZS zakonski se pretpostavlja da je lice koje je povezano sa dužnikom znalo za dužnikovu nesposobnost plaćanja, odnosno za podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka. Ova zakonska pretpostavka dovodi do olakšavajuće okolnosti za izvođenje dokaza koje vrši stečajni upravnik, pošto on mora da dokaže samo povezanost tog lica kako bi dokazao saznanje o nastupeloj nesposobnosti plaćanja, odnosno o podnošenju predloga za pokretanje stečajnog postupka koje ima povezano lice u smislu člana 125 ZS.

Treba imati na umu da se ovde radi samo o olakšavajućoj okolnosti dokazivanja jedino u tom smislu što u slučaju da povezano lice u smislu člana 125 ZS uspe da dokaže da, suprotno zakonskoj pretpostavci, nije imalo saznanja o nesposobnosti plaćanja, odnosno podnošenju predloga za pokretanje stečajnog postupka, to ne oslobađa stečajnog upravnika od nužnosti dokazivanja da je ipak postojalo saznanje o nesposobnosti plaćanja, odnosno o podnošenju predloga za pokretanje stečajnog postupka.

U praksi je ovo olakšanje izvođenja dokaza za stečajnog upravnika izuzetno dragoceno, jer dovodi do obrnutog tereta dokazivanja, tako da povezano lice u smislu člana 125 ZS mora da dokaže da ovde ne važi zakonska pretpostavka u skladu sa članom 120 stav 4 ZS. U tom smislu će povezana lica u skladu sa članom 125 ZS imati ogromne poteškoće da izvedu odgovarajući dokaz, naročito zato što je izvođenje dokaza da neka činjenica ne postoji povezano sa velikim teškoćama za dokazivanje.

Ova olakšavajuća okolnost u dokazivanju važi prema članu 125 za sledeće krugove lica, pri čemu skrećemo pažnju na dole navedene dodatne komentare člana 125 ZS:

8) Vidi s tim u vezi i ostale pojedinosti poglavlja koje se odnosi na član 125 ZS.

1. direktor i član organa upravljanja ili organa nadzora stečajnog dužnika;
2. svaki član dužničkog društva koji za njegove obaveze odgovara celokupnom svojom imovinom;
3. svaki član ili akcionar sa značajnim učešćem u kapitalu društva;
4. pravno lice koje stečajni dužnik kontroliše u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva;
5. svako lice koje zbog svog posebnog položaja u društvu ima pristup poverljivim informacijama ili mogućnost da se upozna sa finansijskim stanjem dužničkog privrednog društva;
6. svako lice ili društvo koje je faktički u poziciji da vrši značajniji uticaj na poslovanje stečajnog dužnika;
7. lice koje je srodnik po krvi u pravoj liniji bez obzira na stepen ili u pobočnoj liniji do četvrtog stepena srodstva, srodnik po tazbini do drugog stepena srodstva ili bračni drug fizičkih lica iz tačke 1, 2, 3, 5, 6.

10. Primeri / pojedinačni slučajevi

Ostale, osim gore navedenih pojedinačnih slučajeva u skladu sa članovima 119, 120 ZS, oborive radnje ili propuštanja (*uobičajeno namirenje*) između ostalih su:

Zaplena sredstava na računu pre nastupanja nesposobnosti plaćanja je prema članu 120 ZS oboriva ako obuhvata prispela plaćanja i iznose koji su prispeli posle početka roka od šest meseci, nakon što je poverilac saznao za nesposobnost plaćanja. Razlog je u tome što poverilac koji vrši zaplenu zaplenjivanjem računa još uvek nema obezbeđenu pravnu poziciju u pogledu uplata koje će ubuduće pristizati. Realizacija zaplene nastaje tek sa prispećem plaćanja. Ako je poverilac već u tom trenutku znao za nesposobnost plaćanja i ako je trenutak prispeća plaćanja bio u periodu od šest meseci, zaplena ovih pozitivnih salda, odnosno prispelih uplata kao isplata jeste oboriva.

Ustupanja budućih potraživanja koja se vrše zbog obezbeđenja (kao na primer u okviru globalne cesije) prema članu 120 ZS predstavljaju oborivo pokriće ako se to odnosi na ustupanja vezana za potraživanja u periodu od šest meseci i ako je poverilac u tom trenutku imao saznanje o nastupeloj nesposobnosti plaćanja. U ovakvim slučajevima stalno mora da se proveru u vezi s kojim potraživanjima već može da se dokaže saznanje poverioca o nastupeloj nesposobnosti plaćanja. Ako to nije slučaj, obaranje nije moguće.

Prebijanje u okviru od banke odobrenog tekućeg računa između potraživanja banke i prispelih plaćanja na račun dužnika imaju efekat da se debitni saldo klijenta banke smanjuje u odnosu na banku, te time banka dobija namire-

nje koje može da se obori ako je banka u trenutku odnosnog prispeća plaćanja znala za dužnikovu nesposobnost plaćanja ili ako može da se dokaže da je banka to znala. Dužnikovo davanje obezbeđenja (prenos obezbeđenja, ustupanje obezbeđenja, davanje prava nad zemljištem) podleže pobijanju pravnih radnji u stečaju prema članu 120 ZS, iako je obezbeđenje prethodno ugovorom bilo definisano, ali je u trenutku davanja obezbeđenja banka odnosno primalac obezbeđenja imao saznanja o dužnikovoj nesposobnosti plaćanja.

Ako dužnik nekom poveriocu plati na način dugovan ugovorom, ali poverilac u trenutku prijema plaćanja zna da je dužnik nesposoban za plaćanje, onda i to plaćanje podleže pobijanju prema članu 120 ZS. Isto važi i za ostale odnose razmene činidbi kada dužnik daje imovinu ili obezbeđenja, a poverilac ima saznanje o dužnikovoj nesposobnosti plaćanja.

II. Član 121 ZS (neuobičajeno namirenje)

Pravni posao ili pravna radnja kojima se jednom poveriocu pruža obezbeđenje ili daje namirenje koje on uopšte nije imao pravo da traži ili je imao pravo da traži ali ne na način i u vreme kada je preduzeto, mogu se pobijati ako su preduzeti u poslednjih dvanaest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

1. Uopšteno

„Član 121 ZS određene radnje koje su izvršene u periodu koji obuhvata propis (12 meseci) proglašava oborivim, i to pod olakšanim uslovima u pogledu pobijanja u smislu člana 120 ZS. Pozadina toga je što se nekom poveriocu pruža obezbeđenje ili daje namirenje na koje on nije imao pravo, te zbog posebne sumnjivosti njega i treba manje štiti. Iz tog razloga je zakonodavac period pobijanja produžio na 12 meseci, pošto poverilac koji se na ovaj način obezbeđuje ili namiruje ili prima obezbeđenje ili namirenje – za razliku od poverioca koji ima pravo na činidbu u određenom trenutku – može da dobije samo manju zaštitu.

U oblast primene spadaju ona obezbeđenja i namirenja koja poverilac na osnovu postojećeg dužničkog odnosa između njega i dužnika odnosno dužničkog privrednog društva u datom trenutku ili nije mogao – ne u dobijenoj formi ili ne u tom trenutku da zahteva. Pitanje da li je obezbeđenje i/ili namirenje izvršeno u dugovanoj formi, te je ova činjenica presudna u pogledu pobijanja prema članu 121 ZS i ocenjuje se isključivo objektivno, i to na osnovu eventualnog postojećeg dužničkog odnosa ukoliko se odnosi na pobijanje prema alternativnom činjeničnom stanju „ne na način ili ne u trenutku“. Merodavan trenutak za procenu da li je u skladu sa ugovornim ili zakonskim pravom postojalo pravo na obezbe-

đenje ili namirenje jeste trenutak u kom je obezbeđenje odnosno namirenje stečeno (vidi član 127 ZS).“

2. „pravni posao ili pravna radnja“

I u okviru pobijanja zbog *neuobičajenog namirenja* (član 121 ZS) pojam „*pravnog posla ili pravne radnje*“ se shvata u najširem smislu i obuhvata prema nemačkom tumačenju Zakona o stečaju (vidi u tom smislu i Četvrti deo „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“) ne samo radnje dužnika odnosno dužničkog privrednog društva, već i radnje trećih lica, a naročito poverilaca. Pojam „*pravni posao ili pravna radnja*“ u smislu člana 121 ZS je u tom smislu identičan sa pojmom „*pravni posao/druge pravne radnje*“ u smislu člana 119 ZS, tako da na ovom mestu možemo da uputimo na komentare iz tog dela.

3. „pruža“

Kao što proističe iz formulacije člana 121 ZS, nisu oborive samo aktivne radnje već i pasivne, i to kako dužnikove/dužničkog privrednog društva, tako i poveriočeve – prema tumačenju pravnih odredbi o stečaju Republike Srbije sa stanovišta nemačkog prava, vidi u tom smislu Četvrti deo „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“.

Prema članu 121 ZS nisu oborive one radnje koje nisu dovele do oborivog uspeha, tj. do oborivog pomeranja ili promene imovine. To se izričito razjašnjava izborom reči „*pruža*“. To se poklapa sa opštim ciljem pobijanja pravnih radnji u stečaju, da se stečajna masa dovede u stanje u kom bi bila da nisu izvršene oborive radnje (v. član 130 stav 1 ZS). Ako nije došlo do pogoršanja ili smanjenja stanja imovine, bilo gubitkom vrednosti imovine ili njenim opterećivanjem obezbeđenjima, onda nije nastupilo ni oborivo umanjeње imovine.

4. „obezbeđenje“

4.1. „obezbeđenje za jednog poverioca koje on uopšte nije imao pravo da traži“

Načelno je za dužnički odnos između dužnika i poverioca merodavan ugovorni ili zakonski odnos. Po pravilu se pritom duguje samo glavno potraživanje, a ne i obezbeđenje. Potraživanje po glavnoj činidbi samo po sebi po pravilu ne daje pravo na obezbeđenje.

Poverilac može da potražuje obezbeđenje samo ako je ono posebno predviđeno ugovorom i ako je dovoljno definisano. U tom smislu za neoborivo obezbeđenje nije dovoljan sporazum po kom dužnik obećava poveriocu da će po

potrebi za glavnu činidbu (potraživanje) dati obezbeđenja. U takvim slučajevima to mora da bude egzaktno konkretizovano, koje obezbeđenje dužnik duguje. Ako nema takvog (konkretnog) sporazuma, onda nema ni prava na davanje obezbeđenja, osim ako postoji zakonsko pravo obezbeđenja.

U oblasti primene člana 121 ZS nije bitno da li je obezbeđenje stečeno uz naknadu ili bez naknade.

Prava poverioca na naknadu štete po pravilu takođe ne rezultiraju pravom na obezbeđenje, pošto se naknada štete ne sastoji od davanja obezbeđenja.

Ako je ugovorom definisano i dovoljno konkretizovano obezbeđenje i ako je to obezbeđenje dužnik zaista i dao u okviru izvršenja tog ugovora, to poveriocu ne daje za pravo da za eventualna dalja potraživanja prema dužniku iskoristi ovo obezbeđenje, ako to nije izričito definisano u okviru daljih odgovarajućih ugovornih osnova.

Ako se naknadno ugovori obezbeđenje tj. dodatno uz prvobitan ugovorni odnos, a u roku od 12 meseci prema članu 121 ZS, tu je reč o *neuobičajenom namirenju* ako poverilac stekne takvo obezbeđenje.

Pobijanju prema članu 121 ZS takođe podleže dopunjavanje obezbeđenja.

U pogledu neophodne konkretizacije obezbeđenja, kao što je već pomenu- to, nije dovoljno da se dužnik samo obavezao da da, odnosno odobri neko obezbeđenje. Štaviše, neophodna je konkretizacija u tom smislu koja bi omogućavala da se na osnovu takvog sporazuma o obezbeđenju podnese tužba. To može da bude od velikog značaja u prometu između dužnika i banke, ako je prema opštim uslovima poslovanja banke ili prema drugim ugovorima koje je dužnik zaključio sa bankom paušalno predviđeno davanje nekog obezbeđenja. Prava na davanje bankarskih obezbeđenja predviđena u takvim opštim uslovi- ma poslovanja banaka za sva prava iz poslovnog odnosa sa bankom nisu do- voljna da se obezbeđenja zasnovana na ovoj odredbi mogu smatrati dovoljno konkretizovanim obezbeđenjima.

Ukoliko jedanput nastupi neregularnost (nepodudaranje) usled nedovoljne konkretizacije obezbeđenja, posle neće ništa promeniti ako se imovina dužni- ka, odnosno dužničkog privrednog društva kasnije u toj meri smanji da u tren- utku ugovaranja obezbeđenja postoji samo jedan predmet obezbeđenja koji ima vrednost.

U okviru odnosa sa dobavljačima za obezbeđenje dobavljača često se izme- đu dobavljača i dužnika ugovaraju ustupanja unapred, odnosno zadržavanje vlasništva, čiji je predmet ustupanje budućih potraživanja poveriocu radi obez- beđenja. S tim u vezi treba praviti razliku u kom trenutku je ugovoreno ustupa- nje unapred, odnosno zadržavanje vlasništva. Ako se to dogodilo u periodu od 12 meseci predviđenom članom 121 ZS, onda po pravilu ne može biti po-

bijanja u skladu sa članom 121 ZS, pošto je u ovom slučaju ugovorna odredba bila usmerena ka tome da dobavljač/poverilac dobije ustupljena potraživanja.

Ista je situacija i kada je ustupanje unapred, odnosno ugovorom predviđeno zadržavanje vlasništva izvršeno van kritičnog perioda od 12 meseci, a tek u periodu od tih 12 meseci su nastala odgovarajuća potraživanja koja su onda i ustupljena poveriocu, jer je poverilac prema odredbama ugovora imao odgovarajuće pravo na davanje obezbeđenja. S tim u vezi pak treba obratiti pažnju da ustupanje potraživanja unapred, odnosno ugovaranje produženog zadržavanja vlasništva mora da bude dovoljno konkretizovano, ili tako što će dužnik sva potraživanja koja nastaju u budućnosti ustupiti dobavljaču/poveriocu (čime nastaje rizik prekomernog obezbeđenja), ili pak tako što će biti ustupljena konkretna, pojedinačna potraživanja.

Prekomerno obezbeđenje može da se spreči takozvanim klauzulama oslobađanja, po kojima se dobavljač/poverilac obezbeđuje samo do određenog iznosa pokrića globalno ustupljenih potraživanja, a u preostalom delu je dužan da vrati potraživanja dužniku.

4.2. „obezbeđenje za jednog poverioca koje je on imao pravo da traži ali ne na taj način“

Poverilac dobija obezbeđenje koje nije smeo da traži na određeni način, ako dužnik da neko drugo obezbeđenje u odnosu na ono koje duguje prema ugovoru ili na osnovu zakona. Neznatna odstupanja između obezbeđenja koje neosporivo može da se traži i datog obezbeđenja pak ne znače neregularnost (*nepoklapanje*).

Poverilac koji ima samo pravo da zahteva plaćanje od dužnika, ne sme da traži obezbeđenje koje stiče u toku krize dužnika zaplenom prema pravilima prinudnog izvršenja, ako se zastupa stanovište da naslov odlomka VIII. ZS ne predstavlja konkretizaciju normi člana 119 i narednih članova ZS (vidi u tom smislu gore i Četvrti deo „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“). Prema ovom shvatanju, takva zaplena, a time i sa njom povezano namirenje su „*neoubičajeni*“ u smislu člana 121 ZS i prema ovoj odredbi oborivi.

Ako poverilac istovremeno izvrši zaplenu obezbeđenja i za buduća potraživanja dužnika, za pitanje oborivosti bilo bi važno da li je plenidba izvršena u periodu od 12 meseci u skladu sa članom 121 ZS pri čemu treba imati na umu da u takvom slučaju nije merodavna sama mera zaplene u vremenskom pogledu, već isključivo trenutak u kom je obezbeđenje zaista i stečeno odnosno kada je nastalo potraživanje na koje se obezbeđenje/zaplenu odnosi. To sledi iz člana 127 stav 2 ZS koji propisuje da je merodavan trenutak punovažnosti.

4.3. „obezbeđenje za jednog poverioca koje je on imao pravo da traži ali ne u vreme kad je preduzeto“

Poverilac ne sme da traži obezbeđenje u vreme kada njegovo samo po sebi neosporivo pravo na obezbeđenje još nije dospelo, ako je bilo uslovljeno odlaganjem ili ako je bilo vremenski ograničeno.

5. „namirenje“

5.1. „namirenje za jednog poverioca koje on uopšte nije imao pravo da traži“

Poverilac ne sme da traži namirenje ako ili uopšte nema pravo da od dužnika zahteva ispunjenje njegove činidbe, ako takvo pravo ne može da se ostvari ili ako protiv ostvarivanja postoji prigovor. Na primer, poverilac kod zastarelog potraživanja ili potraživanja koje nije utuživo ne može da zahteva namirenje. Ako poverilac uprkos tome stekne namirenje u roku od 12 meseci, reč je o *neuobičajenom namirenju* u smislu člana 121 ZS, koje je oborivo prema članu 121 ZS.

5.2. „namirenje jednog poverioca koje je imao pravo da traži ali ne u to vreme“

Namirenje nekog potraživanja je *neuobičajeno* ako ono u trenutku namirenja još nije dospelo, zastarelo je ili vremenski ograničeno, prema tome i izvršeno u trenutku kada je potraživanje poverioca možda u osnovi već postojalo, ali nije moglo da se ostvari. To važi naročito za plaćanja pre vremena, odnosno plaćanja koja u tom trenutku ugovorno ili zakonski dužnik još nije dugovao.

Kad je reč o pitanju u kom trenutku se duguje plaćanje, to se procenjuje na osnovu individualnih okolnosti. Ako dužnik, odnosno dužničko privredno društvo angažuje advokata i ako ovaj traži akontaciono plaćanje, ona moraju da budu adekvatna ne u smislu pružanja celokupne usluge, već u smislu napretka u obradi, pošto u suprotnom mogu da budu podložna pobijanju u skladu sa članom 121 ZS. Pojam „akontaciono plaćanje“ je pritom manje relevantan u odnosu na stvarnu vremensku i predmetnu povezanost sa pružanjem usluge. Ako se zahtev za plaćanje deklarise kao „akontaciono plaćanje“, a stvar koja treba da se obradi je već završena, onda postoji „neuobičajenost“, pošto u trenutku okončanja ne postoji, odnosno nije više postojalo pravo na akontaciju, već na konačno plaćanje. „Ne u vreme kada je preduzeto“ jeste plaćanje

računa koji još nije ispostavljen, pošto u tom trenutku primalac plaćanja (poverilac) još uvek nije imao konačno materijalno-pravno pravo na prijem isplate. Ovo načelo važi bez izuzetka, tako da dužnikovo plaćanje bankovnom doznakom ili u okviru gotovinskog plaćanja izvršeno prema povericu znatno pre termina dospelosti stalno dovode do „neuobičajenosti“ u smislu člana 121 ZS, a shodno tome i do pobijanja ako je plaćanje izvršeno u roku od poslednjih 12 meseci prema članu 121 ZS.

6. Primeri

Vežano za račun dužnika, prebijanja banke preko prispelih plaćanja sa potraživanjima banke su *neuobičajena* ako je to prebijanje izvršeno u kreditnom okviru po tekućem računu ili u okviru nekog drugog kreditnog ugovora, a pravo na vraćanje po tekućem računu, odnosno neko drugo pravo na vraćanje kredita još uvek nije bilo proglašeno dospelim.

Ako je potraživanje poverioca uslovno, poverilac pre ispunjenja uslova još uvek nema pravo bilo šta da traži. Shodno tome je namirenje koje poverilac primi u toj situaciji, tj. pre ispunjenja uslova *neuobičajeno* u smislu člana 121 ZS ako se namirenje stekne u periodu od 12 meseci.

I namirenje potraživanja prebijanjem može da bude *neuobičajeno*, i to onda kada nema ugovornog ili zakonskog prava na prebijanje ili pak ako u trenutku vršenja prebijanja potraživanja nisu mogla da se prebijaju, odnosno nisu bila dospelila.

Namirenje ne sme da se traži i kada poverilac ima pravo na namirenje ali ne na način i u vreme kada je preduzeto.

Načelno se način na koji poverilac ima pravo da traži namirenje zasniva na ugovornim odredbama ili zakonskim propisima. *Neuobičajeno* je stoga vraćanje novčanog duga poveriocu prenosom ili deponovanjem dobara ili ustupanjem potraživanja, pošto pravo poverioca na prijem ispunjenja prenošenjem, deponovanjem dobara ili ustupanjem potraživanja po pravilu nije ugovorom definisano, a ni zakonski propisi to ne pokrivaju. U tom smislu je neophodna egzaktna provera šta su ugovorne strane (dužnik i poverilac) definisale ugovorom.

Takođe, poverilac nema pravo da traži od dužnika da ovaj naloži trećem licu da mu izvrši isplatu. Ako je ugovorom predviđeno samo plaćanje od strane dužnika – kao što je i uobičajeno – plaćanje može da izvrši samo dužnik prema poveriocu na način dugovan ugovorom u smislu člana 121 ZS. Bilo koji drugi način otplate potraživanja koje poverilac ima prema dužniku se stoga smatra „neuobičajenim“ u smislu člana 121 ZS. Ako, npr., dužnik odnosno dužničko privredno društvo za činidbe koje je sam(o) izvrši(l) i za njih dobi(l)

o od klijenta ček, isti ček prosledi poveriocu sa ciljem dalje otplate duga koji dužnik ima prema poveriocu, ovakva otplata je oboriva prema članu 121 ZS, ako je izvršena u periodu od 12 meseci, pošto poverilac nema pravo na namirenje kroz prosleđivanje čeka, ako tako nije izričito definisano ugovorom.

Neuobičajeno u smislu člana 121 ZS je prema stanovištu nemačkog koautora ove knjige (vidi u tom smislu i Četvrti deo „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“) naročito namirenje poverioca u okviru sprovođenja prinudnog izvršenja, pošto se tolerisanje prinudnog izvršenja po pravilu ne definiše ugovorom. Štaviše, poverilac ima ugovorno pravo na plaćanje, ali ne i na „ćutanje“ dužnika prilikom sprovođenja prinudnog izvršenja. Ista je situacija i kada poverilac možda dobije izvršnu ispravu protiv dužnika, a i zakon predviđa prinudno izvršenje kao meru za ostvarivanje prava poverioca. Jer prinudno izvršenje je odstupanje od ugovorno predviđenog, pa time i *uobičajenog* ugovornog odnosa dužnika prema poveriocu i obrnuto.

Prema stanovištu srpskih koautora ove knjige, pobijanje na osnovu člana 121 ZS po osnovu redovnog prinudnog izvršenja koje dužnik ne bi mogao da izbegne – ne bi moglo da se primeni, jer se u tom smislu iz naslova odlomka VIII ZS izvodi zaključak da mogu da se pobijaju samo pravne radnje dužnika.

Samo u slučaju da je dužnik nekorišćenjem dopuštenih procesnih sredstava protiv prinudnog izvršenja omogućio to izvršenje, i po stanovištu srpskih koautora (i po stanovištu nemačkog autora) ove knjige, bilo bi reči o nečinjenju od strane dužnika koje bi moglo da se pobija.

Prema mišljenju nemačkog autora treba imati na umu da stečajno pravo ima primat nad individualnim pravom prinudnog izvršenja, tako što pojedinačni poverioci neposredno pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka posebno drastičnim merama (prinudno izvršenje) ne smeju da stiču posebne pogodnosti u odnosu na druge stečajne poverioce, jer bi to bilo suprotno načelu *par conditio creditorum*. Stoga je, na primer, oborivo i plaćanje koje prema poveriocu vrši dužnik čiji je račun u datom slučaju već zaplenjen prema članu 121 ZS, pošto bi time dužnik sledstveno učestvovao u namirenju poverioca.

„*Neuobičajena*“ jesu i plaćanja dužnika prema poveriocu koja on vrši na osnovu najavljenih mera prinudnog izvršenja ili uz pretnju da će poverilac podneti predlog za pokretanje stečajnog postupka. Ako poverilac najavi da će sprovesti mere prinudnog izvršenja ukoliko dužnik ne plati dobrovoljno ili da će pak podneti predlog za pokretanje stečajnog postupka protiv dužnika i ako potom usledi plaćanje od strane dužnika/dužničkog privrednog društva – to plaćanje onda jeste *neuobičajeno* kao i namirenje poverioca, pošto poverilac

nema pravo na ispunjenje činidbe od strane dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva pod pritiskom prinudnog izvršenja ili podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

Štaviše, ugovorom je po pravilu isključivo predviđeno da dužnik prilikom izvršenja svoje ugovorne obaveze vrši dobrovoljno plaćanje. Da li je dužnik izvršio plaćanje na osnovu direktnog pritiska pretnjom prinudnog izvršenja, može da se proceni primenom objektivnog kriterijuma iz perspektive dužnika. Nije dakle važno da li poverilac sam smatra da nije vršio takav pritisak, a nije važno ni da li je dužnik taj pritisak doživeo na taj način. Ako je poverilac vršio pritisak pretnjom prinudnog izvršenja nad dužnikom, taj pritisak neće prestati tako što će dužnik eventualno uplatiti deo iznosa, a poverilac u narednom periodu neće sprovesti najavljene mere. Štaviše, prvobitni pritisak delovaće i dalje, osim ako nije protekao značajan period između prvobitno zaprećenog prinudnog izvršenja i plaćanja, pri čemu treba računati na protek perioda od godinu dana.

U svakom slučaju, za pretpostavku *neuobičajenosti* neophodno je da je prinudno izvršenje zaista i zaprećeno ili da je poverilac vršio odgovarajući pritisak. Tu nije dovoljno da poverilac saopšti dužniku koja su zaostala plaćanja poimenice, ako to saopštenje nije povezano sa pretnjom prinudnog izvršenja. Takođe nije dovoljno da poverilac dobije neku ispravu protiv dužnika. Ako poverilac stekne ispravu protiv dužnika, koja bi bila izvršna, a poverilac ne zapreti prinudnim izvršenjem, pa dužnik potom sam plati (dobrovoljno), onda se ne može poći od *neuobičajenosti*.

Vezano za poveriočevu najavu, odnosno pretnju u vezi s podnošenjem predloga za pokretanje stečajnog postupka, *neuobičajenost* može da ostane na snazi tokom dugog perioda, tako da sva plaćanja koja poverilac posle ovoga primi podležu pobijanju u skladu sa članom 121 ZS ako su izvršena u periodu od poslednjih 12 meseci. U takvim slučajevima poverilac je dužan da dokaže i obrazloži da u trenutku zaprećenog podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili u nekom kasnijem trenutku u kom je poverilac dobio namirenje od dužnika – kod dužnika više nije postojala krizna situacija i da se na razumljiv način više nije držao ranije zaprećenog podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

Neuobičajenost sledi isključivo iz odnosa činidbi između poverioca i dužnika i ostvarivanja prava poverioca, a ne iz ostalih okvirnih okolnosti koje nemaju neposredan uticaj na namirenje poverioca. Ako, na primer, poverilac zapreti podnošenjem zahteva za krivično gonjenje, onda ta pretnja ne dovodi do *neuobičajenosti* u smislu člana 121 ZS.

U suštini i po pravilu *neuobičajenost* sledi iz faktičkog ostvarivanja prava plaćanja koje odstupa od ugovornih odredbi. Ako neki poverilac koristi neko drugo sredstvo za vršenje pritiska da bi naveo dužnika da plati, kao na primer zakupodavci otkazivanjem zakupa, iz toga ne proističe *neuobičajenost* u smislu člana 121 ZS, ako dužnik potom plati poveriocu, pošto je otkazivanje zakupa usmereno ka tome da se izbegne oštećivanje poverioca (izostanak zakupnine) i nije mu prevashodna namera da zahteva zaostale iznose. Zahtevanje zaostalih plaćanja samo po sebi još ne proizvodi pritisak prinudnog izvršenja; štaviše, pored toga je neophodno da zaostale zakupnine budu priznate u vidu isprava. Ako su one potvrđene u vidu isprava i ako se uz pozivanje na te isprave dužniku preti prinudnim izvršenjem, plaćanja koja poverilac potom prima jesu oboriva u smislu člana 121 ZS, dok u drugim slučajevima nisu.

Stečajni upravnik često već pomoću prijava potraživanja i lista potraživanja poverilaca može da vidi da li su u prošlosti mere zaplene ili mere prinudnog izvršenja dovele do (delimičnog) namirenja poverilaca, pošto se iz pregleda salda vidi u kojim trenucima su poverioci stekli namirenje.

7. Teret dokazivanja i obrazlaganja

Teret dokazivanja i obrazlaganja za ispunjenost svih uslova iz člana 121 ZS po pravilu snosi stečajni upravnik/onaj koji vrši pobijanje pravnih radnji u stečaju. Kad je u pitanju *neuobičajenost*, dovoljno je da stečajni upravnik/onaj koji vrši pobijanje opovrgne tvrdnju na kojoj protivnik pobijanja zasniva svoj zahtev za pokrićem.

Dalje stečajni upravnik – kao podnosilac pobojne tužbe mora i da obrazloži u kom trenutku je poverilac mogao da traži namirenje ili obezbeđenje na osnovu ugovornih ili zakonskih odredbi i u kojoj formi je tu došlo do odstupanja u oborivom slučaju. Izvođenje dokaza se svrsishodno vrši pomoću ugovora koje je dužnik imao sa poveriocem i kojima stečajni upravnik u svojoj funkciji ima neposredan pristup, pošto poslovna dokumentacija dužnika/dužničkog privrednog društva podleže konfiskaciji.

U praksi se (veoma često) događaju slučajevi u kojima poslovna dokumentacija delom ili u potpunosti više ne postoji, tako da u tim slučajevima stečajni upravnik/ onaj koji pobija po pravilu gotovo da i nema mogućnosti da dokaže sve uslove za pobijanja na način da oni budu neosporni pred sudom. Treba u svakom slučaju uputiti na to da poverioci u okviru prijavljivanja potraživanja stečajnom upravniku daju dragocene informacije, na primer kroz pregled salda, iz kojih se vide plaćanja dužnika prema poveriocu, tako da u tim slučajevima posebnu pažnju treba posvetiti toj dokumentaciji.

III. Član 122 ZS (neposredno oštećenje poverilaca)

„Pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika kojim se poverioci neposredno oštećuju može se pobijati ako je:

- 1) preduzet u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, a u vreme zaključenja posla stečajni dužnik je bio nesposoban za plaćanje i ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za njegovu nesposobnost plaćanja;*
- 2) posao zaključen posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, a saugovarač stečajnog dužnika je znao ili je morao znati da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje ili da je stavljen predlog za pokretanje stečajnog postupka;*
- 3) u pitanju preduzimanje ili propuštanje preduzimanja pravne radnje stečajnog dužnika kojom on gubi neko svoje pravo ili zbog koje on to pravo više ne može ostvariti, a radnja je preduzeta ili propuštena u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.*

Smatraće se da je saugovarač znao ili je morao znati za nesposobnost plaćanja stečajnog dužnika ili za predlog za pokretanje stečajnog postupka ako je znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, posebno ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka.

U slučaju iz stava 1 ovog člana shodno se primenjuju odredbe člana 120 st. 3 i 4 ovog zakona.“

1. Uopšteno

Član 122 stav 1 ZS obuhvata sve pravne poslove dužnika koji neposredno oštećuju stečajne poverioce i koji ne spadaju pod činjenična stanja pobijanja prema članovima 120, 121 ZS. Činjenično stanje pobijanja iz člana 122 ZS odnosi se naročito na samo obrazlaganje dugovanja u korist pojedinačnih poverilaca u krizi koja po pravilu nisu izvršena uz odgovarajuću protivčinidbu. Između dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva i protivnika pobijanja stoga nije morao – za razliku od pobijanja prema članovima 120, 121 ZS – da postoji pravni odnos pre preduzimanja oborive pravne radnje. Za razliku od članova 120, 121 ZS, stečajni poverilac koji se dovodi u pogodniji položaj tek preduzimanjem ovog oborivog pravnog posla stupa u pravni odnos sa kasnijim stečajnim dužnikom. U okviru članova 120, 121 radi se nasuprot tome o više (član 120 ZS) ili manje (član 121 ZS) ispravnom izvršenju dugovanja koja su prispela još pre kritičnog perioda. Posredno oštećenje poverilaca nije dovoljno za oborivost prema članu 122 ZS.

Predmet pobijanja prema članu 122 ZS su isključivo oni pravni poslovi koje dužnik, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva samo realizuje, a ne radnje poverilaca (vidi u tom smislu i Četvrti deo „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“). Pritom je važno neposredno oštećivanje poverilaca, kao što sledi iz samog naslova ove odredbe („neposredno oštećenje“).

Član 122 stav 2 ZS definiše olakšanje dokazivanja u tom smislu što se znanje protivnika pobijanja za okolnosti koje su nužno morale da dovedu do pretpostavke o nesposobnosti plaćanja dužnika/dužničkog privrednog društva, odnosno do podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka izjednačava sa znanjem o nesposobnosti plaćanja ili o zahtevu za pokretanje stečajnog postupka.

Član 122 stav 3 ZS predviđa i druga olakšavanja dokazivanja, naročito u odnosu na povezana lica.

2. „pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika“

U skladu sa članom 122 stav 1 ZS oborivi su samo pravni poslovi dužnika, tj. radnje koje se sastoje od najmanje izjave o volji i usmerene su na proizvođenje neke pravne posledice.

Pritom su u središtu ugovori. Tu u obzir dolaze kupovine iznad vrednosti i prodaje ispod vrednosti, kupoprodajni ugovori koji kupcu otvaraju mogućnost prebijanja, davanje ili uzimanje kredita/zajma pod nepovoljnim uslovima, davanje dugoročnih prava, kao na primer kroz odnose zakupa i/ili najma ili ulazak u druga dugoročna obavezivanja, ako je stečajni upravnik vezan za njih posle pokretanja stečajnog postupka u skladu sa članom 94 ZS, preuzimanje jemstava, sklapanje ugovora u korist trećih lica, sklapanje ugovora o zameni/trampi dobara jednake vrednosti, poklonima i drugim raspolaganjem bez naknade od strane stečajnog dužnika.

Član 122 ZS se zato ne odnosi samo na obavezujuće i dispozicione ugovore već i na jedostrane pravne poslove.

I dužnikove jednostrane radnje izvršenja (tj. radnje izvršenja dužničkog privrednog društva) spadaju pod činjenično stanje pobijanja prema članu 122 ZS, ako nisu izvršene stečajnim poveriocima u okviru ugovornih odnosa koji su zasnovani van perioda pobijanja. U tim slučajevima treba imati na umu da pobijanja prema članovima 120, 121 ZS imaju primat nad pobijanjem prema članu 122 ZS sa posledicom da se takvi slučajevi procenjuju isključivo prema članovima 120, 121 ZS, a ne može se kao pomoćno sredstvo iskoristiti provera oborivosti prema članu 122 ZS. Treba imati na umu da pobijanjem u smislu člana 122 ZS mogu da budu obuhvaćeni i oni slučajevi u kojima se izvršavaju

obezbeđenja ili namirenja potraživanja na koja imaju pravo lica koja u pogledu ispunjenog/obezbeđenog potraživanja nisu bila stečajni poverioci.

Članom 122 ZS je načelno obuhvaćeno i ispunjenje relativno ništavog ugovora. Isto važi i za ustupanje potraživanja dužnika/dužničkog privrednog društva trećem licu, ako je to ustupanje izvršeno sa ciljem da se prihod podeli samo između pojedinih, određenih poverilaca.

I jednostrani pravni poslovi mogu da spadaju pod činjenično stanje pobijanja prema članu 122 stav 1 ZS. Tu se ubrajaju, na primer, korišćenje preobražajnih prava, npr. otkazivanje nekog ugovora koji je povoljan za dužnika ili odustanak ili opoziv, dalje davanje saglasnosti sa određenom vrstom iskorišćenja koja oštećuje poverioce.

Ako je dužnik, odnosno dužničko privredno društvo vlasnik poslovnih površina i ako su te poslovne površine pod uslovima povoljnim po dužnika/dužničkog privrednog društva date u zakup trećem licu, a dužnik/dužničko privredno društvo otkaže ovaj ugovor o zakupu na teret buduće stečajne mase bez opravdanog razloga, onda postoji oborivost u smislu člana 122 ZS. To naročito važi ako se posle toga odnos zakupa/iznajmljivanja obnovi na način da uslovi postanu nepovoljniji po dužnikovu imovinu, dakle manje prihoda od davanja u zakup od istog zakupoprimca nego što se prvobitno dugovalo po ugovoru. U tim slučajevima pobijanje prema članu 122 ZS dovodi do povećanja mase, pošto je posledica pobijanja u stečaju da se stečajna masa dovede u stanje u kom bi bila da oboriva pravna radnja (otkazivanje ugovora o zakupu) nije izvršena, te je uz ispunjenost ostalih uslova za pobijanje iz člana 122 ZS protivnik pobijanja i dalje dužan da plaća prvobitno ugovorenu zakupninu.

U ostalom pobijanje prema članu 122 ZS služi u prvom redu za to da se ospore prijave potraživanja u stečaju za onim poveriocima koji su prema članu 122 ZS na oboriv način stekli potraživanja – na primer zasnivanjem oborivih ugovornih odnosa – koja nisu namirena i poverilac ih prijavljuje u stečajnom postupku.

Kao što proističe iz formulacije člana 122 stav 1 ZS – i kao što je već navedeno – u okviru člana 122 ZS, oborivim se proglašavaju isključivo pravni poslovi/radnje dužnika. Činjenje predstavnika dužnika/dužničkog privrednog društva pripisuje se dužniku, odnosno dužničkom privrednom društvu ako predstavnik u trenutku preuzimanja pravnog posla/radnje ima dovoljno ovlašćenja za zastupanje. Ako nije postojalo takvo ovlašćenje za zastupanje, važna je dozvola dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva.

Nije neophodno konačno nastupelo bogaćenje na strani protivnika pobijanja – kao što je inače slučaj u stečajno-pravnom pobijanju. Merodavno je uvek

samo da li u pojedinačnom slučaju jemstveno-pravna dodela dužničke imovine zahteva korekciju u korist zajednice poverilaca, tako da se treba orijentisati prema siromašnju imovine kojom se odgovara.

3. „neposredno oštećenje“

Za razliku od činjeničnih stanja pobijanja iz članova 120, 121 ZS – član 122 ZS zahteva neposredno oštećenje stečajnih poverilaca, kako proističe iz formulacije ove zakonske odredbe. Oštećenje poverilaca je stoga moralo da postoji, odnosno da nastupi još u trenutku preduzimanja (član 127 stav 2 ZS) pravne radnje koja se pobija. Za razliku od činjeničnih stanja pobijanja u kojima je dovoljno posredno oštećenje poverilaca, dakle važno je da li je u nekom kasnijem trenutku nastupilo oštećenje poverilaca, član 122 ZS nužno obraća pažnju na to da je već u trenutku vršenja pravne radnje koja se pobija nastupilo oštećenje poverilaca. Ako u trenutku preduzimanja pravne radnje/radnje koja se pobija prema članu 122 ZS nije bilo oštećenja poverilaca i do njega je došlo tek kasnije, to nije škodljivo i vodi do neoborivosti u smislu člana 122 ZS, što pak ne isključuje razmatranje oborivosti prema nekom drugom činjeničnom stanju pobijanja.

Postojanje neposrednog oštećenja poverilaca se procenjuje isključivo u vezi sa vrednosnim odnosom između konkretnih razmenjenih činidbi. Stoga se može pobiti davanje kredita, ako je od samog početka izvesna bezizglednost pokušaja sanacije, pošto je besmislen svaki kredit koji može jedino da produži „bitku za uništenje“ privrednog društva. Ako se tek kasnije ustanovi besmislenost kreditiranja, to nije dovoljno da se obrazloži pobijanje u smislu člana 122 ZS, jer u tom slučaju nedostaje neophodno neposredno oštećenje u trenutku preduzimanja pravnog posla. Ako dužnik dobije nešto što doduše ne predstavlja protivčinidbu, ali se na drugi način pokaže kao prednost najmanje iste vrednosti, važno je da li je prednost direktno povezana sa žrtvovanjem imovine.

Neposredno oštećenje poverilaca je posledica naročito kupovanja po previsokoj ceni ili prodaje ispod vrednosti. Pitanje da li je nešto kupljeno po previsokoj ceni ili prodato ispod vrednosti rešava se preko uobičajenih tržišnih cena koje se ustanovljuju na objektivan način. U eventualnom procesu pobijanja stečajni upravnik/onaj koji vrši pobijanje stoga mora da obrazloži i dokaže odstupanje od uobičajenih tržišnih cena u trenutku preduzimanja pravnih radnji u konkretnom slučaju, što se vrši tipično pomoću ponuda radi poređenja ili na osnovu ekspertize veštaka.

Član 122 ZS naročito treba da štiti od rizika rasipanja stečajne mase, tako da često usled užurbanosti zbog krize dolazi do nesrazmere između činidbe i

protivčinidbe. Delom dužnici/dužnička privredna društva pokušavaju da još u stadijumu krize zaštite dobra ili prava buduće stečajne mase zasnivanjem dugoročnih ugovora pod povoljnim uslovima, kao na primer sklapanjem ugovora o davanju u zakup/iznajmljivanju objekata dužnika/dužničkog privrednog društva pod povoljnim (za tržište neuobičajenim) cenama. To se radi ili zato što se načelno želi da se da prednost tom ugovornom partneru ili zato što sa tim ugovornim partnerom postoje dodatni dogovori, da se ili te iznajmljene površine/površine date u zakup kasnije prepuste dužniku/dužničkom privrednom društvu ili nekom drugom preduzeću pod istim, povoljnim uslovima, ili pak – a to isto se događa u praksi – zato što je ugovorni partner dužniku/dužničkom privrednom društvu obećao nezvanična, dodatna plaćanja („Kickback“-plaćanja). Pritom treba imati na umu da ove motivacije dužnika/dužničkog privrednog društva u okviru oborivosti prema članu 122 ZS nisu od presudnog značaja, već je isključivo važno da li postoji odnos nesrazmere između činidbe i protivčinidbe. Ako postoji, kao i ako su ispunjeni ostali preduslovi za pobijanje, pobijanje može da se izvrši uspešno u skladu sa članom 122 ZS.

Prava naknade trećih lica, nastala u okviru pokušaja sanacije za usluge ili poslovne nabavke koje su pružene dužniku/dužničkom privrednom društvu, ne oštećuju poverioce samo zato što nastojanja nisu bila uspešna, odnosno što nisu sprečila stečaj. To važi samo u slučajevima, kao što je već pomenuto, u kojima su sva nastojanja oko sanacije od samog početka bila osuđena na neuspeh, a to su učesnici jasno videli. U ostalim slučajevima važi da je objektivna vrednost dugovanih napora zavisila načelno od toga da li su činidbe pružaoca usluge služile za profesionalno, svrsishodno izvršenje posla u vezi s konkretnim stanjima kasnijeg stečajnog dužnika. Pobijanje u skladu sa članom 122 ZS je moguće u okviru pokušaja sanacije vezano za angažovanog pružaoca usluge, ako je honorar koji je sa njim dogovoren bio nesrazmerno visok. Da bi se utvrdilo da li je visina honorara adekvatna, treba se orijentisati prema uobičajenim naknadama za takve usluge. Ako previsok honorar može da se deli, onda u obzir dolazi i delimično pobijanje, čime honorar treba da se smanji na adekvatnu meru.

Neposredno oštećujuće je uzimanje kredita po znatno višoj kamatnoj stopi ili ugovaranje sigurnog založnog prava nad nekretninama sa mogućnošću kamácenja u iznosu koji je znatno veći od datog iznosa kredita.

Načelno važi da neposredno oštećujući pravni posao može da bude oboriv u celini, a ne samo u obimu konkretno prouzrokovanog oštećenja poverilaca. Svođenje salda se po pravilu ne vrši, iako član 122 ZS načelno ne isključuje delimično pobijanje.

4. „preduzet u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“

Pobijanje prema članu 122 ZS odnosi se samo na period od šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Pri tome, kao što je već pomenuto, treba skrenuti pažnju na to da se ovo pobijanje odnosi na one pravne poslove/radnje koje je vršio dužnik i kod kojih obaveze dužnika/dužničkog privrednog društva načelno ne spadaju u oblast primene članova 120, 121 ZS koje imaju u tom smislu potiskujući karakter koji isključuje pobijanje prema članu 122 ZS.

Za obračunavanje roka perioda pobijanja važi član 127 stav 1 ZS. Videti komentare za ovaj član.

5. „ako je stečajni dužnik u to vreme bio nesposoban za plaćanje“

Kao i kod većine drugih činjeničnih stanja pobijanja u stečaju, u trenutku oborive pravne radnje mora da je nastupila nesposobnost plaćanja dužnika/dužničkog privrednog društva. U vezi sa zahtevom za dokazivanje nesposobnosti plaćanja i/ili prezaduženosti koje vrši stečajni upravnik, upućujemo na gornje navode (v. Sedmi deo, I., 6. „stečajni dužnik je u vreme kad su preduzeti bio nesposoban za plaćanje“).

6. „a saugovarač je znao za nesposobnost plaćanja“

Pobijanje na osnovu člana 122 ZS – uz ispunjenost ostalih uslova – po pravilu dolazi u obzir samo onda ako je radnja preduzeta u krizi, a protivnik pobijanja je imao saznanja o nesposobnosti plaćanja/prezaduženosti dužnika/dužničkog privrednog društva.

Saznanje o nesposobnosti plaćanja postoji već i ako je protivnik pobijanja laički mogao da likvidnost ili ponašanje u plaćanju dužničkog privrednog društva/dužnika oceni kao insolventno. Za to je dovoljno da protivnik pobijanja iz činjenica koje su mu poznate i dužnikovog ponašanja uz uobičajen način posmatranja sam izvede zaključak da dužnik, odnosno dužničko privredno društvo neće moći da otplati bitne delove svog dospelog i stvarno zahtevanog dugovanja.

U najmanjem broju slučajeva stečajni upravnik će moći pozitivno da dokaže da je protivnik pobijanja znao za nesposobnost plaćanja/prezaduženost dužnika/dužničkog privrednog društva, pošto se u tom smislu radi o subjektivnim činjenicama koje su veoma teške za dokazivanje. Po pravilu će zato u okviru pobijanja prema članu 122 ZS stečajni upravnik iskoristiti olakšano dokazivanje iz člana 122 stav 2 ZS.⁹⁾

9) V. s tim u vezi dole pod 11. „smatraće se da je saugovarač znao ili je morao znati za nesposobnost plaćanja stečajnog dužnika ili za predlog za pokretanje stečajnog postupka ako je znao za okolnosti iz

7. „posao je zaključen posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“

Član 122 stav 1 tačka 2 ZS vremenski širi oblast primene člana 122 ZS u smislu obuhvatanja pravnih radnji/radnji koje su izvršene ili okončane posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. U ostalom je i u okviru pobijanja prema članu 122 stav 1 tačka 2 ZS neophodno neposredno oštećenje poverilaca.

8. „saugovarač stečajnog dužnika je znao ili je morao znati da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje ili da je stavljen predlog za pokretanje stečajnog postupka“

Pobijanje radnji/pravnih radnji koje su preduzete ili okončane posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka može biti uspešno samo ako je protivnik pobijanja znao za nesposobnost plaćanja/prezaduženost dužnika/dužničkog privrednog društva. S tim u vezi upućujemo na ranije navode. Sa tim se izjednačava pozitivno saznanje protivnika pobijanja o podnošenju predloga dužnika (dužničkog privrednog društva) za pokretanje stečajnog postupka. I s tim u vezi važi olakšavanje dokazivanja prema članu 122 stav 2 ZS.

9. „preduzimanje ili propuštanje preduzimanja pravne radnje stečajnog dužnika kojom on gubi neko svoje pravo ili zbog koje on to pravo više ne može ostvariti“

Član 122 stav 1 tačka 3 ZS čini samostalno činjenično stanje dopune pobijanja prema članovima 120, 121, 122 stav 1, tačka 1/2 ZS i pokriva sve pravne radnje/radnje koje vrši dužnik, ako nisu oborive prema ranije navedenim odredbama. Time treba da se popune pravne praznine u odredbama, koje naročito nastaju kod pobijanja propuštanja dužnika/dužničkog privrednog društva koje može da dovede do oštećenja poverilaca. Zakonodavac odredbom člana 122 stav 1 tačka 3 ZS razjašnjava da takva propuštanja treba da budu oboriva ne samo po striktno subjektivnim preduslovima za pobijanje zbog namernog oštećivanja prema članu 123 ZS ili čestog nepostojanja objektivnih uslova za pobijanje prema članu 124 ZS.

U (pravne) posledice radnji (gubitak prava, itd.) obuhvaćene članom 122 stav 1 tačka 3 ZS ubrajaju se samo one koje su nastupile neposredno usled

kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, posebno ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka“.

pravne radnje/radnje dužnika. Stoga nije dovoljno da neki poverilac na osnovu pravne radnje dužnika na opravdan način koristi mogućnost promene ugovora i stoga nastupi posledica navedena u članu 122 stav 1 tačka 3 ZS. U slučaju primene člana 122 stav 1 tačka 3 ZS naročito se ubraja propuštanje dužnika da iskoristi pravno sredstvo ili pravni lek, usled čega se gubi sudski postupak koji je u toku sa dobrim izgledima, ili propuštanje preduzimanja mere koja prekida zastarevanje sa posledicom da on više ne može da ostvari pravo koje je mogao ostvariti ali je sad zastarelo. Čak i slučajevi u kojima se izuzetno prećutno zaključuje ugovor spadaju u oblast primene člana 122 stav 1 tačka 3 ZS ako su ispunjeni ostali preduslovi.

Za razliku od pobijanja prema članu 122 stav 1 tačka 1 i 2 ZS, u slučaju člana 122 stav 1 tačka 3 ZS neposredno oštećenje poverilaca – kako proističe iz formulacije zakona – po zakonu ne dokazuje stečajni upravnik/onaj koji pobija; sam zakon ga pretpostavlja. Time je dovoljno i posredno oštećenje poverilaca. Zato se prilikom primene člana 122 stav 1 tačka 3 ZS postojanje neposrednog oštećenja poverilaca pretpostavlja ukoliko su ispunjeni objektivni uslovi previđeni ovom tačkom. Stečajni upravnik treba da dokaže da je preduzeta ili propuštena pravna radnja kojom je dužnik izgubio neko svoje pravo ili zbog koje on to pravo više ne može da ostvari – preduzeta ili propuštena u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Teret dokazivanja za suprotno je na protivniku pobijanja.

10. „a radnja je preduzeta ili propuštena u poslednjih šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka“

I u okviru pobijanja na osnovu člana 122 stav 1 tačka 3 ZS, pobijanje je vremenski ograničeno na period od šest meseci pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka (član 127 stav 1 ZS), pri čemu zakon – za razliku od pobijanja prema članu 122 stav 1 tačka 1 i 2 ZS – za pobijanje ne pretpostavlja saznanje protivnika pobijanja o nesposobnosti plaćanja/prezaduženosti dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva, te ga tako vezuje samo za objektivne kriterijume.

11. „smatraće se da je saugovarač znao ili je morao znati za nesposobnost plaćanja stečajnog dužnika ili za predlog za pokretanje stečajnog postupka ako je znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, posebno ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka“

Načelno, stečajni upravnik/onaj koji pobija mora da izvodi dokaze u vezi sa svim elementima činjeničnog stanja prema članu 122 stav 1 ZS. Član 122 stav 2 ZS definiše važno olakšanje u dokazivanju za stečajnog upravnika/onoga koji pobija u smislu što se pretpostavlja znanje protivnika pobijanja o nesposobnosti plaćanja/prezaduženosti ili o stavljanju predloga za pokretanje stečajnog postupka, ako je protivnik pobijanja znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, odnosno da je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka. Stečajni upravnik/onaj koji pobija stoga samo mora da dokaže – ako se poziva na olakšano dokazivanje iz člana 122 stav 2 ZS – da je protivnik pobijanja znao za okolnosti iz kojih uz pravilnu pravnu procenu nesumnjivo proističe nesposobnost plaćanja dužnika/dužničkog privrednog društva. Vezano za ove okolnosti stečajni upravnik/onaj koji pobija pak mora da obrazloži i dokaže pozitivno saznanje o tim okolnostima. Ako stečajnom upravniku/onom ko pobija pođe za rukom da dokaže pozitivno saznanje protivnika pobijanja o stvarnim okolnostima koje uz odgovarajuću pravnu procenu navode na zaključak o nesposobnosti plaćanja dužnika/dužničkog privrednog društva, isključuje se prigovor protivnika pobijanja da iz tih okolnosti nije izveo zaključak da je kod dužnika/dužničkog privrednog društva trebalo da se pretpostavi da je nesposoban za plaćanje. U tom smislu protivnik pobijanja snosi štetu za pogrešnu procenu koju je sam izvršio. Merodavno je da li bi nepristrastan poverilac sa prosečnim poslovnim iskustvom na osnovu gore navedenih činjenica bez ozbiljne sumnje smatrao da je dužnik/dužničko privredno društvo nesposoban za plaćanje/prezadužen. Ako je tako, onda protivnika pobijanja u skladu sa ovim objektivnim merilom nesporno treba tretirati tako kao da je i sam znao za nesposobnost plaćanja.

Takve stvarne okolnosti postoje ako je poverilac pre ili prilikom primanja osporene činidbe/plaćanja uzaludno zahtevao ostvarivanje svojih nespornih prava, ako ona jesu bila srazmerno visoka i ako on nije imao utemeljenih osnova da pretpostavi da dužnik raspolaže sa dovoljno likvidnih novčanih sredstava da bi bio u stanju da namiri potraživanje u potpunosti u roku.

Pritom je dovoljno da nastala nesposobnost plaćanja na osnovu okolnosti bude izražena prema onom poveriocu koji je protivnik pobijanja.

Shodno najnovijoj izmeni u članu 120 stav 3 ZS i u članu 122 stav 2 ZS, u okvirima na tom mestu regulisanih olakšavajućih okolnosti dokazivanja u tekst zakona uneta je još jedna dodatna okolnost, a to je da je posebno potrebno pretpostaviti da je poverilac imao saznanje o pretećoj nesposobnosti plaćanja dužnika ako su računi dužnika bez prekida u trajanju od 30 dana blokirani, odnosno bili blokirani.

Kod ove najnovije dopune od strane zakonodavca reč je o propisu kojim se narušava sistematičnost, s obzirom na to da se članom 122 stav 2 ZS načelno regulišu olakšavajuće okolnosti dokazivanja u pogledu subjektivnih elemenata (saznanje ili pretpostavka saznanja), dok se novoumetnuti deo rečenice „posebno ako je račun dužnika bio u neprekidnoj blokadi u trajanju od najmanje 30 dana“ nadovezuje na objektivne elemente. Polazi se od toga da će ova dopuna u članu 122 stav 2 ZS biti samo od podređenog značaja u praksi s obzirom na to da protivnik pobijanja po pravilu neće imati pozitivno saznanje o blokadi računa dužnika u trajanju od 30 dana. Na osnovu dužnikovog neplaćanja u trajanju od 30 dana ne može se nužno zaključiti da je račun blokiran u smislu člana 122 stav 2 ZS, tako da se ubuduće od ovog novog propisa ne može očekivati veća relevantnost u praksi ukoliko se podatak javno ne objavljuje.

Obično se nastupela nesposobnost plaćanja pokazuje i tako što su sprovedene mere prinudnog izvršenja pre pobijene pravne radnje/radnje protekle bezuspešno. Isto važi i za slučajeve u kojima je dužnik upozorio poverioce da zaprećene mere prinudnog izvršenja neće dovesti do namirenja. U vezi s ostalim slučajevima upućujemo na navode u komentaru u vezi sa članom 120 ZS.

12. „u slučaju iz stava 1 ovog člana shodno se primenjuju odredbe člana 120 (stav 3 i 4) ovog zakona“

Član 122 stav 3 ZS sadrži dodatna olakšanja dokazivanja za pobijanje na osnovu člana 122 stav 1 ZS. Kod lica koje je u trenutku pravne radnje/radnje bilo povezano sa dužnikom u smislu člana 125 ZS zakonski se izričito pretpostavlja znanje o nesposobnosti plaćanja, odnosno o predlogu za pokretanje stečajnog postupka. Ovo olakšanje dokazivanja je opravdano u pogledu toga što taj krug lica ima posebne mogućnosti informisanja o ekonomskoj situaciji dužnika/dužničkog privrednog društva. Ovo olakšanje dokazivanja ne vodi do neosporive pretpostavke. Štaviše, dovodi samo do obrnutog tereta dokazivanja sa posledicom da povezano lice u smislu člana 125 ZS u slučaju da je ono protivnik pobijanja u okviru pobijanja prema članu 122 ZS ima mogućnost da u skladu sa članom 122 stav 3 ZS dokaže da nije znalo ni za nesposobnost plaćanja/prezaduženost niti za predlog za pokretanje stečajnog postupka. Ovaj dokaz uzet sam po sebi ipak nije dovoljan, pošto u tom smislu takođe treba u obzir uzeti olakšano dokazivanje člana 122 stav 2 ZS sa posledicom da bi povezano lice u smislu člana 125 ZS moralo i da dokaže da nije znalo ni za okolnosti koje nužno upućuju na nesposobnost plaćanja/prezaduženost ni za predlog za pokretanje stečajnog postupka.

I u procesu pobijanja koji se oslanja na član 122 ZS sud mora da izvrši slobodno vrednovanje dokaza o tome da li su po njegovom shvatanju ispunjeni

preduslovi za činjenično stanje pobijanja. Nezavisno od objektivnih elemenata činjeničnog stanja, to će posebno biti relevantno kod subjektivnih elemenata, u vezi s kojima sud podnete dokaze i indicije mora slobodno da vrednuje. To se sudu olakšava pre svega preko olakšanog dokazivanja prema članu 122 stav 2 i 3 ZS.

IV. Član 123 ZS (Namerno oštećenje poverilaca)

„Pravni posao odnosno pravna radnja zaključeni odnosno preduzeti u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili posle toga, sa namerom oštećenja jednog ili više poverilaca mogu se pobijati ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za nameru stečajnog dužnika. Znanje namere se pretpostavlja ako je saugovarač stečajnog dužnika znao da stečajnom dužniku preti nesposobnost plaćanja i da se radnjom oštećuju poverioci.

Obezbeđenje koje je stečajni dužnik dao za zajam, odnosno druge pravne radnje koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova, licu povezanom sa stečajnim dužnikom, u smislu ovog zakona, osim lica koja se u okviru svoje redovne delatnosti bavi davanjem kredita ili zajmova, u trenutku kada je bilo trajnije nesposobno za plaćanje u smislu ovog zakona ili u roku od godinu dana pre dana otvaranja stečajnog postupanja nad društvom, ne proizvodi pravno dejstvo u postupku stečaja nad društvom.

Ako je stečajni dužnik u poslednjoj godini pre otvaranja stečaja vratio kredit ili zajam licu povezanom sa stečajnim dužnikom u smislu ovog zakona, osim licu koje se u okviru svoje redovne delatnosti bavi davanjem kredita, smatraće se da je izvršio radnju namernog oštećenja poverilaca koja je podobna za pobijanje.“

1. Uopšteno

Član 123 ZS zaslužuje posebnu pažnju utoliko što je rok za pobijanje pet godina i u tom smislu u poređenju sa članom 120 i narednim članovima Zakona o stečaju predviđen kao veoma dug rok za pobijanje. Iako je član 123 ZS sistematski stavljen posle člana 120 i narednih članova ZS, reč je o jednom od uopšteno najvažnijih i najefikasnijih propisa o pobijanju specifičnih za stečaj.

Redovni slučaj pobijanja na osnovu namernog oštećenja normiran je prvom rečenicom člana 123 ZS, a ukoliko se ispune određeni dalji objektivni uslovi, primenjuje se načelo prenosa tereta dokazivanja sa tužioca na tuženog.

Član 123 ZS je usled vremenskog opsega njegove primene – pored propisa iz člana 124 ZS – „najmoćniji“ od pravnih propisa o stečaju u Srbiji i na osnovu njega se stečajni upravnik, ukoliko (ovaj propis) pravilno primeni, dovodi u situaciju da u interesu zajednice poverilaca znatno uveća stečajnu masu. Nasuprot delu teksta prema kome se pred stečajnog upravnika postavljaju visoke prepreke prilikom izvođenja dokaza, stečajni upravnik će u velikom broju slučajeva na osnovu indicija ili sporednih okolnosti, koje je u stanju da dokaže, moći da primeni institut pobijanja u smislu člana 123 ZS i da uspešno uveća stečajnu masu kojom upravlja.

2. „pravni posao odnosno pravna radnja“

I u okviru pobijanja zbog *namere oštećenja poverilaca* (član 123 ZS), pojmovi „pravni posao odnosno pravna radnja“ treba da se shvate u najširem smislu. Izraz „pravni posao odnosno pravna radnja“ iz člana 123 ZS utoliko je istovetan sa izrazom „pravni poslovi i druge pravne radnje“ iz člana 119 ZS, tako da možemo uputiti na odgovarajući komentar o tom članu, uz ograničenje da jedino radnje, odnosno pravne radnje dužnika, ali ne i radnje nekog poverioca, mogu da se pobijaju. Na ovom mestu se dodatno ukazuje na Četvrti deo „Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika“, pri čemu član 123 ZS i sam vezuje mogućnost pobijanja za pravnu radnju dužnika.

3. „zaključeni odnosno preduzeti“

Kao što proističe iz formulacije „*zaključeni odnosno preduzeti*“, nije od značaja na koji način je dužnik odnosno dužničko privredno društvo preduzeo/ preduzelo pobojnu pravnu radnju. Kao što proističe iz celokupnog konteksta prve rečenice člana 123 i naslova ove odredbe („*namerno oštećenje poverilaca*“), mogu se pobijati samo – kao što je istaknuto na prethodnom mestu – takve radnje/pravne radnje koje se temelje na radnjama dužnika a ne i takve koje se evidentiraju sa treće strane (strane poverilaca). To sledi još na osnovu okolnosti što zakon u članu 123 rečenica 1 ZS pretpostavlja oštećenje poverilaca od strane dužnika.

Član 123 ZS time obuhvata pravne radnje bilo koje vrste ako ih preduzme dužnik. Sa time su, međutim, izjednačene i radnje zamenika odnosno posrednika dužnika/dužničkog privrednog društva koji je dobio odgovarajuće instrukcije, ako dužniku odnosno dužničkom privrednom društvu na osnovu opštih pravnih načela može da se pripiše radnja zamenika ili posrednika kao sopstvena radnja. Ako, na primer, dužnik navede (trećeg) izvršnog dužnika da

neposredno izvrši plaćanje prema poveriocu i ako postoje ostala obeležja ovog elementa za pobijanje – može da se razmotri primena pobijanja namerne radnje u smislu člana 123 ZS, pošto je u tom smislu dužnik, odnosno dužničko privredno društvo iniciralo odnosno podstaklo tu radnju/pravnu radnju.

Radnje/pravne radnje trećih lica ili poverilaca po zakonu načelno nisu pobojne u smislu člana 123 ZS, osim u slučaju da je dužnik u značajnoj meri učestvovao u radnji/pravnoj radnji. Kvalifikacija da li je neku pravnu radnju/pravnu radnju sproveo dužnik odnosno da li ju je sproveo dužničko privredno društvo, određuje se na osnovu kriterijuma da li je poverilac radnju/pravnu radnju preduzeo sam. Ako jeste, ne može da se primeni pobijanje u smislu člana 123 ZS.

Ako je međutim dužnik, odnosno dužničko privredno društvo u ekonomskom smislu učestvovao/učestvovalo u pravnoj radnji/radnji odnosno namirivanju poverioca, odnosno ako je u znatnoj meri u njoj učestvovao/učestvovalo ili istu ishodovao/ishodovalo, otvoren je i domen primene člana 123 ZS, pa je potrebno proveriti da li može da se primeni pobijanje, odnosno da li su ispunjeni i ostali elementi u tom smislu. Merodavno je pri tome učešće dužnika u konačno ostvarenom namirenju poverioca. Ako je poverilac na osnovu mere prinudnog izvršenja ostvario namirenje izvan ostalih pobojskih rokova, kod mere prinudnog izvršenja nedostaje učešće dužnika odnosno dužničkog privrednog društva, tako da nije moguće pobijati ovu radnju po osnovu člana 123 ZS. Međutim, s druge strane, u tom smislu je potrebno precizno proveriti da li je dužnik, odnosno dužničko privredno društvo eventualno ipak doprineo/doprinelo namirivanju dužnika/dužničkog privrednog društva: Ako je, na primer, stečajni poverilac zaplenio račun dužnika/dužničkog privrednog društva, ali u trenutku mere zaplene na računu nije bilo sredstava koja su mogla da se zaplene, a dužnik je u periodu posle toga putem ispostavljanja računa u odnosu na treće (svoje) dužnike doprineo da se zapljenjeni račun ponovo popuni, tako da poverilac (makar delimično) naposljetku može da se namiri iz zaplene računa. U tom slučaju, ovde (ispostavljanje računa i naloga za plaćanje prema trećim izvršnim dužnicima) postoji pravna radnja/radnja dužnika, pošto ne bi došlo do namirenja poverioca koji vrši zaplenu kada dužnik/dužničko privredno društvo ne bi ispostavilo odgovarajuće račune. Isto tako, dužnik/dužničko privredno društvo je imao/imalo mogućnost i da zahteva isplatu u gotovini, sa posledicom da poverilac koji pleni račun dužnika ne bi bio namiren. Ispostavljanje računa i sa time povezan zahtev dužnika/dužničkog privrednog društva da se izvrše uplate na zapljenjeni račun stoga mogu da se pripisuju dužniku/dužničkom privrednom društvu, tako da se otvara oblast primene člana 123 ZS.

Kao što je već navedeno, u okviru proveravanja poboynih pravnih radnji u smislu člana 123 ZS, potrebna je egzaktna provera da li radnje/pravne radnje mogu da se podvrgnu merama pobijanja u okviru stečaja. Kako je već navedeno, mere prinudnog izvršenja poverilaca u načelu ne podležu pobijanju u smislu člana 123 ZS. Drugačije rešenje se predviđa samo u slučaju kada radnje/pravne radnje dužnika/dužničkog privrednog društva doprinose mogućnosti pobijanja, u slučaju da, na primer, dužnik aktivno podstiče uslove za primenu izvršnih radnji ili voljno doprinosi njihovom stvaranju, tako što, recimo, pojedinim poveriocima uskraćuje predmete koji bi mogli da se zaplene, kako bi ih čuvao spremne za nekog drugog poverioca. Ili ako prilikom postupka za dobijanje isprave protiv poverioca, njemu svesno pruža pomoć putem neulaganja pravnog leka sa izgledom na uspeh, propuštanja ročišta, priznavanja ili podvrgavanja izvršenju itd.

Ako dužnik, odnosno dužničko privredno društvo pod pritiskom ili s ciljem izbegavanja priprećenog prinudnog izvršenja ispuni svoje obaveze, onda je reč o radnji dužnika/dužničkog privrednog društva ako pri tome dužnik, odnosno dužničko privredno društvo i dalje ima mogućnost da odluči da li će izvršiti ili odbiti traženu radnju. Ako je postupak izvršenja najavljen, ali još nije pokrenut, i ako dužnik, odnosno dužničko privredno društvo ispuni svoju obavezu prema poveriocu, onda radnja ispunjenja obaveze isključivo zavisi od volje dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva, tako da ova radnja u smislu člana 123 ZS može da se pobija – ako su ispunjeni ostali uslovi. Drugačije rešenje je predviđeno u slučaju da je postupak izvršenja već toliko uznapredovao da dužnik, odnosno dužničko privredno društvo više nema mogućnost da sam/samo određuje svoje postupke i kada se direktno primenjuju mere izvršenja a da dužnik, odnosno dužničko privredno društvo tome ne može da se suprotstavi.

Ako je, međutim, prinudno izvršenje sprovedeno nad dužnikom odnosno dužničkim privrednim društvom bez uspeha, i ako u periodu posle toga poverilac i dužnik zaključe sporazum o plaćanju u ratama, koje (makar delimično) servisira dužnik, odnosno dužničko privredno društvo – plaćanje rata je rezultat dužnikove radnje, pošto je prethodno prinudno izvršenje bilo bezuspešno. Isto tako, reč je o dužnikovoj radnji onda kada se zapleni pravo dužnika na zajam – na primer iz redovnog kredita ili dispozicionog kredita, a dužnik potom vrši isplate odnosno doznake prema poveriocima sredstvima iz takve pozajmice, pošto je opozivanje pozajmice striktno lične prirode i u tom slučaju poveriocu bi ubuduće bio onemogućen pristup odgovarajućim sredstvima zajma.

4. „u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili posle toga“

Kao što je gore već navedeno, pobijanje u smislu člana 123 ZS ima poseban značaj pošto je rok za pobijanje od pet godina veoma dug i u tom smislu stečajni upravnik/lice koje pobija radnje može da ograniči dejstvo pravne radnje/radnje koje su vremenski dosta udaljene, kako bi uvećao stečajnu masu. Određivanje roka ovde se vrši prema članu 127 ZS.

5. „oštećenja jednog ili više poverilaca“

Trebalo bi da je pravna radnja/radnja/nečinjenje – kao što sledi još iz člana 119 ZS, dovela/dovelo do oštećenja poverioca; pri čemu je dovoljno i da je to oštećenje posredno. Posredno oštećenje poverilaca se pretpostavlja onda kada doduše merodavna pravna radnja/radnja/nečinjenje sama/samo po sebi još ne uzrokuje posledice po stečajnog poverioca, ali (ipak) predstavlja osnov za dalji tok stvari koji će imati nepovoljne posledice po poverioca. Pri tome nije neophodno da su dalji uzroci koji slede pored toga i sami bili posledica pobjone pravne radnje.

6. „sa namerom“

Neophodna namera oštećenja poverioca od strane dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva je data ako je on/ono prilikom preduzimanja pravne radnje/radnje/nečinjenja zarad uspeha svoje radnje uopšteno želeo/želelo da ošteti poverioca ili ako je (to oštećenje) prepoznao/prepoznalo i odobrio/odobrilo kao verovatnu posledicu. Isto važi i za eventualna nečinjenja koja se mogu pobijati po osnovu člana 123 ZS.

Namera zamenika ili nekog drugog pomoćnika koji preduzima neku radnju za dužnika, odnosno za dužničko privredno društvo pripisuje se dužniku. Ako zastupnik preduzima radnju po nalogu dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva, ta radnja se u svakom slučaju pripisuje dužniku, odnosno dužničkom privrednom društvu. Ako je dužnik, na primer, pravno lice, smatraće se da je ono preduzelo pravnu radnju oštećenja poverilaca ukoliko je član jednočlanog društva zastupničkom organu naložio da preduzme odnosnu pravnu radnju i pri tome ovu radnju preduzeo sa namerom da ošteti poverioce. Ako u ime dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva deluje nekoliko lica zajedno, na primer direktori ili članovi upravnog odbora dužničkog privrednog društva, dovoljno je da je jedno lice od njih preduzelo radnju sa namerom oštećenja poverilaca.

Namera oštećenja poverilaca mora da se protumači kao eventualna namera, tj. ne kao namera u užem smislu (umišljaj). Zapravo, dovoljna je i uslovna namera (eventualna namera). Takva uslovna namera (eventualna namera) postoji ako dužnik prilikom preduzimanja pobjodne pravne radnje ima svest o tome da bi njegova radnja mogla da ide na štetu poverilaca u celini i ako te posledice prihvati odobravajući ih kao neophodne sporedne efekte. Isto važi i u slučaju da je dužnik, odnosno dužničko privredno društvo sa odobravanjem prihvatio/prihvatilo taj sporedni efekat kao neizbežan sporedni efekat zarad neke druge prednosti kojoj je težio/težilo.

U vezi sa namerom oštećenja poverilaca dužnik odnosno dužničko privredno društvo, odnosno eventualni zamenici, ne moraju u potpunosti da shvataju činjenični kontekst. Dovoljno je ako je/su dužnik/dužničko privredno društvo/pomoćnici uglavnom prepoznali da će doći do oštećenja poverilaca u ekonomskom smislu i da su to prihvatili.

Od toga se uvek polazi onda, i to je veoma značajno u praktičnom smislu, kada je dužnik upoznat sa svojom – pa makar i samo pretećom – nesposobnošću plaćanja. Ako dužnik, odnosno dužničko privredno društvo i/ili njegov/njihov zamenik zna za preteću nesposobnost plaćanja i ako dužnik/dužničko privredno društvo ili njihov zamenik preduzimaju pravne radnje koje dovode do umanjenja stečajne mase, onda je dužnik/dužničko privredno društvo/organ koji ih zastupa po pravilu i svestan da će doći do oštećenja poverilaca, i to u pogledu ostalih poverilaca. Jer ako postoji preteća nesposobnost plaćanja, onda dužnik/dužničko privredno društvo, odnosno zamenik znaju da verovatno više neće moći da se izmire sva postojeća potraživanja u odnosu na poverioce, pa prema tome da pravna radnja/radnja koja vodi do namirivanja jednog poverioca nužno mora da dovede do oštećenja ostalih (stečajnih) poverilaca. Pri tome nije od značaja da li dužnik /dužničko privredno društvo /organ koji zastupa društvo donosi tačnu pravnu ocenu situacije, već je dovoljno da dužnik/dužničko privredno društvo, odnosno njihov zamenik prepozna ili može da prepozna da ne mogu da se namire svi poverioci. U toj spoznaji se ujedno krije i odobravanje i prihvatanje oštećenja ostalih poverilaca.

Takođe nije od presudnog značaja ni da li je oštećenje poverilaca osnovni motiv ili primarni cilj dužnikove radnje ili da li će možda nastupiti upravo onaj vid oštećenja poverilaca koji je dužnik priželjkivao. Isto tako nije presudno ni da li je dužnik preduzeo radnju na nelojalan način ili nije, kao što nije neophodno ni da je došlo do nelojalne zajedničke radnje dužnika i protivnika pobijanja. U tom smislu, merodavno je jedno objektivno merilo, kod koga je važno imati na umu da li je dužnik/dužničko privredno društvo /zastupnički organ mogao da prepozna da se oštećuju poverioci. Ako je dužnik/dužničko privred-

no društvo /zastupnik mogao da donese (apstraktan) zaključak o tome, onda se u tome ujedno krije i odobravanje i prihvatanje u slučaju preduzimanja radnje oštećenja poverilaca.

Nije neophodno ni da dužnik/dužničko privredno društvo /organ koji ga zastupa ima konkretnu predstavu o oštećenom poveriocu ili oštećenim poveriocima. U tom smislu je dovoljno da je namera oštećenja usmerena protiv neodređenih, budućih stečajnih poverilaca. Iz tog razloga, u smislu člana 123 ZS pobijanje je moguće i onda kada dužnik u trenutku predmetne pravne radnje/radnje još nije imao poverioce, mada je bilo predvidivo da će kasnije postojati takvi poverioci, koji – na osnovu pobojne pravne radnje – neće biti privilegovani.

Namera da se oštete poverioci, za razliku od toga, ne pretpostavlja se ako je dužnik/dužničko preduzeće/organ koji ih zastupa na osnovu konkretne predstave o okolnostima bio uveren da će u dogledno vreme moći da namiri sve stečajne poverioce u primerenom roku. U odgovarajućem pobojnem postupku to bi, međutim, u pojedinostima moralo da se prikaže i dokaže. Puka nada ili apstraktni zaključci nisu dovoljni. Zapravo je potrebno konkretno i prikazati da su u trenutku radnje/pravne radnje dužnik/dužničko privredno društvo /njihov zastupnik mogli ili morali da pođu od toga da svi stečajni poverioci mogu da se namire. U tom smislu, moguće je da dužnik nema svest o oštećenju poverilaca ako proda svoje privredno društvo sa željom i u čvrstom uverenju da od prihoda od prodaje može da namiri sve poverioce. Za razliku od toga, međutim, ne može se isključiti namera oštećenja poverilaca ako je poverilac uveren ili je bio uveren da je njegova aktiva u celini veća od pasive, pošto su bitne jedino te vrednosti, koje u dogledno vreme mogu ili su mogle da se pretvore u platno sredstvo. Nada da će se parametri poslovanja, odnosno situacija u pogledu priliva ubuduće popraviti ni u kom slučaju nije dovoljna kao razlog da se ne pođe od namere oštećenja poverilaca, osim u slučaju da ova nada može da se dokaže odgovarajućim kalkulacijama (planski proračuni itd.).

U okviru pobijanja u smislu člana 123 ZS treba imati na umu da namera oštećenja može da se pretpostavi kako kod nekongruentnih (*neuobičajeno namirenje*) tako i kod kongruentnih pokrića (*uobičajeno namirenje*).

Međutim, nastojanja da se sprovede sanacija od strane dužnika/dužničkog privrednog društva, koja na kraju ipak nisu dovela do uspeha, mogu da dovedu do isključenja namere oštećenja poverilaca, na primer u slučaju da je pokušaj sanacije po prirodi stvari bio riskantan, ali ako je kod takvih pokušaja sanacije dužniku, odnosno direktorima privrednog društva dužnika na prvom mestu stajalo opstanak privrednog društva i ako na osnovu planskog obračuna koji pokriva period pokušaja da se sprovede sanacija privrednog društva može

da se dokaže da su dužnik, odnosno direktor(i) dužnika mogli da pođu od toga da će ovi pokušaji da se privredno društvo sanira na kraju biti uspešni. U tom smislu treba proveriti da li je postojala održiva osnova za pretpostavke dužnika, odnosno uprave dužničkog privrednog društva. Uglavnom će biti potrebno i da se traži povezano logičan i na konkretan slučaj usmeren koncept sanacije čije sprovođenje je već pokrenuto, pošto je samo u datom slučaju dužnik, odnosno uprava dužnika mogao/mogla da ima opravdanu pretpostavku da će dužničko privredno društvo sa dovoljnom verovatnoćom moći da se izvede iz krize a da pritom poverioci ne budu oštećeni. U takvim slučajevima je potrebno ispitati da li je zaista postojao logički strukturisan i na realnim brojčanim podacima utemeljen koncept sanacije. U praksi se često događa da dužnik, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva polazi od nerealnih pretpostavki, a da pri tome ne mogu da se predoče planski proračuni i koncepti sanacije. Programska načela i namere u tom smislu ne ispunjavaju elemente koncepta sanacije na osnovu koga bi iz radnji dužnika, odnosno rukovodstva dužnika mogla da se isključi namera oštećenja poverilaca u gore izloženom smislu. Ako nije ni sačinjen koncept sanacije niti pokrenut pokušaj sanacije, obrnutim zaključkom po pravilu valja utvrditi da dužnik, odnosno rukovodstvo dužnika ni sam/samo nije ozbiljno shvatio(1) o sanaciju – sa posledicom da će se po pravilu smatrati da je postojala namera oštećenja poverilaca.

U pogledu rokova treba imati na umu da je u vezi sa namerom oštećenja poverilaca merodavan isključivo trenutak preduzimanja radnje/pravne radnje.

7. „ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za nameru stečajnog dužnika“

Saugovarač stečajnog dužnika je u trenutku preduzimanja pravne radnje morao da ima saznanje o nameri oštećenja dužnika. Međutim, nije neophodno i da je saugovarač i sam imao nameru da ošteti poverioce, tako da i pasivne radnje saugovarača mogu da se podvrgnu pobijanju u smislu člana 123 ZS, ako je, na primer, saugovarač stečajnog dužnika znao za nameru dužnika da ošteti poverioce, i pritom je samo prihvatio pobijenu činidbu.

8. „Znanje namere se pretpostavlja ako je saugovarač stečajnog dužnika znao da stečajnom dužniku pretila nesposobnost plaćanja i da se radnjom oštećuju poverioci“

U skladu sa članom 123 rečenica 2 ZS pretpostavlja se da je protivnik pobijanja stečajnog dužnika znao za nameru oštećenja poverilaca ako je znao da je dužniku, odnosno dužničkom privrednom društvu pretila nesposobnost pla-

ćanja i da data radnja/pravna radnja/nečinjenje dovodi do oštećenja stečajnih poverilaca. U tom slučaju, na osnovu činjenice da je protivnik pobijanja poznao okolnosti, koje nužno navode na zaključak o makar pretećoj nesposobnosti plaćanja, svakako može da se zaključi da je postojalo saznanje o pretećoj nesposobnosti plaćanja kao takvoj i o oštećenju poverilaca. Ovi uslovi mogu da budu ispunjeni još u slučaju kada dužnik, odnosno dužničko privredno društvo tokom dužeg perioda konstantno u velikom delu nije izmirivao/izmirivalo obaveze prema kasnijem protivniku pobijanja, a kasnijem protivniku pobijanja pod datim uslovima mora da je bilo jasno da postoje, ili da mora da postoje, i ostali poverioci, čija potraživanja nisu namirena. Kod dužnika, odnosno dužničkih privrednih društava koji posluju kao preduzetnici, po pravilu treba poći od takve pretpostavke, pošto preduzetnici, odnosno privredna društva po pravilu imaju tekuće obaveze po osnovu snabdevanja električnom energijom, zakupnina, isporuka, plata i prema bankama, što se može pretpostaviti kao opštepoznato. U tom smislu, kada je reč o licima koja posluju kao preduzetnici, treba poći od toga da su protivnici pobijanja imali saznanje da dužnik, odnosno dužničko privredno društvo namerava da ošteti poverioce ako protivniku pobijanja mogu da se dokažu i saznanja o pretećoj nesposobnosti plaćanja. To je opet slučaj ako, kao što je navedeno, dužnik, odnosno dužničko privredno društvo ispolji navike neredovnog plaćanja, koje pre svega prate i opomene i neizmireni računi.

Ako protivnik pobijanja dužnika ima saznanja o takvim okolnostima, znanje o nameri oštećenja poverilaca se ne isključuje na osnovu puke nade da će stečaj moći da se izbegne. Ono se isključuje samo u slučaju da je protivnik pobijanja na osnovu relevantnih informacija mogao da pođe od toga da se svi stečajni poverioci mogu namiriti u dogledno vreme, što bi u ovim retkim konstelacijama, međutim, protivnik pobijanja bio dužan i da dokaže.

Postojanje sporazuma o plaćanju u ratama dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva sa protivnikom pobijanja predstavlja indicije o poznavanju okolnosti koje nužno navode na zaključak o pretećoj nesposobnosti plaćanja, pod uslovom da prilikom zaključivanja pravne radnje nije unapred bilo ugovoreno plaćanje u ratama.

Ako se tek naknadno sa protivnikom pobijanja, koji je imao dospela potraživanja u odnosu na dužnika, odnosno dužničko privredno društvo, zakluče moratorijum plaćanja ili sporazum o mirovanju dugova, takav saugovarač po pravilu nema povoda da usvoji molbu za odlaganje odnosno moratorijum od strane dužnika, osim u slučaju da i sam saugovarač polazi od toga da ne može bez odlaganja naplatiti svoja potraživanja od dužnika, odnosno dužničkog pri-

vrednog društva. Upuštanje u naknadne dogovore o odlaganju isplate, odnosno sporazume o mirovanju dugova od strane saugovarača po iskustvu ima opravdanje isključivo u okolnosti da je on upoznat sa beznadežnom ekonomskom situacijom dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva i da se nada da će njegova potraživanja u budućnosti biti isplaćena i da putem zaključenja sporazuma o mirovanju dugova, odnosno dogovora o isplati u ratama može da se izbegne nesposobnost plaćanja.

9. „zajam/druge pravne radne koje u ekonomskom pogledu odgovaraju odobravanju zajmova“

Nedavno su uz ranije odredbe člana 123 ZS dodati i stavovi 2 i 3, po kojima se obezbeđenja za odobrene zajmove od strane povezanih lica u smislu ZS ne uvažavaju ako je dato sredstvo obezbeđenja odobreno u slučaju kada je već nastupila nesposobnost plaćanja ili u roku od godinu dana pre podnošenja zahteva za pokretanje stečaja.

Osim toga, novim članom 123 ZS reguliše se da u slučaju da se dužniku odobri ovakav zajam i da on isplati zajam primaocu činidbe (davalac zajma koji je namiren), takva otplata može da se pobija na osnovu pretpostavljenog namernog oštećenja poverilaca, ako je isplata usledila u roku od godinu dana pre pokretanja stečajnog postupka.

Nova odredba člana 123 stav 2 ZS je u pogledu sistematičnosti stavljena na pogrešno mesto, s obzirom na to da se ova odredba ne odnosi na slučaj pobijanja, već reguliše da ovo sredstvo obezbeđenja, koje je detaljno konkretizovano u članu 123 stav 2 ZS, u slučaju pokretanja stečajnog postupka nema dejstvo. Pravilno bi bilo da se ova odredba smesti pod odlomak III, „Osnovne procesne odredbe, stranke i učesnici u postupku“, a tamo u pododlomku 2. „Poverioci i drugi učesnici u postupku“. Pravilno mesto bi bilo i posle člana 54 ZS, ili eventualno kao član 54 a ZS ili u vidu člana 54 stav 5 ZS.

Kada je reč o članu 123 stav 3 ZS, pravilo o pretpostavci formuliše se u tom smislu da je otplata uz pomoć zajma odobrenog od strane povezanog lica u smislu Zakona i stečaju sprovedena sa namerom oštećenja poverilaca od strane dužnika ako je otplata u celini ili delimično izvršena u periodu od godinu dana pre otvaranja stečaja. Ograničenjem na povezana lica u smislu (ovog) zakona pravilno se vrši ograničenje u tom smislu da samo lica ili grupe koje na osnovu svoje povezanosti sa dužnikom/dužničkim privrednim društvom imaju povlašćeno saznanje treba da se podvedu pod ovo zakonsko pravilo o pretpostavci.

10. Izvođenje dokaza

10.1. Teret obrazlaganja i dokazivanja

Teret obrazlaganja i dokazivanja o postojanju svih uslova iz člana 123 stav 1 rečenica 1 ZS leži na stečajnom upravniku/licu koje pobija radnje. Pri tome treba imati na umu da se pravo pobijanja uglavnom ostvaruje preko stečajnog upravnika (vidi član 129 ZS), tako da dužnik, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva nije stranka u eventualnom sporu za pobijanje radnji i stoga može da bude imenovan/imenovano kao svedok od strane stečajnog upravnika/lica koje pobija radnje. U praksi to dovodi do značajnog porasta dokazivosti o postojanju svih uslova iz člana 123 stav 1 rečenica 1 ZS, pošto dužnik, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva po pravilu ima detaljnije znanje o pobojoj pravnoj radnji. U okviru pripreme za spor za pobijanje pravne radnje koji želi da pokrene stečajni upravnik/lice koje pobija radnje trebalo bi da on/ono pita dužnika, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva o tome koje konkretne podatke u vezi sa poboynim uslovima mogu da potvrde dužnik, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva. Ovde nije potrebno konkretno, pravno iznošenje činjenica ili svedočenje dužnika koji se navodi kao svedok, odnosno rukovodstva dužničkog privrednog društva koje se navodi kao svedok, već samo da on, odnosno oni mogu da potvrde bitne okolnosti koje dopuštaju zaključak o ispunjenju uslova pobijanja. Izvođenje dokaza u vezi sa subjektivnim elementima člana 123 stav 1 rečenica 1 ZS po prirodi stvari je otežano, tako da sudija uz slobodno uvažavanje svih merodavnih okolnosti u konkretnom slučaju iz samog postupka i eventualnog izvođenja dokaza mora da formira utisak i da na njemu temelji svoju odluku. Subjektivni elementi – kao što je već pomenuto – kao „unutrašnje činjenice“ mogu samo posredno da se izvedu iz objektivnih činjenica. Osnovu za utvrđivanje subjektivnih uslova, dakle namere da se poverioci ošteće i znanja o tome, čini utvrđivanje o tome koje su objektivno merodavne činjenice bile poznate dužniku, odnosno protivniku pobijanja u trenutku preduzimanja pravne radnje. Iako je u okviru pobijanja u smislu člana 123 stav 1 rečenica 1 ZS uvek merodavna procena konkretnog pojedinačnog slučaja, redovno je moguće da sud zaključi da je dužnik, odnosno dužničko privredno društvo imao/imalo svest da je oštećenje poverilaca gotovo neizbežna posledica njegove radnje, te da iz toga izvuče zaključak i da je postojala volja usmerena na takvu posledicu, pošto ovde nije potrebna direktna namera, već eventualna namera, tj. odobravajuće prihvatanje. Takođe kao indiciju treba oceniti i slučaj kada se pravna radnja/radnja preduzima u posebnoj žurbi, naročito u vremenskom kontekstu ekonomske krize dužnika koja se nazire.

10.2. Olakšanje tereta dokazivanja i obrnuti teret dokazivanja (član 123 stav 1 rečenica 2 ZS)

Pretpostavka iz člana 123 stav 1 rečenica 2 ZS dovodi do obrnutog tereta dokazivanja u odnosu na saznanje protivnika pobijanja. Dok ostale uslove koji su predviđeni članom 123 stav 1 rečenica 1 ZS mora da dokaže stečajni upravnik/lice koje pobija radnju, u slučaju ispunjenosti pretpostavke iz člana 123 stav 1 rečenica 2 ZS, protivnik pobijanja mora da izvede protivan dokaz. Član 123 stav 1 rečenica 2 ZS predstavlja obrnuti teret dokazivanja na teret protivnika pobijanja u tom smislu da se pretpostavlja – po pravilu je to izuzetno retko stvarno dokazivo – da je postojalo pozitivno znanje o nameri oštećenja poverilaca ako je druga strana znala da dužniku pretili nesposobnost plaćanja i da odnosna radnja dovodi do oštećenja poverilaca. Pošto lica sa strane po pravilu ne znaju za preteću nesposobnost plaćanja, obrnuti teret dokazivanja prema članu 123 stav 1 rečenica 2 ZS će po pravilu moći da se primeni samo onda ako je protivnik pobijanja (saugovarač) znao za okolnosti koje nužno navode na zaključak o pretećoj nesposobnosti plaćanja dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva. Kao što je već navedeno, u tom smislu je dovoljno da je protivnik pobijanja kao laik na osnovu poznatih činjenica mogao ili morao da zaključi da pretili nesposobnost plaćanja. Prilikom ocene ovih okolnosti potrebno je ravnati se prema objektivnom trećem licu. Da je to lice na osnovu datih okolnosti sa dovoljnom sigurnošću moglo ili moralo da izvede zaključak o makar pretećoj nesposobnosti plaćanja, bilo bi potrebno pretpostaviti da protivnik pobijanja ima saznanje o (pretećoj) nesposobnosti plaćanja dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva, pri čemu protivnik pobijanja ima mogućnost da podnese suprotan dokaz. Po pravilu će, posebno kod *institucionalnih poverilaca*¹⁰⁾, izvođenje dokaza u tom smislu da su imali saznanja o okolnostima koje navode na zaključak o pretećoj nesposobnosti plaćanja – biti uspešno pošto *institucionalni poverioci* na osnovu dugogodišnjih i dalekosežnih odnosa sa dužnikom, odnosno dužničkim privrednim društvom imaju mogućnosti boljeg uvida u njegovu ekonomsku situaciju. Te okolnosti su, međutim, poznate i *neinstitucionalnim poveriocima* ako obaveze dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva u odnosu na kasnijeg protivnika pobijanja tokom dužeg perioda u značajnom iznosu nisu izmirivane, a ovaj bi na osnovu okolnosti morao da ima saznanja o tome da postoje i drugi poverioci sa nenamirenim potraživanjima.

10) *Prim. prev.:* reč je o institucijama poput štedionica, banaka, poreske uprave itd.

Oštećenje poverilaca je poznato onom licu koje ima saznanje o tome da se umanjuje imovina dužnika koja ima (određenu) vrednost, a koja bi trebalo da se unese u stečajnu masu u slučaju pokretanja stečajnog postupka, ili da se uvećavaju potraživanja koja bi u okviru stečajnog postupka morala da se korriguju, ili da preostala imovina nije dovoljna da se izmire sve obaveze. Poslednje pomenuto važi posebno u slučaju kada dužnik, odnosno dužničko privredno društvo preti da postane nesposobno za plaćanje, a putem odlivanja dužnikove imovinedalje se umanjuju izgledi ostalih poverilaca da u slučaju stečaja budu namireni. Ako stečajni upravnik na taj način može da dokaže da je protivnik pobijanja imao saznanje o pretećoj nesposobnosti plaćanja dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva, po pravilu će time biti dokazano da je protivnik pobijanja imao saznanje o oštećenju poverilaca, utoliko pre ako se prilikom osporene radnje radilo o nekongruentnoj pravnoj radnji/radnji (*ne- uobičajeno namirenje*).

Smatra se da saznanje o pretećoj nesposobnosti plaćanja kasniji protivnik pobijanja po pravilu ima u slučaju kada je on sam bezuspešno sprovodio mere prinudnog izvršenja nad dužnikom, odnosno dužničkim privrednim društvom, pre nego što se u kasnijem trenutku namirio, pošto u tom slučaju zna da namirenje njegovog potraživanja, a prema tome i namirenje potraživanja drugih poverilaca, nije bilo moguće iz imovine dužnika. Saznanje o pretećoj nesposobnosti plaćanja protivnik pobijanja ima i ako sam dužnik to saopšti protivniku pobijanja, što je u praksi uglavnom povezano sa molbama da se zaključi sporazum o moratorijumu ili o mirovanju dugova.

Saznanje protivnika pobijanja o nameri oštećenja poverilaca na osnovu okolnosti iz kojih je protivnik pobijanja morao da zaključi da preti nesposobnost plaćanja dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva ne pretpostavlja se samo na strani protivnika pobijanja već i na strani samog dužnika. Dužnik ili rukovodstvo dužničkog privrednog društva često će tvrditi da nije ima(l)o saznanje da preti nesposobnost plaćanja/stečaj. U tom pogledu, međutim, nije merodavno da je dužnik, odnosno dužničko privredno društvo samo po sebi pozitivno shvatio/shvatilo da preti nesposobnost plaćanja/stečaj. Tada je dovoljno ako je dužnik, odnosno rukovodstvo dužničkog privrednog društva imao/imalo saznanje o okolnostima koje bi kod razumnog tumačenja navelo na zaključak o pretećoj nesposobnosti plaćanja/stečaju. Ako dužnik zna da mu preti nesposobnost plaćanja/stečaj, mora da mu bude jasno i da uskoro neće više biti u stanju da namiri sve svoje poverioce. Ako, međutim, namiri neke od njih, nužno mora i da mu se nametne spoznaja da će usled tog postupka biti oštećeni drugi poverioci.

10.3. Indicije

U okviru pobijanja u skladu sa članom 123 ZS od presudnog značaja za samo uvažavanje prava nije samo obrnuti tereta dokazivanja i zakonska pretpostavka iz člana 123 stav 1 rečenica 2 ZS već često i indicije, koje, mada same po sebi nisu dovoljne da predstavljaju puni dokaz, ipak olakšavaju izvođenje dokaza.

Neuobičajeno namirenje pre svega po pravilu sadrži snažnu indiciju da postoji kako namera oštećenja poverilaca tako i odgovarajuće saznanje protivnika pobijanja ako je protivnik pobijanja prepoznao neuobičajenost namirenja. Pri tome je dovoljno da su mu poznate okolnosti u slučaju čijih postojanja je ispunjeno postojanje pravnog pojma *neuobičajenog namirenja*.

Ako je pobojni protivnik u trenutku preduzimanja pravne radnje/radnje imao povod da sumnja u likvidnost dužnika, to može biti dovoljno da bi se dokazala namera oštećenja i znanje pobojnog protivnika o tome, sem ukoliko ova indicija ne bude pobijena na osnovu drugih okolnosti koje protivnik pobijanja mora da dokaže.

U okviru uvažavanja indicija kod neuobičajenog namirenja važi načelo da što je manja neuobičajenost, utoliko je u pojedinačnom slučaju manji i njen značaj kao indicije. Element neuobičajenosti je potpuno osporen ako se utvrde okolnosti koje ozbiljno dovode u pitanje nameru oštećenja jer ukazuju na – u smislu poboynih odredbi – neproblematičnu volju, pa usled toga i pretpostavka postojanja svesti o oštećenju drugih poverilaca otpada. Takav slučaj može da bude u pitanju, na primer, onda kada je dužnik, odnosno dužničko privredno društvo preduzelo ozbiljan pokušaj sanacije, i to na osnovu odgovarajućeg koncepta sanacije, koji je na kraju ipak bio bezuspešan.

Uobičajeno namirenje načelno ne isključuje nameru oštećenja poverilaca. Ipak, u pogledu dokazivanja namere oštećenja poverilaca, u slučaju *uobičajenog namirenja* postavljaju se veći zahtevi, pošto tada dolazi do namirenja poverilaca (protivnika pobijanja) koje ovaj po pravilu može da zahteva na dugovani način. U slučaju pobijanja u smislu člana 123 ZS, a u okviru konstelacije *uobičajenog namirenja*, potom mora da se dokaže da dužniku u prvom redu nije stalo do ispunjenja ugovornih obaveza, već do oštećenja ostalih stečajnih poverilaca, na primer putem udaljenja predmeta iz mase ili povlašćivanja protivnika pobijanja na račun i na teret ostalih stečajnih poverilaca.

Sudska praksa u Srbiji i literatura moraće da utvrde da li se pojedinačne mere prinudnog izvršenja, koje su dovele do namirenja poverilaca u vidu *neuobičajenog namirenja* izvan rokova za pobijanje prema članu 121 ZS, smatraju *neuobičajenim namirenjem* ili *uobičajenim namirenjem*. U okviru nemačkog

pravnog sistema, koji predviđa rešenja slična rešenjima iz srpskog pravnog sistema, sudska praksa i literatura su u okviru pobijanja po osnovu namernog oštećenja poverilaca (*intentionally damaging creditors*) prihvatile da se (zaprećene) pojedinačne mere prinudnog izvršenja izvan poboynih rokova u vidu *neuobičajenog namirenja* (član 121 ZS; 12 meseci) više ne smatraju *neuobičajenim*, već *uobičajenim*. Samo za rok pobijanja po osnovu *neuobičajenog namirenja* u smislu člana 121 ZS (12 meseci) potiskuje se načelo koje dominira kod pojedinačnih prinudnih izvršenja u korist ravnopravnog tretmana poverilaca. Uprkos tome, činjenica da je isplata koja može da se pobija izvršena sa ciljem izbegavanja neposredno predstojećih mera prinudnog izvršenja ili već pokrenutih mera prinudnog izvršenja, u slučaju saznanja o mogućnosti oštećenja poverilaca – indikuje njihovo odobravanje i ukoliko je izmirivanje usledilo izvan poboynih rokova po osnovu člana 121 ZS. Iza toga stoji da dužniku, ako vrši isplatu pojedinačnom poveriocu kako bi izbegao neposredno predstojeću meru prinudnog izvršenja iako zna da više ne može da namiri sve poverioce i da se usled namirenja jednog pojedinačnog ili nekolicine poverilaca ostali poverioci oštećuju, više nije u prvom redu stalo do izmirenja njegovih zakonskih obaveza, već do favorizovanja ovog pojedinačnog poverioca.

Sa aspekta nemačkog prava, ako dužnik izvrši plaćanje zbog činjenice da poverilac (protivnik pobijanja) preti podnošenjem predloga za pokretanje stečaja, time se konstantno dolazi do efekta indicije o neuobičajenom namirenju – čak i izvan poboynih rokova u smislu člana 121 ZS, pošto predlog za pokretanje stečaja ni u jednom trenutku i ni pod kojim okolnostima ne predstavlja sredstvo za naplatu ličnih potraživanja pojedinačnog poverioca (protivnika pobijanja) u odnosu na dužnika koje bi bilo i priznato u okviru pravnog poretkta. Obrazloženje za to je da cilj stečajnog postupka jeste najbolje moguće namirenje poverilaca, a ne ostvarivanje prava pojedinaca. Ako je poverilac (protivnik pobijanja) u tom smislu vršio pritisak da dužnik, odnosno dužničko privredno društvo izvrši plaćanje tako što je pretio podnošenjem predloga za pokretanje stečaja i ako je usled toga ostvario naplatu, ta naplata je uvek neuobičajena i indikuje, izvan poboynog roka koji se predviđa članom 121 ZS, nameru da se oštete poverioci dužnika ali i znanje protivnika pobijanja o tome u smislu člana 123 ZS, sa posledicom da takve isplate/namirenja prema članu 123 ZS po pravilu mogu uspešno da se pobijaju. Reč je pre svega o *neuobičajenom namirenju*, kada poverilac ne samo da preti podnošenjem predloga za pokretanje stečaja nego ga je u trenutku kada je dužnik izvršio plaćanje prema njemu već podneo, čime se ujedno indikuje i namera oštećenja ostalih poverilaca od strane dužnika, kao i znanje poverioca o tome.

Prema mišljenju nemačkog autora namera oštećenja poverilaca uglavnom ne postoji ako dužnik određenu pravnu radnju preduzme na osnovu motiva koji su u potpunosti van ugovornih odnosa, odnosno u stanju nužde, na primer u slučaju da je hitnom prodajom želeo da obezbedi osnovna sredstva (izdržavanje) za sebe i svoju porodicu. U tom slučaju mu, naime, u prvom redu nije stalo do favorizovanja pojedinačnih poverilaca na račun ostalih stečajnih poverilaca, već su drugi motivi i interesi određivali njegove postupke. Isto važi i kada dužnik, na primer, plati odgovarajući honorar za izradu plana reorganizacije ili koncepta sanacije ako se on kreće u uobičajenim okvirima koštanja i ako nije bilo potpuno isključeno da plan reorganizacije ili koncept sanacije ne mogu stvarno i da se sprovedu.

Besplatna davanja/pokloni, ali i delom besplatna davanja ili pokloni ili ugovori, u slučaju kojih naspram obaveze dužnika očigledno nije stajala obaveza protivnika pobijanja u istoj vrednosti, predstavljaju značajne indicije o nameri oštećenja poverilaca od strane dužnika ili spoznaji primaoca tih davanja (protivnika pobijanja) o tome.

Neretko dužnik i pojedini poverioci uz odložni uslov pokretanja stečajnog postupka ugovaraju „automatizovano“ zasnivanje sredstava obezbeđenja, kao na primer da se poveriocu u slučaju podnošenja predloga za pokretanje stečaja automatski prenese vlasništvo nad određenim predmetima ili da mu se pripišu sredstva na računu. U takvom slučaju ugovorne strane unapred imaju nameru (volju) da ukoliko nastupe uslovi stečaja, dalje umanje stečajnu masu za vrednost predmeta obezbeđenja. Ujedno i dužnik i odložno uslovno obezbeđeni poverilac moraju poći od toga da preostala imovina više nije dovoljna da namiri ostale poverioce, što uglavnom i jeste namera koja stoji iza ugovaranja ovakvog sredstva obezbeđenja sa odložno uslovljenim dejstvom. U takvim slučajevima po pravilu se može zaključiti da je postojala namera oštećenja poverilaca od strane dužnika, odnosno dužničkog privrednog društva i saznanje od strane poverioca (protivnika pobijanja). Isto važi i za slične sporazume, koji bi upravo u slučaju stečaja dali prednost jednom poveriocu. U ove kategorije naravno spadaju i odložno uslovljeni pokloni ili drugi pravni poslovi, kao, na primer, ugovor između dužnika i poverioca da se u slučaju predloga za pokretanje stečaja svojina nad određenim zemljištem automatski prenese na poverioca. Ovakve okolnosti bez problema mogu da se pobijaju u skladu sa članom 123 ZS.

Pobijanje u skladu sa članom 123 ZS dolazi u obzir i u slučaju ako između dužnika i poverioca u okviru ugovornog odnosa u načelu nije dogovoreno zasnivanje sredstava obezbeđenja u korist poverioca, ali ipak kasnije ili od sa-

mog početka dužnik poveriocu izdaje sredstva obezbeđenja. Najpre se kod takvog činjeničnog stanja mora konstatovati da se radi o *neuobičajenom namirenju*, s obzirom na to da poverilac nije imao ugovorno pravo na takvo sredstvo obezbeđenja. Osim toga, budući da dužnik u odnosu na poverioca u okviru redovnog poslovanja ispunjava samo onu obavezu koju dužuje i nikakve usluge ili davanja koja idu dalje od toga, treba poći od toga da je ovo uspostavljanje sredstava obezbeđenja izvršeno sa namerom oštećenja ostalih poverilaca i da je ova namera oštećenja drugih poverilaca (protivnika pobijanja) i poznata poveriocu pošto mu je poznato da po osnovu postojećih ugovornih odnosa ne bi imao pravo na uspostavljanje sredstava obezbeđenja.

Drugačija bi, međutim, bila situacija kada bi poverilac od samog početka ugovornog odnosa uspostavio sredstva obezbeđenja i ako bi ona pojedinačno bila konkretizovano ugovorena u okviru ugovornog odnosa. Sama okolnost da sredstva obezbeđenja treba da predstavljaju zaštitu u slučaju stečaja davaoca sredstava obezbeđenja nije dovoljna da bi se konkretizovalo postojanje namere o oštećenju ostalih poverilaca i odgovarajuće saznanje protivnika pobijanja o tome. Kada bi se pobijalo uspostavljanje ovakvog sredstva obezbeđenja po sebi – sva kreditna sredstva obezbeđenja ili postojeća sredstva obezbeđenja izgubila bi osnov svog postojanja, s obzirom na to da u pravnom prometu nijedno sredstvo obezbeđenja kredita ne bi moglo da opstane naspram stečaja.

Sve gore navedene indicije moraju se analogno imati u vidu kada je reč o imanju saznanja druge strane, tj. protivnika pobijanja, da postoji namera oštećenja ostalih poverilaca. Na ovaj način može da se dokaže saznanje protivnika pobijanja eventualno i nezavisno od člana 123 rečenica 2 ZS.

Ako je protivnik pobijanja pre svega banka kod koje se vodi poslovni račun, zahtev da se uspostavi naknadno obezbeđenje predstavlja indiciju za to da je imala saznanje o pretećoj nesposobnosti plaćanja dužnika/dužničkog privrednog društva. Ukoliko se odobri odgovarajuće naknadno obezbeđenje, time se po pravilu zasniva pravo pobijanja u skladu sa članom 123 ZS, pošto se mora poći od toga da je banka prepoznala pogoršanje kreditne sposobnosti i da je iskoristila svoju dominantnu ulogu nezaobilazni akter kod koga se vodi poslovni račun dužnika/dužničkog privrednog društva i svoju „poziciju moći“ koja je sa time povezana. Isto važi i za slučaj ako je banka kod koje se vodi poslovni račun najpre raskinula poslovni odnos uz obrazloženje da je nastupilo drastično pogoršanje imovinskih odnosa, a potom primala dalje uplate od strane dužnika/dužničkog privrednog društva. U takvim slučajevima mora se poći od toga da je banka kod koje se vodi račun prepoznala beznadežnu situaciju i na osnovu toga već prekinula ugovorne odnose pretpostavljajući da ve-

rovatno neće moći da se namire svi poverioci. Ovde se mora poći od saznanja o nameri oštećenja poverioca u slučaju da poverilac (banka) prima dalje uplate od strane dužnika/dužničkog privrednog društva.

I. Član 124 ZS (poslovi i radnje bez naknade ili uz neznatnu naknadu)

„Pravni posao i pravna radnja stečajnog dužnika bez naknade ili uz neznatnu naknadu mogu se pobijati ako su zaključeni odnosno preduzeti u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.

Pravnom radnjom stečajnog dužnika bez naknade smatra se i propuštanje ulaganja žalbe, prigovora, odgovora na tužbu ili izostanak sa ročišta ako je saugovarač stečajnog dužnika stekao neku imovinsku korist.

Ne mogu se pobijati uobičajeni prigodni darovi, nagradni darovi, kao ni darovi učinjeni iz zahvalnosti niti izdvajanja u humanitarne svrhe, pod uslovom da su u vreme kada su učinjeni bili srazmerni finansijskim mogućnostima stečajnog dužnika i uobičajeni za privrednu granu kojoj stečajni dužnik pripada.

Odricanje od nasleđstva smatra se pravnom radnjom stečajnog dužnika bez naknade.“

1. Uopšteno

Lice koje primi činidbu bez naknade ili uz neznatnu naknadu u načelu uživa zaštitu u manjoj meri nego lice čije se potraživanje temelji na pravnoj radnji za koju se predviđa ekvivalentna naknada. Iz tog razloga, zakonodavac u Srbiji je u članu 124 ZS načelno doneo odluku o pravičnosti u tom smislu da interes primaoca određenog davanja u vezi sa sudbinom datog predmeta u njegovoj imovini za ograničeni vremenski period (pet godina) mora da stupi iza interesa stečajnih poverilaca da se uveća stečajna masa. U okviru pobijanja u smislu člana 124 ZS u tom smislu manje je reč o sprovođenju principa ravnopravnog namirenja poverilaca, a pre o odluci o pravičnosti.

Razlog za pobijanje davanja bez naknade je puka činjenica da je činidba izvršena bez novčane naknade, pri čemu ne moraju da postoje subjektivni elementi kao uslovi kod dužnika i protivnika pobijanja. Iz toga proističu ključne posledice u tom smislu što lice koje nešto dobija bez naknade mora da računa sa time da stečeni predmet ili pravo mora ponovo da vrati, i to tokom dužeg perioda (pet godina). Međutim, protivnik pobijanja je zaštićen u tom smislu što nije obavezan da vrati (pravo ili predmet), ako je reč o uobičajenom prigodnom daru (vidi član 124 stav 2 ZS), i što po potrebi može da se pozove na argument da na taj način nije ostvarena promena u pogledu uvećanja njegove

imovine ako izgubi posed nad besplatno stečenim predmetom ili pravom, a za taj predmet ili to pravo nije primio nikakvu drugu činidbu, kao, na primer, putem preprodaje tog predmeta ili prava ili naplate potraživanja. Argument da na taj način nije došlo do bogaćenja primaoca poklona može da bude relevantan samo u slučaju ako primalac na osnovu tog poklona na kraju stvarno ne uživa povlašćeni tretman u poređenju sa periodom pre davanja. Pri tome primalac davanja ne može da se pozove na nebogaćenje u slučaju da predmet poklona ili poklonjeno ustupanje dalje prenese (na treće lice) bez naknade sa namerom da iskoristi argument nebogaćenja sa ciljem izbegavanja primene člana 124 ZS. I koristi i druge prednosti koje je primalac stekao, dužan je da ponovo vrati (vidi u tom smislu dodatno i komentar na član 130 stav 1 ZS).

Pobojnost u smislu člana 124 ZS ne isključuje pobojnost po osnovu člana 123 ZS. Mogu se zamisliti konstelacije u kojima bi bilo moguće i pobijanje po osnovu člana 124 ZS, kao i po osnovu člana 123 ZS. Kada je reč o takvim situacijama, sa aspekta da se osigura uspeh pobijanja – potrebno je temeljiti pobijanje na oba osnova, usled čega bi stečajni upravnik imao bolje izgleda za uspeh u pogledu uloženog pobijanja.

2. „pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika“

Pojam činidbe u članu 124 ZS treba da se shvati u širokom smislu. On obuhvata radnje u širokom smislu koje imaju za cilj izuzimanje imovinske vrednosti iz imovine dužnika/dužničkog privrednog društva kojim on/ono odgovara, a u korist trećeg lica. Primena člana 124 ZS obuhvata i faktičke radnje, pri čemu se u osnovi tih radnji nalazi i pravni posao, kao na primer poklon. Nezavisno od poklona, kao pravna radnja/posao će se kvalifikovati i, na primer, slučaj kada dužnik/dužničko privredno društvo odustane od svojine nad nekim predmetom ili potraživanjem sa ciljem da nekom drugom licu omogući sticanje svojine nad njim.

I davanje na korišćenje, kao na primer pozajmljivanje, može da se uzme u obzir kao pravna radnja/posao. Ako, na primer, dužnik, odnosno dužničko privredno društvo bez naknade ustupi poslovni prostor trećem licu, koje može za svoje potrebe da koristi taj prostor, time su obuhvaćeni elementi koji na osnovu člana 124 ZS mogu da se pobijaju. Isto važi i onda kada se drugi predmeti dužnika/dužničkog privrednog društva bez naknade stave na raspolaganje trećem licu (protivniku pobijanja), što dovodi/što je dovelo do povoljnijeg tretmana primaoca ovakve činidbe (protivnika pobijanja). Ako, na primer, dužnik raspolaže voznim parkom i ako jedno od vozila iz njega prepusti bez naknade trećem licu ili članu porodice, u tome se vidi činidba bez naknade

koja može da se pobija u smislu člana 124 ZS sa posledicom da primalac davanja/činidbe treba da bude stavljen u položaj kao da je zaključen uobičajeni ugovor o ustupanju radi korišćenja (ugovor o zakupu) te da putem uplata u stečajnu masu izvrši svoju protivčinidbu. Isto važi i za slučaj da je dužnik, odnosno dužničko privredno društvo trećem licu stavilo na raspolaganje radnu snagu lica koje je kod njega zaposleno, a da pri tome primalac (protivnik pobijanja) ne mora da preduzme nikakvu činidbu zauzvrat.

Treba imati na umu da u okviru pobijanja u smislu člana 124 ZS isključivo pravne radnje/posao dužnika mogu da dovedu do poboynosti, tako da mere prinudnog izvršenja usmerene protiv dužnika/dužničkog privrednog društva ne potpadaju pod oblast primene člana 124 ZS, pošto se ne zasnivaju neposredno na činjenju dužnika.

Primena člana 124 ZS uostalom pokriva i sva ostala jednostrana otuđenja imovine, kao, na primer, odricanje od prava zaloge, potraživanja ili propuštanje da se uloži prigovor zbog zastarelosti. Isto važi i za propuštanje upuštanja u parnicu na osnovu neosnovane tužbe protiv dužnika/dužničkog privrednog društva koja dovodi do donošenja presude na osnovu kojeg se privileguje tužilac koji zapravo nije imao realno pravo na takvu privilegiju. Jedan slučaj koji potpada pod primenu člana 124 ZS, a koji se često javlja u praksi jeste odricanje od naplate potraživanja dužnika/dužničkog privrednog društva prema ugovornom partneru koji zapravo duguje činidbu dužniku/dužničkom privrednom društvu, što se uglavnom čini da bi se primalac činidbe doveo u bolji položaj, pri čemu u načelu nije merodavna motivacija dužnika. Neophodno je uvek primeniti objektivno merilo, i to u tom smislu da li činidba dužnika/dužničkog privrednog društva u ekonomskom smislu treba da se shvati kao odnos razmene ili u ekonomskom smislu kao (delimičan) poklon odnosno činidba koja se (delom) vrši bez naknade.

Kao što je već istaknuto – i propuštena odbrana dužnika/dužničkog privrednog društva u parničnim postupcima smatra se činidbama dužnika/dužničkog privrednog društva bez naknade, tako da pravna korist koju je po tom osnovu stekao poverilac može da se pobija specifičnim poboynim merama u stečaju u skladu sa članom 124 ZS. Najnovijom reformom zakona to je sada izričito uređeno članom 124 stav 2 ZS. Samo po sebi ovo pojašnjenje u članu 124 stav 2 ZS nije ni bilo neophodno pošto je još na osnovu dosadašnjeg člana 124 stav 2 ZS sledilo da svaki oblik pravne radnje kojom je poverilac stekao posebnu prednost može da se pobija u skladu sa članom 124 ZS, ako su ispunjeni ostali uslovi iz člana 124 ZS. To pre svega proističe i iz člana 119 stav 2 ZS, prema kome i nečinjenje dužnika/dužničkog privrednog društva može da se pobija.

3. „bez naknade“

Činidba se vrši bez naknade ako se shodno dogovoru odustaje od vrednosti imovine u korist nekog drugog lica bez odgovarajuće protivčinidbe koju bi to lice izvršilo u odnosu na dužnika ili uz njegovu saglasnost izvršilo ili bi se obavezalo da je izvrši u korist trećeg lica. Za pobijanje u smislu člana 124 ZS nije potrebno da između lica koje daje činidbu i primaoca poklona postoji saglasnost u pogledu nedavanja naknade, pa prema tome oni postupaju u nekom vidu koluzivne saradnje. Dovoljno je kada dužnik jednostrano izvrši činidbu, a primalac je primi imajući svest o tome da se od njega ne očekuje nikakva protivusluga, niti je on duguje.

Iz teksta zakona može se zaključiti da pobijanje na osnovu člana 124 ZS ne zahteva nužno da radnja bude u potpunosti bez naknade; dovoljno je da je reč o karakteristici „delimično bez naknade“.

Kod davanja naknade nije odlučujuće pitanje da li je dužnik za svoju činidbu dobio protivuslugu, već pitanje da li je primalac za tu činidbu morao da podnese žrtvu iz svoje imovine. To je relevantno u onim slučajevima u kojima je uz saglasnost dužnika protivčinidba primaoca poklona izvršena ili se vrši u odnosu na treća lica. U takvim slučajevima reč je o davanju uz naknadu ako odnosni primalac činidbe sa svoje strane mora da izvrši adekvatnu protivčinidbu. Ako, za razliku od toga, primalac činidbe za činidbu dužnika ne mora da izdvoji nikakve imovinske vrednosti, činidba može da bude bez naknade čak i u slučaju da dužnik dobije neku naknadu od strane trećeg lica.

Merodavan trenutak za ocenu davanja bez naknade je onaj kada se pravna radnja preduzima (vidi i član 127 stav 2 ZS), dakle trenutak u kome protivnik pobijanja stiče pravo usled činidbe dužnika.

Ako je prvobitno dogovorena i ispunjena besplatna činidba dužnika u odnosu na primaoca poklona i ako je kasnije, dakle naknadno, postignut dogovor o protivčinidbi – to ne dovodi do toga da je činidba bez naknade pretvorena u činidbu sa naknadom, pošto je u trenutku koji je u tom smislu merodavan i u kome je činidba izvršena postojao odnos bez naknade, a isključivo je taj trenutak merodavan.

Procene vrednosti davanja učesnika (dužnika i primaoca činidbe) u odnosu na poklonjeni predmet ili poklonjeno potraživanje u okviru poboynosti na osnovu člana 124 ZS nisu od značaja. Merodavno je isključivo objektivno činjenično stanje da li je protivčinidba koju je izvršio primalac poklona bila ekonomski primerena u poređenju sa poklonjenim predmetom, odnosno poklonjeno potraživanje u odnosu na razmenjeni predmet.

Ako su dužnik i primalac prestacije zaključili sudsko ili vansudsko poravnanje, osnovanost pobijanja preduzetnih radnji zavisi od svakog konkretnog

slučaja. Po pravilu se polazi od toga da je poravnanje zaključeno kako bi se putem obostranog popuštanja uz razumno uvažavanje činjeničnog stanja i/ili pravne situacije uklonila postojeća neizvesnost, tako da je potrebno poći od primerene protivčinidbe primaoca poklona. To naravno ne važi ako je poravnanje zaključeno na teret dužnikove imovine i na jednostran način, a nisu postojala ozbiljna prava primaoca poklona (strane sa kojom je zaključen ugovor o poravnanju) sa druge strane. Izuzeti su i oni slučajevi u kojima je dužnik pod pritiskom likvidnosti, a sa čim je upoznat primalac poklona, zaključio ugovor koji je štetan za njega – dužnika, kako bi bez odlaganja mogao da ostvari makar jedan deo činidbe od strane primaoca poklona. Primalac poklona se bogati za iznos daljeg potraživanja dužnika koga se on u tom smislu odrekao, a koje je mogao i da naplati, tako da u tom pogledu može da se primeni poboynost na osnovu člana 124 ZS.

Poklanjanje predmeta pod teretom, odnosno dogovor o preuzimanju stvarnog tereta uz istovremeni prenos neke stvari od strane njenog sticaoca, odnosno primaoca činidbe iako načelno umanjuje vrednost primljenog poklona u obimu stvarne vrednosti tereta, ipak ne predstavlja naknadu za prenos, tako da prenos takvog predmeta kao činidba koja se vrši u potpunosti bez naknade može da se pobija na osnovu člana 124 ZS. Slučaj može da bude drugačiji kada se prenosi zemljište pod teretom, a sticalac treba dužnika da oslobodi ličnog duga, pri čemu je u tom pogledu merodavno da li je sticalac ekonomski u stanju da to ispuni, pošto bi se kod oslobađanja u suprotnom radilo o lažnom oslobađanju, te bi usled toga bila reč samo o prividnoj protivčinidbi.

Jednostrana zabluda primaoca u pogledu objektivne vrednosti njegove protivčinidbe ili o tome da se njegova protivčinidba odnosi na činidbu koju je izvršio dužnik nema značaj u odnosu na pitanje da li je činidba dužnika izvršena bez naknade, pošto poverioci dužnika ne mogu da se pozivaju na postojanje dovoljne protivvrednosti koja bi kompenzovala otuđenje predmeta imovine samo zbog toga što primalac odnosno protivnik pobijanja polazi od toga da je izvršio protivčinidbu kojom se ta okolnost kompenzuje. Iz tog razloga su i zablude dužnika ili obeju strana (dužnika i primaoca činidbe) ostale irelevantne za mogućnost pobijanja prema članu 124 ZS.

Jednostrane zamisli dužnika/dužničkog privrednog društva o mogućim ekonomskim prednostima koje ne stoje ni u kakvom odnosu pravne zavisnosti u odnosu na činidbu – ne obrazlažu element plaćanja, kao što to ne važi ni za protivčinidbu kojoj se dužnik samo nada, a koju primalac činidbe ne duguje na osnovu ugovora.

4. „ili uz nezatnu naknadu“

Na osnovu formulacije zakonodavca u smislu člana 124 ZS iz koje proizilazi da pobijanju na osnovu člana 124 ZS podležu i takvi elementi u kojima je izvršena protivčinidba koja nema jednaku vrednost, bitno se širi primena člana 124 ZS. U suprotnom bi čak i protivčinidba primaoca činidbe, na primer u vidu plaćanja obaveznog jednog dinara kao protivčinidbe za neko zemljište, isključila pobijanje na osnovu člana 124 ZS. Da li je stranama stalo do toga da se činidba dužnika delimično izvrši bez naknade, načelno nije od značaja. Zapravo je merodavno da li se u okviru uobičajenog pravnog prometa protivčinidba smatra primerenom činidbi dužnika/dužničkog privrednog društva.

Pravna posledica činidbe koja se vrši delom bez naknade u prvom redu je da protivnik pobijanja (primalac činidbe) vrati ostatak vrednosti činidbe dužnika u stečajnu masu. Ako je činidba deljiva, pravna posledica pobijanja po osnovu člana 124 ZS ostaje ograničena u odnosu na deo viška, koji se smatra izvršenim bez naknade. Preostali deo (za koji je izvršena naknada) može da se pobija dodatno samo onda ako se na to mogu primeniti drugi propisi o pobijanju (na primer član 122 ili 123 ZS). Ako je, međutim, činidba veće vrednosti od strane dužnika prema primaocu činidbe (protivniku pobijanja) nedeljiva, pobijanje se načelno usmerava na vraćanje činidbe u celini, i to uz vraćanje izvršene protivčinidbe učinjene primaocu činidbe (protivniku pobijanja). Alternativno, protivnik pobijanja može da izvrši i odgovarajuće uplate u stečajnu masu kojima bi se u ekonomskom smislu stečajna masa dovela u isti položaj (vidi o tome i komentar uz član 130 stav 1 ZS).

5. Drugi pojedinačni slučajevi

Smatra se da je bez naknade izvršeno i svesno ispunjenje nepostojeće obaveze od strane dužnika/dužničkog privrednog društva, pri čemu ova okolnost samo ograničeno važi u slučaju da je dužnik pre dospeća izvršio uplatu primaocu činidbe (protivniku pobijanja) sa kojim stoji u ugovornom odnosu. U tom slučaju pobijanje po osnovu člana 124 ZS odnosi se na koristi i redovne kamate prispele do trenutka stvarnog dospeća, pošto bi primalac činidbe mogao da aktivira te koristi i kamate, a da u tom trenutku nije već imao pravo na isplatu glavnice.

Otplata tuđeg duga je načelno posao bez naknade, ako primalac činidbe ne mora da izvrši odgovarajuću protivčinidbu, a primalac činidbe nije imao druga potraživanja u odnosu na dužnika. U načelu se i obezbeđenje tuđeg duga vrši bez naknade ako davalac obezbeđenja (dužnik) prilikom uspostavljanja

sredstva obezbeđenja nije postupao na osnovu sopstvene obaveze koja podrazumeva naknadu u odnosu na primaoca obezbeđenja. To ne važi u onim slučajevima kada je primalac obezbeđenja zauzvrat u odnosu na dužnika ili treće lice izvršio protivčinidbu kojom se nadoknađuje činidba. Za razliku od toga, da je obezbeđenje izvršeno bez naknade ne isključuje se argumentom da je davalac obezbeđenja na taj način nastojao da ostvari sopstveni ekonomski interes. Jedino je merodavno da li je primalac obezbeđenja (protivnik pobijanja) žrtvovao svoju imovinu u korist davaoca obezbeđenja (dužnika) ili trećeg lica, što bi se ocenjivalo na osnovu objektivnih kriterijuma.

Takođe se na osnovu člana 124 ZS može pobijati jemstvo dužnika za obaveze trećeg lica ili preuzimanje saodgovornosti za takve obaveze, ako zauzvrat nije izvršio protivčinidbu u korist dužnika odnosno dužničkog privrednog društva. U tom slučaju se pobijanje usmerava na oslobađanje dužnika od obaveze jemstva, odnosno oslobađanje od saodgovornosti dužnika. Ako je dužnik na osnovu jemstva ili saodgovornosti za tuđi dug izvršio plaćanja pre pokretanja stečajnog postupka u korist poverioca (primaoca činidbe), reč je o slučaju otplate tuđih dugova, tako da se protivnik pobijanja koji se na taj način oslobađa otplate obavezuje da vrati dati iznos, koji je poverilac primaoca činidbe dobio od dužnika.

Pokloni između članova porodice koji prevazilaze zakonski dugovano izdržavanje (ono se usled toga retira kao izdržavanje između članova porodice i ispunjava element nadoknadivosti) predstavljaju činidbe dužnika bez naknade. To važi i za slučaj kada se to nazove „naknadom“ za vođenje domaćinstva i staranje o deci od strane bračnog druga koji nije u radnom odnosu.

Zaključenje životnog osiguranja od strane dužnika odnosno dužničkog privrednog društva u korist trećih lica, u odnosu između dužnika i povlašćenih lica (protivnik pobijanja) smatra se elementom „nenadoknadivosti“ ako – što je u praksi uglavnom slučaj – povlašćeno lice ne mora da izvrši protivčinidbu za to životno osiguranje. U ekonomskom smislu, kod takvih postupaka se isključivo povlašćuje treće lice bez obaveze izvršenja neke protivčinidbe.

6. „Ne mogu se pobijati uobičajeni prigodni darovi, nagradni darovi, kao ni darovi učinjeni iz zahvalnosti niti izdvajanja u humanitarne svrhe, pod uslovom da su u vreme kada su učinjeni bili srazmerni finansijskim mogućnostima stečajnog dužnika i uobičajeni za privrednu granu kojoj stečajni dužnik pripada“

Od mogućnosti pobijanja na osnovu člana 124 stav 1 ZS izuzeti su uobičajeni, primereni pokloni, koji se u skladu sa običajima u vezi sa određenim

povodima smatraju uobičajenim ili koji se daju u dobrotvorne svrhe ili svrhe od opšte koristi (za Božić, Novu godinu, Uskrs, rođendan ili imendan, prilikom poseta, jubileja, krštenja, sticanja crkvenog punoletstva¹¹⁾, veridbe, svadbe, poslovni ručak itd.). U tom slučaju je merodavno da li se radi o uobičajenom prigodnom poklonu odnosno uobičajenom prigodnom daru, a ne o činidbama koje se trajno ponavljaju u kratkim razmacima.

Osim toga, poklon ne sme da pređe meru koja bi bila u skladu sa prilikama davaoca i uobičajena za takve prilike. Takođe, vrednost činidbe mora da stoji u prihvatljivoj razmeri u odnosu na povod davanja poklona. Ovim ograničenjem se isključuju takvi oblici poklona da se, na primer, povodom rođendana pokloni kuća. Još jedna ispravka se vrši i na taj način što se na osnovu člana 124 ZS privilegovano tretiraju samo neznatni pokloni/darovi koji su u skladu sa imovinskom situacijom dužnika/dužničkog privrednog društva.

Iako se u načelu pitanje o uobičajenosti i maloj vrednosti definiše u poređenju sa običajima i u odnosu na konkretne imovinske odnose dužnika odnosno dužničkog privrednog društva u trenutku davanja poklona, veći pokloni nika da nisu privilegovani na osnovu člana 124 stav 2 ZS. Iz tog razloga su, na primer, putovanja koja je dužnik platio poslovnom partneru ili trećem licu izuzeta iz privilegija koje predviđa član 124 stav 2 ZS, što važi takođe – i posebno – za slučaj kada dužnik od toga očekuje određenu imovinsku korist, pošto – kao što je već istaknuto – nisu presudne subjektivne predstave dužnika/dužničkog privrednog društva.

7. „Odricanje od nasledstva smatra se pravnom radnjom stečajnog dužnika bez naknade“

Na pojašnjavajući način, član 124 ZS reguliše da se izjave o odricanju od nasledstva uvek tretiraju kao besplatne radnje, odnosno radnje dužnika/dužničkog privrednog društva bez naknade. Iza toga stoji da se dužnik odnosno dužničko privredno društvo putem odricanja od nasledstva odriče imovinskih predmeta, usled čega se umanjuje imovinska masa dužnika u korist primaoca nasledstva koji se na osnovu reda nasleđivanja ili iskazane volje u testamentu – privileguje, i to na teret imovine dužnika/(kasnije) stečajne mase.

8. Oštećenje poverilaca

Činidba dužnika/dužničkog privrednog društva mora da dovede do oštećenja poverilaca, pri čemu nije merodavno da li je pri tome reč o neposrednom

11) *Prim. prev.*: čin u Rimokatoličkoj i Evangeličkoj crkvi kojim se slavi sticanje „crkvenog punoletstva“ dece, čime postaju članovi zajednice.

ili posrednom oštećenju poverilaca. Pošto je dovoljno i posredno oštećenje poverilaca, imovinska situacija dužnika u trenutku same činidbe nije od značaja. Od značaja nije ni pitanje da li je dužnik u trenutku preduzimanja činidbe već imao poverioce. Oštećenje poverilaca izvodi se po pravilu direktno na osnovu obavljanja činidbe bez naknade.

9. Teret dokazivanja

Teret dokazivanja o ispunjenosti uslova koje predviđa član 124 stav 1 ZS snosi podnosilac pobojne tužbe, što je po pravilu stečajni upravnik. On prema tome mora da dokaže da je dužnik odnosno dužničko privredno društvo izvršilo činidbu bez naknade, ili delimično bez naknade, u korist protivnika pobijanja čime je protivnik pobijanja privilegovan, a ta činidba je postala uzročna za oštećenje svih poverilaca.

Ako se protivnik pobijanja usprotivi pobijanju na osnovu člana 124 ZS, na njemu je da dokaže ekonomski ekvivalent vrednosti protivčinidbe za primljeni poklon, a time i primerenost protivčinidbe koju je on izvršio. Pored toga, protivnik pobijanja je zadužen i za eventualno izvođenje dokaza da je davanje poklona od strane dužnika/dužničkog privrednog društva izvršeno izvan roka od pet godina predviđenog članom 124 ZS. Teret dokazivanja pada na protivnika pobijanja, ako želi da se pozove na okolnost da poklon koji je primio potpada pod privilegije koje predviđa član 124 stav 2 ZS.

Teret dokazivanja pada na protivnika pobijanja i onda kada se poziva na argument da na taj način nije stekao imovinsku korist, bilo zato što smatra da je poklon dužnika od početka bio bezvredan ili zato što više nije u stanju da ga stvarno vrati. U poslednjem navedenom slučaju on pored toga mora da dokaže i da osim činidbe koju je svojevremeno primio od dužnika nije primio nikakvu drugu nadoknadu. Ovo je neophodno kako bi se isključilo da primalac poklona (protivnik pobijanja) predmet koji je dobio (delom) bez naknade od dužnika ne prenese ili proda uz ostvarivanje dobiti. Ako je primalac poklona stekao imovinsku korist na osnovu takve transakcije, dužan je da takvu korist vrati u stečajnu masu. Isto važi i za lančane poslove, kada dakle primalac poklona već primljeni poklon bez naknade pokloni sledećem primaocu poklona kako bi mogao da se pozove na prigovor da nije stekao imovinsku korist. U tom smislu, dakle, nije dovoljno da se protivnik pobijanja pozove samo na to da je primljeni poklon ili poklonjeno potraživanje bez naknade prosledio trećem licu (vidi dodatno i komentar o članu 130 stav 1 ZS).

OSMI DEO

Dopunski propisi o poboju pravu specifičnom za stečajni postupak

I. Član 125 ZS (Povezana lica)

„Povezanim licima stečajnog dužnika u smislu ovog zakona smatraju se:

- 1) direktor, član organa upravljanja ili organa nadzora stečajnog dužnika;*

- 2) član stečajnog dužnika koji za njegove obaveze odgovara celokupnom svojom imovinom;*

- 3) član ili akcionar sa značajnim učešćem u kapitalu stečajnog dužnika;*

- 4) pravno lice koje stečajni dužnik kontroliše u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva;*

- 5) lica koja zbog svog posebnog položaja u društvu imaju pristup poverljivim informacijama ili imaju mogućnost da se upoznaju sa finansijskim stanjem stečajnog dužnika;*

- 6) lica koje je faktički u poziciji da vrši značajan uticaj na poslovanje stečajnog dužnika;*

- 7) lica koje je srodnik po krvi u pravoj liniji bez obzira na stepen ili u pobojoj liniji do četvrtog stepena srodstva, srodnik po tazbini do drugog stepena srodstva ili bračni drug fizičkih lica iz tač. 1), 2), 3), 5) i 6) ovog člana.“*

1. Uopšteno

Član 125 ZS sadrži pravnu definiciju pojma „povezana lica“ koji se koristi u brojnim propisima o pobijanju. Reč je o licima koja imaju posebne mogućnosti za delovanje zbog činjenice da imaju pristup informacijama ili zbog uticaja na imovinske odnose dužnika/dužničkog privrednog društva iz ličnih razloga, razloga kompanijskog prava ili sličnih. S obzirom na navedeno, u slučaju izmeštanja imovine u njihovu korist ili uz njihovu saradnju opravdana je doza posebnog podozrenja, tako da se pobojne radnje prema tim licima mogu vrši-

ti pod olakšanim okolnostima. Odnos povezanosti dužnika/dužničkog privrednog društva sa povezanim licem pri tome u načelu – osim u slučaju kad je zakonom drugačije uređeno – treba da je postojao u trenutku sticanja punovažnosti pobijenog pravnog posla (vidi član 127 stav 2 ZS).

U tačkama 1 do 6 člana 125 ZS nabrojana su lica koja su ili prema odredbama kompanijskog prava ili stvarno povezana sa dužnikom/dužničkim privrednim društvom. Član 125 tačka 7 odnosi se na lične odnose između povezanih lica i dužnika/dužničkog privrednog društva.

2. Povezana lica u smislu kompanijskog prava (član 125 tačke 1-6 ZS)

2.1. „članovi organa upravljanja/organa nadzora“ (tačka 1)

Povezanim licima pravnih lica i društava koja nemaju svojstvo pravnog lica smatraju se najpre članovi njihovih organa upravljanja ili nadzora. Član 125 tačka 1 primenjuje se i na eventualne „zamenike“ članova organa upravljanja i organa nadzora. Nije presudna punovažnost imenovanja organa, odlučujuće je da li se delatnosti zaista izvršavaju, odnosno da li su izvršavane u trenutku pravne radnje koja se pobija – tako da i „faktički organi“ potpadaju pod primenu člana 125 tačka 1 ZS. I ta lica raspolažu privilegovanim, većim insajderskim znanjem.

Usled identične pozicije dobijanja informacija i sličnih interesa, pod primenu ovog člana potpadaju i članovi eventualnog dobrovoljnog nadzornog saveća ili članovi nekog kontrolnog tela sa sličnim nadzornim funkcijama, pri čemu će u takvim slučajevima uglavnom biti ispunjeni i uslovi iz člana 125 tačka 6 ZS.

2.2. „Član stečajnog dužnika koji za njegove obaveze odgovara celokupnom svojom imovinom“ (tačka 2)

Privilegovano, tj. nadmoćno, a time i insajdersko znanje pretpostavlja se kod svakog lica koje je član dužničkog privrednog društva, a koje svojom imovinom neograničeno odgovara za dugove dužničkog privrednog društva. Na taj način član 125 tačka 2 ZS pretpostavlja dve stvari: Kao prvo mora da postoji poslovni odnos između povezanog lica (“član”) i dužničkog privrednog društva, sa druge strane mora da postoji neograničena odgovornost tog člana dužničkog privrednog društva za dugove privrednog društva. Prema tome, predmet člana 125 tačka 2 ZS su članovi društva/dužničkog privrednog društva sa ličnom odgovornošću. Kada je reč o komanditnom društvu, to se odnosi na komplementare (članove komanditnog društva), a kod ortačkog društva

kao društva lica na ortake. Ali za razliku od toga, primena člana 125 tačka 2 ZS se ne odnosi, na primer, na spoljne članove komanditnog društva (komanditore), pošto oni ne odgovaraju svojom imovinom za dugove društva. Takođe se primena člana 125 tačka 2 ZS ne odnosi na društvo sa ograničenom odgovornošću, izuzev slučaja predviđenog u članu 125 tačka 3 ZS. Isto važi i za akcionare akcionarskog društva.

2.3. „član ili akcionar sa značajnim učešćem u kapitalu društva/stečajnog dužnika“ (tačka 3)

Takođe, povezanim licima se smatraju i svi članovi društva ili akcionari koji imaju značajno učešće u kapitalu društva. Šta se smatra značajnim učešćem u osnovnom kapitalu, šta se smatra većinskim učešćem u osnovnom kapitalu, kao i kada je određeno lice kontrolni član društva, propisano je članom 62 Zakona o privrednim društvima čiji stav 3 reguliše povezana lica i predviđa sledeće: „Značajno učešće u osnovnom kapitalu postoji ako jedno lice, samostalno ili sa drugim licima koja sa njim deluju zajedno, poseduju više od 25% prava glasa u društvu“.

2.4. „pravno lice koje stečajni dužnik kontroliše u smislu zakona kojim se uređuju privredna društva“ (tačka 4)

Takođe, povezanim licima u smislu člana 125 ZS smatraju se privredna društva – ćerke i ostala povezana privredna društva dužničkog privrednog društva, ako na osnovu merodavnih kompanijsko-pravnih propisa u Srbiji između njih postoji veza u smislu koncerna, koja omogućuje da dužničko privredno društvo kontroliše povezano lice u smislu člana 125 tačka 4 ZS i u smislu kompanijskog prava Republike Srbije.

2.5. „lica koja zbog svog posebnog položaja u društvu imaju pristup poverljivim informacijama ili imaju mogućnost da se upoznaju sa finansijskim stanjem stečajnog dužnika“

Takođe se kao povezana kvalifikuju takva lica koja na osnovu svoje profesionalne pozicije ili neke druge pozicije u okviru dužničkog privrednog društva imaju mogućnost da dobiju poverljive informacije ili informacije o ekonomskoj situaciji dužničkog privrednog društva. Međutim, nije neophodno da su ta lica stvarno i primila tajne informacije ili informacije o ekonomskoj poziciji dužničkog privrednog društva. Ovo je pitanje koje postaje relevantno isklju-

čivo prilikom izvođenja dokaza. Na teret povezanih lica u smislu člana 125 tačka 5 ZS najpre se u načelu polazi od toga da su ta lica zaista i stekla tajne informacije ili informacije o finansijskom stanju dužničkog privrednog društva. Na protivniku pobijanja je da potom, u okviru eventualnog postupka pobijanja dokaže suprotno, pri čemu to često neće biti moguće, pošto bi on u smislu člana 125 tačka 5 ZS konkretno morao da iznese i dokaže iz kojih razloga je bio sprečen da pribavi informacije, iako je načelno imao mogućnost kompletnog uvida u tajne informacije odnosno finansijsku situaciju dužničkog privrednog društva. U tom smislu, član 125 tačka 5 ZS obuhvata pre svega zaposlena lica i saradnike (prokuriste, zaposlene na rukovodećim položajima itd.), ako su oni zaista imali mogućnost da pribave informacije.

Pored toga na osnovu formulacije iz člana 125 tačka 5 ZS sledi da između povezanog lica i dužničkog privrednog društva ne mora nužno da postoji zasnovan radni odnos („*lica koja zbog svog posebnog položaja...*“). Stoga se primena člana 125 tačka 5 ZS odnosi i na eksterne revizore, poreske savetnike i knjigovođe, u meri u kojoj oni na osnovu svojih ugovornih odnosa imaju mogućnost kompletnog informisanja o dužničkom preduzeću.

2.6. „lice koje je faktički u poziciji da vrši značajan uticaj na poslovanje stečajnog dužnika“ (tačka 6)

Član 125 tačka 6 ZS predstavlja opšte dopunsko zakonsko rešenje u odnosu na slučajeve regulisane članom 125 tačke 1-5 ZS u onim slučajevima u kojima neko lice nije obuhvaćeno članom 125 tačke 1-5 ZS, iako uprkos tome ima značajan uticaj na sudbinu privrednog društva i/ili posebne mogućnosti dobijanja informacija. To se u prvom redu odnosi na faktičke direktore, tj. na one koji nisu u smislu kompanijskog prava imenovani u redovnom postupku na tu funkciju, ali kojima su ipak društvo ili članovi društva ustupili ili poverili slična prava ili kod kojih je dužničko preduzeće ili su članovi društva tolerisalo/tolerisali vršenje sličnih ovlašćenja.

U posebnim konstelacijama, član 125 tačka 6 ZS stoga može da se primeni čak i u odnosu na poslovnu banku dužničkog privrednog društva, ili na glavnog dobavljača dužničkog privrednog društva, ako banka ili glavni dobavljač na osnovu faktičkih okolnosti mogu neposredno da odrede sudbinu dužničkog privrednog društva. To važi nezavisno od pitanja da li se načelno na osnovu statuta, odnosno osnivačkog akta društva u suštini sudbina društva stavlja u ruke propisno imenovanom rukovodstvu društva.

2.7. Širenje kruga lica u smislu člana 125 tačke 1), 2), 3), 5) i 6) ovog člana (supružnici)

U povezana lica u smislu člana 125 tačke 1, 2, 3, 5 i 6 ZS ne ubrajaju se samo lica koja su tamo navedena – s tim u vezi se upućuje na gore navedeni komentar – već i supružnici lica navedenih u članu 125 tačke 1, 2, 3, 5 i 6 ZS, kao što se precizira u okviru člana 125 tačka 7 u 2. delu rečenice.

I kod supružnika se može osnovano pretpostaviti da su imali značajne mogućnosti dobijanja informacija i/ili vršenja uticaja u odnosu na dužničko privredno društvo, odnosno da su te mogućnosti imali u trenutku kada je pobjona pravna radnja preduzeta. Treba imati na umu da je neophodno da je u trenutku nastupanja pravne radnje koja se pobija već bio zasnovan bračni odnos, dok kasnije zaključenje braka najpre načelno ne dovodi do ispunjenosti elementa povezanosti u smislu člana 125 tačka 7 2. deo rečenice ZS. Nije od značaja da li je brak zaključen na osnovu pravnih propisa Srbije ili nekog drugog pravnog poretka. Nije od značaja ni da li se brak koji je zaključen u okviru nekog drugog pravnog poretka načelno priznaje od strane pravnog poretka Republike Srbije, pošto kod pobijanja u odnosu na povezana lica nije presudno da li se taj brak prihvata kao validan od strane pravnog sistema Republike Srbije, već su presudne isključivo povećane mogućnosti da supružnik stekne informacije i/ili da vrši uticaj.

Iz tog razloga načelno važi i da su relevantni samo stvarno zaključeni brakovi u smislu teksta člana 125 tačka 7 2. deo rečenice ZS, mada kod tumačenja smisla to treba izjednačiti sa slučajem da je lice u trenutku preduzimanja pravne radnje/radnje koja se pobija održavalo vezu sličnu braku, pošto je zapravo merodavno da li su postojale mogućnosti dobijanja informacija i/ili vršenja uticaja, a ne da li je stvarno ispunjena okolnost validnog zaključenja braka.

2.8. Povezana lica u odnosu na fizičko lice (tačka 7)

Član 125 tačka 7 ZS definiše krug povezanih lica u odnosu na fizička lica, kao dopunu uz ostala povezana lica koja predviđa član 125 ZS. Prema tome, lica su povezana kod krvnog srodstva u pravoj liniji, nezavisno od stepena srodstva, i u pobočnoj liniji do četvrtog stepena. Isto važi i kada je reč o srodniku po tazbini do drugog stepena srodstva.

II. Član 126 ZS (Nemogućnost pobijanja)

„Ne mogu se pobijati pravni poslovi zaključeni odnosno pravne radnje preduzete radi:

- 1) izvršenja usvojenog plana reorganizacije stečajnog dužnika preduzete posle otvaranja stečajnog postupka;
- 2) nastavljanja poslova preduzetih posle otvaranja stečajnog postupka;
- 3) isplate po menicama ili čekovima ako je druga strana morala primiti isplatu da ne bi izgubila pravo na regres protiv ostalih meničnih odnosno čekovnih obveznika.

Pravna radnja odnosno pravni posao koji se smatra uobičajenim, odnosno neuobičajenim namirenjem u smislu ovog zakona ne može se pobijati ako je stečajni dužnik istovremeno ili u kratkom periodu pre ili posle izvršenog pravnog posla odnosno pravne radnje primio jednaku vrednost u vidu protivnagnade od poverioca ili drugog lica, za čiji račun je izvršen pravni posao odnosno pravna radnja.

Pravna radnja odnosno pravni posao koji predstavlja uobičajeno ili neuobičajeno namirenje poverilaca, odnosno kojim se poverioci neposredno oštećuju ne može se pobijati ako je radnja preduzeta, odnosno posao zaključen:

- 1) pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka,
- 2) na osnovu okvirnog ugovora iz člana 82 stav 3 ovog zakona;
- 3) u skladu sa uobičajenom poslovnom praksom za izvršavanje ugovora takve vrste.“

1. Uopšteno

Iako su načelno ispunjeni uslovi pobijanja na osnovu elemenata pobjnosti prema članu 119 i narednim članovima ZS, član 126 ZS reguliše specijalne slučajeve koji se razlikuju od toga, a u kojima pravna radnja koja u načelu jeste pobjna – ne može da se pobija.

Prema članu 126 ZS štite se interesi poverilaca koje je neophodno zaštititi da bi se plan reorganizacije mogao uspešno realizovati, odnosno da bi se mogao obezbediti nastavak poslovanja. Osim toga, u članu 126 ZS spretno se obrađuju interesi poverilaca koji su primili neposrednu protivčiniidbu u okviru posla kompenzacije te konačno i interesi samih oštećenih poverilaca (član 126 stav 3 ZS).

2. Član 126 stav 1 tačka 1 ZS

Ne mogu se pobijati pravne radnje/radnje ako one služe za sprovođenje izglasanog i usvojenog plana reorganizacije. Iza ove privilegije stoji da bi dru-

gačijem slučaju sprovođenje plana reorganizacije za poverioce bilo opterećeno rizikom a poverioci pogođeni time eventualno ne bi bili voljni da daju saglasnost na plan reorganizacije ako bi morali da se pribojavaju da u slučaju neuspešnog sprovođenja plana reorganizacije sve primljene isplate ili ostala namirenja na kraju opet moraju da se vrate, iako su po pravilu poverioci u trenutku nastanka plana reorganizacije uglavnom već delotvorno i trajno odustali od nekih prava. To bi moglo da dovede do toga da poverilac, iako u okviru sprovođenja plana primi parcijalnu nadoknadu i zauzvrat odustane od nekih daljih prava, u slučaju neuspeha plana reorganizacije bude primoran da vrati dobijeno u stečajnu masu, a da pritom više ne može, zbog odricanja koje je izvršio prilikom realizacije plana – da ostvari svoja prava. Odredba člana 126 stav 1 tačka 1 ZS stoga ima za rezultat predvidivost i pouzdanost postupka reorganizacije u odnosu na uključene poverioce.

3. Član 126 stav 1 tačka 2 ZS

Cilj stečajnog postupka jeste da se obezbedi najpovoljnije moguće namirenje poverilaca (vidi član 2 ZS). To se može sprovesti na tri načina: bankrotstvom i raspodelom prihoda među poveriocima, zatim usvajanjem unapred pripremljenog plana reorganizacije ili usvajanjem plana reorganizacije.

Nastavak poslova u okviru pokrenutog stečajnog postupka je po prirodi stvari otežan, pošto ugovorne strane uglavnom nisu spremne da i dalje održavaju ugovorne odnose sa nesolventnim preduzećem. Član 126 stav 1 tačka 2 ZS štiti saugovarača stečajnog dužnika nakon otvaranja stečaja od pobijanja na taj način što se stečajnom dužniku omogućava da okonča započete poslove i sačuva i obezbedi imovinu, i zaštititi je od propadanja, a s ciljem očuvanja njene vrednosti kako bi se ostvarili interesi poverilaca i sprečio nastanak štete za stečajnu masu.

4. Član 126 stav 1 tačka 3 ZS

Predmet pobijanja ne mogu biti ni pravni poslovi zaključeni, odnosno pravne radnje preduzete radi isplate po menicama ili čekovima ako je druga strana morala primiti isplatu da ne bi izgubila pravo na regres protiv ostalih meničnih odnosno čekovnih obveznika. Ovom odredbom zakonodavac je izričito izuzeo od pobijanja pravne poslove i pravne radnje koji se tiču isplate meničnih i čekovnih obaveza. Međutim, da bi ovi pravni poslovi i pravne radnje bili izuzeti od pobijanja, moraju biti kumulativno ispunjeni sledeći uslovi: 1. da stečajni dužnik ima status meničnog dužnika, odnosno akceptanta ili

izdavaoca menice, 2. da se isplata mora izvršiti gotovinskim plaćanjem koje je usledilo nakon dospelosti menične obaveze i 3. da se isplata mora primiti kako se u skladu sa odredbama meničnog prava ne bi izgubilo pravo regresa protiv ostalih meničnih odnosno čekovnih dužnika.

5. Član 126 stav 2 ZS („Gotovinski posao“)

Prema članu 126 stav 2 ZS pravne radnje/ poslovi nisu pobjojni, ako dužnik odnosno dužničko privredno društvo za svoju činidbu primi adekvatnu protivčinidbu, odnosno ako je takvu primio/primilo, a protivčinidba stoji u neposrednom vremenskom ili stvarnom kontekstu. Da takve pravne radnje/radnje ne mogu da se pobijaju, obrazlaže se na osnovu okolnosti da u slučaju priliva u (buduću) stečajnu masu iste vrednosti više ne može da se pretpostavi oštećenje poverilaca, a osim toga poslovni partner ne bi više obavljao nikakve poslove sa dužnikom/dužničkim privrednim društvom ako bi morao da strahuje da bi činidbe jednake vrednosti koje su izvršene u okviru neposredne razmene činidbi bile izložene pobjojnosti.

Odlučujuća okolnost za privilegovanje u smislu člana 126 stav 2 ZS jeste da je protivčinidba usledila na osnovu činidbe dužnika, a da su na osnovu toga činidba i protivčinidba ugovorno međusobno povezane. Neškodljivo za prihvatanje „gotovinskog posla“ u smislu člana 126 stav 2 ZS jeste da su činidba i protivčinidba međusobno povezane na osnovu dugoročnih ugovornih odnosa, kao na primer kod trajnih mandata advokata, poreskih savetnika ili sličnih grupa profesija. Međutim, i u tim slučajevima je neophodno da su činidba i protivčinidba vremenski i predmetno razdeljive i da su u tom smislu i blagovremeno razmenjene. Da bi se izbegli nesporazumi, potrebno je ukazati i da član 126 ZS ne obuhvata samo gotovinske isplate, već i druge vidove plaćanja ili razmene činidbi.

Povezanost činidbe i protivčinidbe je morala da postoji još u trenutku zaključenja ugovora, kako bi mogla da bude uopšte privilegovana na osnovu člana 126 stav 2 ZS. Ako prvobitno nije ugovorena razmena činidbe i protivčinidbe u odnosu na određeni vremenski kontekst, i ako se usled toga činidba i protivčinidba ne razmene u kraćem vremenskom razmaku, nema mesta privilegovanom tretmanu u smislu člana 126 stav 2 ZS. Takođe nema mesta ovom privilegovanju u slučaju da su vremenski i stvarno povezana činidba i protivčinidba ugovorene, a protivčinidba bude izvršena u nekom kasnijem trenutku. Ovo zbog toga što nema razloga da se povlašćeno tretiraju poslovi prometa dužnika u krizi koji se odvijaju drugačije nego što je bilo dogovoreno. Privilegovan tretman u smislu člana 126 stav 2 ZS ne važi ni onda kada protivčinidba

koju duguje dužnik/dužničko privredno društvo nije izvršena iz sopstvenih sredstava i/ili je izvršena na način drugačiji od onog koji je bio ugovoren, čak i ako je vremenska povezanost ispoštovana. Reč je o „gotovinskom poslu“ u smislu člana 126 stav 2 ZS, kada dužnik izmiri potraživanje na osnovu isporuke robe putem čeka mušterije. Nešto drugo može da važi samo ako je u ugovoru između dužnika/dužničkog privrednog društva i (budućeg) protivnika pobijanja, koji predstavlja osnov pravnog posla, od samog početka predviđeno ovlašćenje za zamenu činidbe koja treba da se ispuni i ako se protivčinidba kreće u okvirima tog ovlašćenja za zamenu.

Činidba i protivčinidba moraju da se razmene radi ispunjenja elementa „neposrednosti“ (*istovremeno ili u kratkom periodu*) u jednom kraćem periodu. Sukcesivna naknada nije potrebna, isto kao ni činidba dužnika unapred. Ne postoje kruta vremenska ograničenja za pretpostavku neposrednosti, a s tim u vezi i privilegovanja u smislu člana 126 stav 2 ZS. Odlučujuće je zapravo pitanje da li se odnosni pravni posao, ako se uzmu u obzir konkretne mogućnosti ispunjenja i/ili uobičajeni običaji naknade prema opštem poimanju prometa, i dalje smatra za jedinstveno gotovinsko pokriće ili bi morao da se oceni kao neka vrsta odobravanja kredita. Maksimalna dužina trajanja perioda za razmenu činidbi morala bi da bude oko 30 dana, pošto u suprotnom ne bi moglo da se poče od postojanja neposredne razmene činidbi.

Pretpostavci postojanja „gotovinskog posla“, tj. neposredne razmene činidbi u smislu člana 126 stav 2 ZS, ne smeta ako je protivnik pobijanja svoju činidbu ispunio pre kritičnog trenutka, a dužnik u okviru kritičnog perioda.

Ako dužnik prethodno ispuni svoje činidbe, period između činidbe i protivčinidbe ne sme da bude duži nego u slučaju njegove činidbe unapred učinjene ugovornom partneru.

Da bi se primenilo privilegovanje u smislu člana 126 stav 2 ZS, potrebno je pored toga i da činidbe budu iste vrednosti. Ovaj uslov je zakonodavac uneo u tekst zakona kako bi pojasnio da privilegovanje, tj. izuzeće od pobijanja u smislu člana 126 stav 2 ZS može da se pretpostavi samo u slučaju da dođe do preslojavanja imovine u okviru imovine dužnika, čime se međutim poverioci ne dovode neposredno u lošiji položaj. To dovodi do toga da privilegovanje prema članu 126 stav 2 ZS važi i u slučaju kada je činidba poverioca (protivnika pobijanja) bila veće vrednosti od činidbe dužnika/dužničkog privrednog društva. U suprotnom slučaju, dakle kada je činidba dužnika imala veću vrednost od primljene protivčinidbe, ne može da se sprovede podela pravnog posla u celini na deo koji se ne može pobijati i deo pravnog posla koji se može pobijati. Takvo pobijanje dela biće moguće samo ako se pravni posao sam može podeliti u posebne delove.

Od odlučujućeg značaja je načelno – kao uostalom uopšte kod pitanja oštećenja poverilaca – objektivna jednakost vrednosti činidbe i protivčinidbe. Nije od značaja, prema tome, da li su stranke subjektivno pošle od postojanja jednake vrednosti činidbe i protivčinidbe. Jednakost vrednosti, na primer, nije data ako druga strana samo vrši činidbe prema dužniku pod uslovom da ovaj ujedno sa obavezom koja iz toga proističe izmiruje i stare obaveze ili ako sredstvo obezbeđenja koje uspostavi dužnik pored novoodobrenog kredita treba da obezbedi i neki stari kredit.

Isplata honorara konsultantu za sanaciju privrednog društva ili advokatu, koji treba da izradi plan reorganizacije ili koncept sanacije, privilegovana je u smislu člana 126 stav 2 ZS u slučaju da se isplata kreće u okvirima vremenski i prostorno tesne veze i ako se u startu nije moglo prepoznati da pokušaj sanacije nužno mora da propadne, te da je na osnovu toga lice koje je angažovano unapred znalo da je neizbežna posledica stečaj. Advokat ili konsultant koji izrađuje predlog za pokretanje stečaja takođe je privilegovan ako svoje usluge fakturiše i naplati u kratkom roku. U tom smislu nije presudan trenutak vremenski povezanog fakturisanja, već trenutak plaćanja po osnovu tog računa. Advokatima i konsultantima za sanaciju se stoga preporučuje, ako su na duži rok angažovani za dužničko preduzeće u okviru pokušaja sanacije, izradu plana reorganizacije ili pripreme predloga za otvaranje stečajnog postupka, da sukcesivno ispostavljaju račune, deo po deo, i da insistiraju da se ti računi po mogućnosti blagovremeno plate. Samo na taj način za ove grupacije profesija u odnosu na ove poslove može da se primeni privilegija nepobojnosti koju predviđa član 126 stav 2 ZS.

Član 126 stav 2 ZS postaje relevantan i u slučaju kredita za sanaciju. I ovde je isključeno pobijanje ako su odobravanje kredita i obezbeđenje jednakih vrednosti. Čak ni neuspeh sanacije ne dovodi do pobojnosti bezbednosti koje je uspostavio stečajni dužnik pod tim okolnostima, iako u trenutku pokretanja stečajnog postupka suma pozajmice više ne postoji. Posebnu pažnju u slučaju kritikovanja sanacije međutim treba usmeriti na pitanje da li su data sredstva obezbeđenja za kredit za sanaciju bila adekvatne vrednosti, što treba pretpostaviti samo u slučaju ako sredstvo obezbeđenja u pogledu visine vrednosti ne prelazi znatno iznos kredita. Time je isključeno privilegovanje prema članu 126 stav 2 ZS i moguće je pobijanje ako vrednost sredstava obezbeđenja ne stoji u razumnom, uobičajenom odnosu prema visini kredita ili kada sredstva obezbeđenja, pored kredita za sanaciju, treba da pokriju i druge obaveze.

Privilegovano je putem člana 126 stav 2 ZS i sprovođenje postupka preko stvarnog faktoringa, to jest kada dužnik odnosno dužničko privredno društvo

na standardizovan način proda svoja potraživanja u odnosu na treće (izvršne) dužnike preduzeću za faktoring i time pre stvarnih rokova naplate primi isplate od strane privrednog društva za faktoring, pošto se ovde dužniku prenosi puna protivvrednost potraživanja, tako da se isključuje oštećenje poverilaca. Pri tome je nevažno da li se protivčinidba faktora u trenutku pokretanja stečajnog postupka i dalje nalazi u stečajnoj masi. Neškodljivo je osim toga i da faktor o svom riziku po pravilu, radi obezbeđenja potraživanja, formira malu kauciju koja se deponuje na jednom blokiranom računu. Iza toga stoji ideja da bi i bez primene faktoringa, narednom klijentu (dužniku) odgovarajući iznos stajao na raspolaganju (ali) tek u trenutku dospeća potraživanja. Pošto su za iznose na blokiranom računu, uostalom, po pravilu do njihovog knjiženja predviđene kamate prema uobičajenim kamatnim stopama banke, ni u tom smislu ne dolazi do oštećenja poverilaca. Probleme u oblasti faktoringa pričinjavaju samo oni slučajevi u kojima faktor unosi potraživanja klijenata pod primerenim uslovima (kupuje ih), ali na osnovu prava narednog klijenta (dužnika) da se u njegovu korist knjiži prihod od faktoringa, uvećava ih za potraživanja regresa iz prethodnih poslova, odnosno koristi u njegovu korist knjižena sredstva da bi popunio račun dužnika, te ovi slučajevi nisu privilegovani na osnovu člana 126 stav 2 ZS.

Privilegovane su na osnovu člana 126 stav 2 ZS uostalom samo činidbe koje se odvijaju između dužnika i trećeg lica (protivnika pobijanja). Prema tome, protivčinidba mora da dospe u imovinu dužnika.

6. Član 126 stav 3 ZS

Ovom odredbom se predviđa da se mogućnost pobijanja izuzme u odnosu na pravne poslove/pravne radnje koji mogu da se okvalifikuju kao uobičajeno ili neuobičajeno namirenje poverilaca, odnosno kojim se poverioci neposredno oštećuju ako je radnja preduzeta, odnosno posao zaključen:

1. pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka;
2. na osnovu okvirnog ugovora iz člana 82 stav 2 ovog zakona;
3. u skladu sa uobičajenom poslovnom praksom za izvršavanje ugovora takve vrste.

Pri tome je od odlučujućeg značaja da su od pobijanja (uobičajeno ili neuobičajeno namirenje, neposredno oštećenje) izuzeti poslovi koji su bliže opredeljeni tačkama 1, 2 i 3 ovog stava samo u slučaju kada su uslovi predviđeni u njima kumulativno ispunjeni. Stoga se ovaj izuzetak odnosi samo na poslove, odnosno pravne radnje iz okvirnih ugovora iz člana 82 stav 3 ZS.

Članom 82 ZS regulisano je pravo prebijanja potraživanja u stečajnom postupku.

Prema odredbi člana 82 stav 1 ZS, ako je poverilac pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka stekao pravo na prebijanje svog potraživanja prema stečajnom dužniku sa potraživanjem stečajnog dužnika prema njemu, otvaranjem stečajnog postupka ne gubi se pravo na prebijanje. Prema stavu 2 istog člana, da bi poverilac ostvario pravo na prebijanje, dužan je da do isteka roka za prijavu potraživanja sudu dostavi prijavu na celokupan iznos potraživanja i izjavu o prebijanju. U suprotnom, poverilac gubi pravo na prebijanje.

Međutim, odredbom člana 82 stav 3, na koju se poziva član 126 stav 3 ZS, predviđen je izuzetak koji glasi: „Izuzetno, u slučaju prava i obaveza iz jednog ili više finansijskih ugovora u kojima je jedna od strana stečajni dužnik, a koji su zaključeni na osnovu okvirnog ugovora između istih strana i to u periodu pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, pravo na prebijanje (netiranje) će postojati isključivo u pogledu takvih međusobnih prava i obaveza, iako je poverilac u skladu sa takvim okvirnim ugovorom pravo na prebijanje (netiranje) stekao posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, ali najkasnije u trenutku otvaranja stečajnog postupka, automatski ili putem dostavljanja obaveštenja o tome stečajnom dužniku, koje mora biti uručeno stečajnom dužniku najkasnije u roku od 3 dana od dana otvaranja stečajnog postupka, i to po osnovu postojanja stečajnog razloga, podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili otvaranja stečajnog postupka“.

Prema odredbi člana 82 stav 4 ZS, finansijskim ugovorom iz člana 82 stav 3 smatra se ugovor koji predviđa obavezu jedne ili obe ugovorne strane na vršenje nekog plaćanja ili isporuku određene robe, koji za predmet ima transakciju sa finansijskim derivatima poput svopova, opcija, fjučersa, forvarda i drugih neimenovanih derivata, reprotransakciju ili zajam hartija od vrednosti, a koji je zaključen u pisanoj formi ili usmeno, ukoliko o sadržini takvog usmenog finansijskog ugovora postoji pisani trag u skladu sa uobičajenom poslovnom praksom za zaključivanje ugovora takve vrste.

Iz toga proističe da je odredba člana 126 stav 3 ZS isključivo vezana za prebijanje potraživanja u stečajnom postupku, i to za izuzetak od pravila pod kojima se inače vrši prebijanje potraživanja, a taj izuzetak odnosi se na obaveze iz finansijskih ugovora, pri čemu se definicija finansijskog ugovora daje u članu 82 stav 4 ZS.

S obzirom na gore izneto, odredbu člana 126 stav 3 ZS treba tumačiti i primenjivati kao krajnje restriktivnu odredbu. Ova odredba se odnosi samo na prebijanje potraživanja, i to samo na prebijanje potraživanja koja potiču iz finansijskih ugovora, i to isključivo pod uslovima koji su predviđeni članom 126 stav 3 tačke 1, 2 i 3, a uz primenu svih ograničenja i uslova koji su predviđeni članom 82 stav 3 i 4 ZS.

Najjednostavnije rečeno, ova odredba ima primenu samo u situaciji kada se radi o prebijanju potraživanja iz finansijskih ugovora. Šta su finansijski ugovori i pod kojim uslovima se može vršiti prebijanje, predviđeno je upravo odredbom člana 82 stav 3 i 4 ZS.

III. Član 127 ZS (Rokovi)

„Rokovi koji se računaju unazad, a odnose se na pravne radnje i pravne poslove stečajnog dužnika koji se mogu pobijati tužbom, računaju se do dana u mesecu koji po broju odgovara danu podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Ako dan sa tim brojem ne postoji u poslednjem mesecu, rok se računa do poslednjeg dana tog meseca.

Smatra se da je pravni posao zaključen onda kada su ispunjeni uslovi za njegovu punovažnost, a ako je za punovažnost nekog pravnog posla potreban upis u zemljišnu knjigu ili registar brodova, vazduhoplova ili patenata, odnosno u drugu javnu knjigu ili registar, smatra se da je pravni posao zaključen onda kada je zahtev za upis podnet odgovarajućem organu.“

1. Uopšteno

Član 127 ZS reguliše računanje rokova. Pored toga pojašnjava u kom trenutku se smatra da je pravni posao zaključen.

2. Član 127 stav 1 ZS

Pobijanje u smislu člana 119-124 ZS preduzima se u rokovima koji se računaju od trenutka podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka. Da bi se izračunali odgovarajući rokovi, član 127 stav 1 ZS pojašnjava da se ovaj rok ne računa u danima ili nedeljama, već da rok za pobijanje počinje da teče na isti dan kad je podnet predlog za pokretanje stečaja. Ako je predlog za pokretanje stečaja podnesen 15. dana u nekom mesecu, pobjoini rok je počeo 15. u mesecu u okviru merodavnog roka pobijanja. Pobijanje u okviru roka od šest meseci u smislu člana 122 stav 1 ZS stoga je moguće kada je, na primer, predlog za pokretanje stečaja podnesen 10.12.2012 – unazad do 10.06.2012. (uklju-

čući i taj dan). Pobijanje u smislu člana 121 ZS u slučaju podnošenja predloga za pokretanje stečaja dana 03.01.2012. je moguće ako je pobjona pravna radnja izvršena u periodu počevši od 03.12.2011. (uključujući i taj dan).

Ako na kalendaru nije predviđen identičan broj dana, uzima se odgovarajući poslednji dan. Ako je, na primer, predlog za pokretanje stečaja podnesen 31.08.2012, mogu se pobijati radnje preduzete nakon 29.02.2012. (uključujući i taj dan), ako je rok za pobijanje šest meseci pre podnošenja predloga za otvaranje stečaja.

3. Član 127 stav 2 ZS

Trenutak u kome se smatra da je neki pravni posao preduzet od posebnog je značaja u okviru elemenata pobjonosti. On se bliže određuje članom 127 stav 2 ZS. Prema načelu predviđenom članom 127 stav 2 ZS, pravni posao se smatra preduzetim u trenutku u kome nastupe pravna dejstva tog pravnog posla.

Pravni posao koji se sastoji od nekoliko pojedinačnih akata smatra se izvršenim tek kada je usledio deo akta koji je neophodan za njegovu punovažnost.

Pravni poslovi koji se sastoje isključivo od jednog akta smatraju se preduzetim sa svojim izvršenjem. Konstitutivne izjave dužnika sa jednostranim dejstvom se, iako na osnovu materijalnog prava nastupaju retroaktivno, smatraju preduzetim tek sa njihovim davanjem. U vezi sa pravnim poslovima koji se sastoje od više akata – smatraju se preduzetim onda kada samo jedan parcijalni akt koji je neophodan za punovažnost nastupi u okviru pobjonog roka. Ne treba pomešati pravne poslove koji se sastoje od nekoliko akata sa nekoliko posebnih pravnih radnji. Tako se, na primer, zaplena potraživanja i isplata od strane trećeg (izvršnog) dužnika smatraju posebnim pravnim radnjama, a ne jedinstvenim pravnim poslom koji obuhvata nekoliko akata. Ako se neki osnovni pravni posao ispuni putem nekoliko parcijalnih činidbi (delimičnih akata), kao, na primer, kupoprodajni ugovor na osnovu isplate nekoliko rata – tada je potrebno odrediti vremenski trenutak svake pojedinačne činidbe. Pravni posao sa više akata je, na primer, i prenos vlasništva nad nekim predmetom. U tom slučaju je dovoljno ako je dogovor postignut pre odnosnog pobjonog roka, a primopredaja stvari izvršena tek nakon njegovog početka.

Poslovi prihvatanja obaveza za dužnika zaključuju se putem davanja ponude i prihvatanja, a ispunjeni su tek sa ovim poslednjim, tako da je u tom slučaju neophodno odrediti trenutak prihvatanja ponude prilikom utvrđivanja roka.

Poslovi ispunjenja činidbe su zaključeni tek sa poslednjim aktom prenošenja.

Isplate u gotovini se po pravilu smatraju izvršenim primopredajom novca. Nije merodavno vreme knjiženja uplate od strane poverioca. Po nemačkom

pravu, kod bezgotovinske doznake značajan je trenutak u kome nastaje pravo lica na iznos knjižen u njegovu korist, ali ne i njeno izvršenje u korist računa primaoca. Kod prebijanja potraživanja i dugova značajan je trenutak u kome je prvi put postojala mogućnost prebijanja. U okviru uspostavljanja sredstava obezbeđenja presudno je u kom trenutku je zaista uspostavljeno sredstvo obezbeđenja, a to znači kada su bili ispunjeni svi potrebni uslovi.

Za određene pravne radnje/pravne poslove, koji zahtevaju upis u neki registar (*zemljišnu knjigu ili registar brodova, vazduhoplova ili patenata*) ili u druge javne knjige ili registre, član 127 stav 2 ZS pojašnjava da je u tom smislu mero-davan zahtev za upis kod predmetnog registra.

IV. Član 128 ZS (Radnje pobijanja)

„Pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika pobijaju se tužbom.

Pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika mogu se pobijati i podnošenjem protivtužbe ili prigovora u parnici, u kom slučaju ne važi rok propisan u članu 119 stav 4 ovog zakona.“

1. Uopšteno

Propis člana 128 ZS reguliše na koji način može da se ostvari pravo na pobijanje. U smislu člana 128 ZS, to može da se učini i putem aktivnog i putem pasivnog postupka. Pored toga, pobijanje može da se preduzme i podnošenjem prigovora u parnici.

2. Član 128 stav 1 ZS

Propis iz člana 128 stav 1 ZS pojašnjava da se pobijanje ne ostvaruje automatski u tom smislu da bi protivnik pobijanja sam po sebi bio obavezan da proveri poboynost i (automatski) dužan da izvrši povraćaj. Zakon u članu 128 stav 1 ZS polazi od toga da je potrebno podneti odgovarajuću tužbu protiv protivnika pobijanja. Radi poštovanja rokova i izbegavanja zastarevanja, to je uvek neophodno i opravdano. U praksi je, međutim, uobičajeno da se protivnik pobijanja najpre vansudskim putem suoči sa zahtevom po osnovu poboynog prava, što može da dovede do uštede vremena i troškova ako protivnik pobijanja prizna zahtev pobijanja. U tom slučaju ne bi bilo potrebno podneti tužbu, mada uglavnom na kraju ipak sve vodi ka poboynoju tužbi, pošto protivnik pobijanja u veoma malom broju slučajeva priznaje vansudskim putem zahtev u celoj visini.

3. Član 128 stav 2 ZS

Član 128 stav 2 ZS objašnjava da se pobjjno pravo specifično za stečajni postupak ne ostvaruje samo u okviru aktivnog procesa putem podnošenja pobjjne tužbe, već i u vidu prigovora tokom postupka po osnovu već podnete tužbe kao i podnošenjem protivtužbe. Član 128 stav 2 ZS pravilno pojašnjava da u ovim slučajevima ne važi rok koji zakon pod članom 119 stav 4 ZS načelno predviđa za podnošenje pobjjne tužbe. Zakonodavac je imao nameru da očuva mogućnost ulaganja prigovora pobjjnosti i nakon glavne deobe.

V. Član 129 ZS (Stranke u postupku pobijanja)

„Tužiocu mogu biti poverilac i stečajni upravnik, u ime i za račun stečajnog dužnika odnosno stečajne mase. Stečajni upravnik dužan je pobijati pravne radnje uvek kada oceni da su ispunjeni uslovi za podnošenje tužbe, bez obaveze pribavljanja saglasnosti odbora poverilaca.

Tužba se podnosi protiv lica sa kojim je pravni posao zaključen, odnosno prema kome je pravna radnja preduzeta (u daljem tekstu: protivnik pobijanja) i protiv stečajnog dužnika, ako u njegovo ime tužbu nije podneo stečajni upravnik.

Tužba za pobijanje pravnog posla ili pravne radnje može se podneti i protiv naslednika ili drugog univerzalnog pravnog sledbenika protivnika pobijanja.

Tužba se može podneti i protiv ostalih pravnih sledbenika protivnika pobijanja ako je:

- 1) pravni sledbenik znao za činjenice koje predstavljaju razlog za pobijanje pravnih poslova ili radnji njegovog prethodnika;*
- 2) ono što je stečeno pravnim poslom ili pravnom radnjom koji se pobijaju pravnom sledbeniku ustupljeno bez naknade ili uz neznatnu naknadu.“*

1. Uopšteno

Član 129 ZS reguliše ko ima pravo da podnese pobjjnu tužbu (poverilac i stečajni upravnik). Osim toga, zakon takođe pojašnjava kako treba da glasi tužbeni zahtev, i kome je protivnik pobijanja dužan da izvrši povraćaj predmeta pobijanja. Pored toga, zakon pojašnjava i da stečajnom upravniku nije nužno potrebna saglasnost odbora poverilaca da bi podneo tužbu za pobijanje.

2. Lice koje vrši pobijanje

Prema članu 129 stav 1 rečenica 1 ZS, pravo da ulože tužbu za pobijanje imaju kako poverilac tako i stečajni upravnik. U pogledu stečajnog upravnika, on ima načelnu obavezu da proveri mogućnost pobijanja pravnih poslova i drugih pravnih radnji koje se odnose na imovinu dužnika i preko platnog prometa dužnika. Ako stečajni upravnik konstatuje da postoji osnov za pobijanje na osnovu člana 129 stav 1 rečenica 1 ZS, ima pravo i obavezu da podnese tužbu za pobijanje. U te svrhe – kao što sledi iz člana 129 stav 1 rečenica 2 ZS – ne mora da pribavi saglasnost odbora poverilaca. Stečajni upravnik je dužan da preduzme radnje pobijanja ako bi se pobijanjem uvećala stečajna masa.

3. Povlašćeno lice

Član 129 stav 1 rečenica 1 ZS reguliše da zahtev tužbe treba da se postavi tako da se ono što je stekao protivnik pobijanja vrati u stečajnu masu. To važi i za one slučajeve u kojima jedan poverilac iskoristi svoje pravo na pobijanje. I u tim slučajevima poverilac mora da formuliše zahtev tužbe na takav način da zahteva vraćanje u dužnikovu imovinu, odnosno u stečajnu masu kojom upravlja stečajni upravnik.

Poverilac koji vrši pobijanje postupa u svoje ime, a u korist stečajne mase; stečajni upravnik koji vrši pobijanje postupa u ime i u korist stečajne mase kojom upravlja. Svrishodno je da se tužbeni zahtev stoga formuliše otprilike na sledeći način:

Usvaja se tužbeni zahtev tužioca ..., pa se utvrđuje da je bez pravnog dejstva prema stečajnoj masi stečajnog dužnika ... ugovor zaključen dana ... , pa se obavezuje tuženi da stvar ... vrati u stečajnu masu u roku od 15 dana od dana prijema presude pod pretnjom prinudnog izvršenja.

4. Protivnik pobijanja

Prema članu 129 stav 2 ZS, protivnik pobijanja je načelno ono lice koje je steklo imovinsku korist na osnovu pobjodne pravne radnje, odnosno pravnog posla.

Da bi se izbeglo da se kasnijim izmeštanjem imovine od strane prvobitnog protivnika pobijanja predmet imovine izuzme iz njegove sfere, a time i izmaku pristupu, član 129 stav 4 ZS reguliše da takvo pobijanje može da se uloži i prema pravnom sledbeniku protivnika pobijanja, pod uslovima iz člana 129 stav 4 ZS.

VI. Član 130 ZS (Dejstva pobijanja)

„Ako zahtev za pobijanje pravnog posla ili druge pravne radnje bude pravnosnažno usvojen, pobijeni pravni posao odnosno pravna radnja nemaju dejstva prema stečajnoj masi, a protivnik pobijanja je dužan da u stečajnu masu vrati svu imovinsku korist stečenu na osnovu pobijenog posla ili druge radnje.

Protivnik pobijanja, nakon što vrati imovinsku korist iz stava 1. ovog člana, ima pravo da ostvaruje svoje protivpotraživanje kao stečajni poverilac, podnošenjem naknadne prijave potraživanja.“

1. Uopšteno

Član 130 ZS reguliše posledice uspešnog pobijanja. Dok stav 1 ovog propisa određuje da je protivnik pobijanja dužan da ono što je stekao vrati u neumanjenoj meri u stečajnu masu, stav 2 pojašnjava da protivnik pobijanja na osnovu pobijanja ne gubi svoje pravo da naplati svoja potraživanja kao stečajni poverilac putem naknadne prijave potraživanja.

2. Član 130 stav 1 ZS

Pravo na pobijanje u odnosu na protivnika pobijanja nastaje pokretanjem stečajnog postupka. Ujedno, pravo na vraćanje imovinske koristi u stečajnu masu dospeva pokretanjem stečajnog postupka. Iako se pravo na pobijanje u načelu ostvaruje pred sudom (vidi član 128 stav 1 ZS), to ostvarivanje pred sudom ipak nema uticaj na rok dospevanja. To znači da ovo pravo nastaje sa pokretanjem stečajnog postupka i ujedno i dospeva na plaćanje, a da pritom nije potrebna nikakva dodatna radnja. Pravne odredbe o pobijanju su prema tome u okviru srpskog prava postavljene tako da pravo na vraćanje u načelu nastaje na osnovu zakona i dospeva u trenutku pokretanja stečajnog postupka, iako je za njegovo sprovođenje neophodno da lice koje se poziva na to pravo pobijanja – i iskoristi to pravo. Uprkos nastanku i dospevanju prava na pobijanje, protivnik pobijanja nije sam po sebi dužan da ono što je stekao na način koji se može pobijati vrati u stečajnu masu, a da pre toga to nije od njega zahtevano.

Kao što član 130 stav 1 ZS pored toga još pojašnjava – pravna posledica uspešno uloženog pobijanja nije ništavost pobojnog pravnog posla ili pobojne pravne radnje ili poslova, već samo zasnivanje prava na vraćanje. Ovo pravo na vraćanje je načelno neutralno u tom smislu da se neće sankcionisati nijedna nezakonita radnja ili da pravo na vraćanje nema karakter zamene za pravo na

naknadu štete. Jedino se putem uspešno uloženog pobijanja ograničava pravno dejstvo pobojne pravne radnje/poslova kojim se oštećuju poverioci.

Pravo na vraćanje dospeva pokretanjem stečajnog postupka, uz dodatnu posledicu da u stečajnu masu mora da se vrati ne samo stvar, odnosno ono što je stečeno a čini predmet pobijanja, već pored toga protivnik pobijanja duguje i svu imovinsku korist stečenu na osnovu pobijanog pravnog posla odnosno radnje. Stečajna masa treba da se vrati u ono stanje u kome bi se nalazila da do pobijanog pravnog posla odnosno radnje nije došlo. Sa druge strane, pobijanje stečajnim poveriocima ne treba da obezbedi ni imovinsku korist koja im bez pobojne pravne radnje ne bi stajala na raspolaganju.

Vraćanje treba da se sprovede na takav način da se otuđena stvar u celokupnom obimu vrati u stečajnu masu. Treba da se uspostavi ono stanje koje bi postojalo da se otuđena stvar još prilikom pokretanja postupka nalazila u masi.

Pravo na vraćanje nije ograničeno visinom potraživanja od strane stečajnih poverilaca. Čak i u slučaju da celokupan prihod od unovčavanja pobojnog otuđenog predmeta nije potreban za namirivanje stečajnih poverilaca, ceo predmet mora da se vrati u stečajnu masu. Tek prilikom konačne raspodele, eventualno se stvarno ostvareni višak od prihoda prepušta protivniku pobijanja. Ipak, stečajni upravnik ili druga lica koja ulažu pobijanje imaju pravo da zahtev za vraćanje ograniče na meru koja je potrebna za tu svrhu, mada po pravilu to neće biti neophodno za stečajnog upravnika ili druga lica koja ulažu pobijanje.

Protivnik pobijanja sam ni u kom slučaju nema pravo da izabere način vraćanja, u smislu da nema pravo da umesto vraćanja u naturi nudi protivvrednost stvari.

Ukupne troškove izvršenja vraćanja snosi protivnik pobijanja. Ako je neko na pobojan način stekao svojinu odnosno posed na stvari koja je bila u imovini dužnika, on načelno duguje vraćanje imovine odnosno poseda u stečajnu masu.

Iako pravo na pobijanje po pravilu vrši sam stečajni upravnik, on može da zahteva samo vraćanje u stečajnu masu, a ne vraćanje njemu samom (upravniku lično). Stečajni upravnik je iskoristio pravo da uloži zahtev za pobijanje, i to ne čini u svoje ime već u interesu stečajnog dužnika.

Ako je kod stvari na koju je usmerena radnja pobijanja reč o novcu, zahtev za vraćanje je usmeren na isplatu odgovarajućeg iznosa.

Zemljište nad kojim je na pobojan način prenesena svojina protivnik pobijanja je dužan da prepusti stečajnom dužniku, odnosno vrati u stečajnu masu. Ako je neki kupac ili poverilac nad zemljištem opteretio to zemljište prilikom

ili nakon njegovog sticanja, protivnik pobijanja je dužan da otkloni teret o svom trošku. Ako mu to nije moguće – na primer zato što neki prinudno upisani poverilac odbija da da saglasnost – protivnik pobijanja je dužan da nadoknadi vrednost. Ako su tereti nad nepokretnosti postojali u trenutku otuđenja te nepokretnosti, može se zahtevati samo vraćanje nekretnine sa tim teretima.

Potraživanja koja su ustupljena pobijanom radnjom moraju ponovo da se vrate dužniku. Ako je protivnik pobijanja već naplatio potraživanje, dužan je da odgovarajući prihod (od prodaje) kao surogat vrati u stečajnu masu. Prima-lac ustupljenog je toliko dugo aktivno legitimisan da naplati potraživanje sve dok se potraživanje ponovo ne ustupi u korist stečajne mase.

Ako su pobojom radnjom preneseni udeli u kapitalu društava, protivnik pobijanja je u slučaju uspešnog pobijanja dužan da ih vrati u stečajnu masu, pri čemu nije potrebna saglasnost ostalih članova društva. Ako pobojom putem preneseno pravo glasa ujedno sadrži i pravo na dobijanje novih akcija, onda se i sa time povezana prava takođe vraćaju.

Prenos trgovačkog privrednog društva može da se ospori u celini, pri čemu stečajni upravnik (lice koje pobija radnju) u okviru tužbe na vraćanje mora svoj tužbeni zahtev u skladu sa time da razdeli na pojedinačne imovinske predmete. Ako je sticalac (protivnik pobijanja) u međuvremenu uneo nove predmete, njih može da zadrži, osim u slučaju da je reč o surogatima za predmete koji su prvobitno spadali u imovinu dužnika. Ako je dužnik, odnosno dužničko privredno društvo na pobojan način preuzelo neku obavezu, na osnovu pobijanja, zahtevu za ispunjenje od strane poverioca može da se suprotstavi prigovor pobijanja na neograničeni period (vidi i član 128 stav 2 ZS).

Ako je predmet pobijanja ugovor o trajnom korišćenju (na primer zakup, zakup sa pravom plodouživanja ili zajam), obaveza vraćanja zavisi od toga da li se osporava samo prepuštanje radi korišćenja ili suviše niska naknada. U prvom slučaju sam predmet koji je prepušten mora da se vrati, uključujući i u međuvremenu ostvarene prihode i neostvarene koristi, a u drugom slučaju potrebno je platiti primerenu nadoknadu za korišćenje.

Ako je dužnik otplaćivao tuđe obaveze, prigovor osporavanja je po pravilu usmeren na prvobitnog dužnika te obaveze, a ne na poverioca. Pravi dužnik je dužan da nadoknadi vrednost ostvarenog oslobađanja od duga.

Ako se na pobojan način ograniči ili okonča neko pravo stečajnog dužnika, čime protivnik pobijanja po osnovu te pobojne pravne radnje stiče bolju poziciju, tada stečajni upravnik bez ograničenja može da iskoristi pravo na pobijanje takvih radnji. U tom smislu je, na primer, odlaganje naplate nekog potraživanja stečajnog dužnika prema njegovim dužnicima podložno pobijanju. Pored toga, stečajni upravnik može da pobija i radnje otpusta duga.

Ako se dužnik na pobojan način odrekao založnog prava na nepokretnosti na tuđem zemljištu, protivnik pobijanja (vlasnik zemljišta) je obavezan da ponovo uspostavi založno pravo nad tim zemljištem. Ako nije u stanju da to učini, dužan je da nadoknadi datu vrednost.

Vrednosti koje su rezultat nečinjenja dužnika, koje mogu da budu predmet pobijanja, moraju ponovo da se vrate u masu tako što protivnik pobijanja mora da prihvati takav tretman kao da je neizvršena radnja zapravo sprovedena. Ako je dužnik, na primer, na pobojan način propustio da uloži prigovor o zastarevanju, protivnik pobijanja mora da prihvati takav tretman kao da je rok zastarevanja prekinut. On dakle ne može da se pozove na zastarevanje.

Ako je protivnik pobijanja na osnovu nečinjenja dužnika stekao neko pravo, protivnik pobijanja je dužan da ga vrati dužniku, odnosno u stečajnu masu.

3. Plodovi i koristi

Plodovi mogu biti stvarni i pravni. Stvarno iskorišćene plodove i stečenu korist protivnik pobijanja mora da vrati u naturi, a ako to nije moguće, mora da nadoknadi vrednost. Iskorišćeni plodovi i korist moraju da se vrate i u slučaju kada su mogli da nastanu samo uz istovremenu upotrebu stvari od strane protivnika pobijanja, bez obzira na to što tu korist dužnik ne bi ostvario da stvar nije otuđio. U takvim slučajevima obaveza vraćanja plodova i koristi se ograničava na odgovarajući udeo iskorišćenih plodova i koristi.

Ako je na pobojan način otuđeni predmet dat u zakup, prihod predstavlja samo razlika između bruto-prihoda i troškova održavanja uvećanih za neophodne troškove upravljanja imovinom. Za prihode koji se krivicom protivnika pobijanja ne ostvare protivnik pobijanja je dužan da nadoknadi vrednost, nezavisno od toga da li bi bez pobojne radnje dužnik koristio te prihode.

Ako je u pitanju novac stečen pobojskim radnjama od strane dužničkog pri-vrednog društva, protivnik pobijanja je dužan da dodatno preda i prihode postignute od kamata. Ako protivnik pobijanja nije ostvario nikakve prihode od kamata, presudno je da li usled njegove krivice kamate nisu ostvarene; ako ne snosi odgovornost za to, nije dužan da isplati kamate.

4. Izdaci protivnika pobijanja

U načelu je – kao što se može zaključiti iz gornjeg izlaganja – pravo na pobijanje najpre usmereno na vraćanje, tj. na naturalnu restituciju. Ako je protivnik pobijanja imao izdatke koji se odnose na predmet pobijanja i koji su bili objektivno neophodni (na primer izdaci za održavanje ili osiguranje), ti izdaci

moraju da se nadoknade protivniku pobijanja. Ako je protivnik pobijanja imao na predmetu izdatke kojima se povećava vrednost, ima pravo na zadržavanje tih vrednosti ako su odvojive od stvari bez oštećenja stvari. Ukoliko je došlo do oštećenja stvari, protivnik pobijanja ima pravo na novčanu protivvrednost izvršenih ulaganja.

5. Naknada vrednosti

Ako vraćanje u stečajnu masu nije moguće u naturi, i ako ni eventualni surogat ne dovodi do potpune nadoknade, protivnik pobijanja je dužan da nadoknadi novčanu protivvrednost stvari. Kod ovog prava na naknadu vrednosti reč je o obliqaconom odnosu. Obaveza naknade se odnosi na vrednost stvari, plodove i koristi.

Obaveza vraćanja je nemoguća ako je supstanca stvari uništena ili ako je preneto pravo prestalo. U takvom slučaju postoji načelno pravo naknade štete od protivnika pobijanja, osim u slučaju da se objektivno konstatuje da bi odnosni predmet nestao i u okviru stečajne mase (na primer da bi izgorela neka stambena zgrada). Međutim, u takvom slučaju zemljište ipak mora da se vrati u stečajnu masu, a za štetu od požara na zgradi potrebno je da protivnik pobijanja prenese odgovarajuću sumu osiguranja u stečajnu masu ukoliko je dobije.

Ako treće lice sa određenim pravnim osnovom definitivno odbije saradnju, to po pravilu u odnosu na prvog primaoca (protivnika pobijanja) otuđenog predmeta znači nemogućnost vraćanja u naturi. Prvobitni primalac činidbe (protivnik pobijanja) u tim slučajevima duguje naknadu vrednosti, dok pored njega eventualno kasniji kupac snosi odgovornost za vraćanje u naturi.

Oštećenje na pobojan način stečenog predmeta protivnik pobijanja je – pored vraćanja oštećenog predmeta – dužan i da nadoknadi o svom trošku. To znači da mora da izvrši neophodne uplate za popravku ili nadoknadi štetu stečajnoj masi. Međutim, ako protivnik pobijanja ne snosi odgovornost za oštećenje, on je dužan samo da vrati oštećeni predmet u stečajnu masu i da ustupi eventualna prava na naknadu štete u odnosu na štetnika u korist stečajne mase.

Ako protivnik pobijanja ne snosi odgovornost za nemogućnost vraćanja, on ne odgovara za naknadu vrednosti. Ako međutim protivnik pobijanja sa obavezom vraćanja kasni, protivnik pobijanja odgovara neograničeno sa celokupnom svojom imovinom za slučajnu propast (na primer usled požara, krađe i sl.) stvari.

Ako je vraćanje predmeta pobijanja postalo nemoguće, zato što ga je protivnik pobijanja preneo, pravo na vraćanje od strane protivnika pobijanja pretvara se u pravo na naknadu vrednosti.

Prilikom proračuna naknade vrednosti mora se poći od stvarne vrednosti koju bi predmet pobijanja u slučaju izostanka pobojne radnje imao za masu. Pri tome nije od značaja da li bi dužnik u slučaju da do pobojne radnje nije došlo na drugi način raspolagao tim predmetom.

Merodavan trenutak za obračun vrednosti je po pravilu onaj na poslednjoj usmenoj raspravi u okviru postupka pobijanja. Ako postupak nije neophodan ili ako je protivnik pobijanja svoju obavezu vraćanja ispunio pre postupka, a stranke se pred sudom spore jedino oko povećanja ili umanjenja vrednosti – odlučujući je trenutak stvarnog vraćanja. Ako je, prema tome, između pobojnog prenosa predmeta i merodavnog trenutka nastupilo umanjenje vrednosti, ono se mora imati u vidu samo ako bi do njega došlo i u okviru imovine dužnika.

6. Član 130 stav 2 ZS

Ako je protivnik pobijanja stečajnu masu putem obaveze vraćanja doveo u prvobitno stanje kao da pobojna pravna radnja nije preduzeta, to dovodi do ponovnog oživljavanja potraživanja protivnika pobijanja. U tom smislu je neophodno da je protivnik pobijanja načelno imao potraživanje u odnosu na dužnika. Pobijanje ne dovodi do ništavosti ili nedelotvornosti celog ugovornog odnosa između dužnika i protivnika pobijanja. Potraživanje protivnika pobijanja načelno ostaje sačuvano sa posledicom da nakon vraćanja na pobojan način stečenog predmeta ili prenosa na pobojan način stečenog potraživanja – svoje potraživanje može da prijavi protiv dužnika kao stečajni poverilac. S obzirom na vremenske tokove, po pravilu se radi o naknadnoj prijavi.

Član 130 stav 2 ZS reguliše samo da protivnik pobijanja ima mogućnost da prijavi svoja potraživanja. Propis iz člana 130 stav 2 ZS ne reguliše ni zakonsku obavezu stečajnog upravnika da mora bez prijave da utvrdi potraživanje protivnika pobijanja. Zapravo, poveriocu ostaje da prijavi svoja potraživanja, a stečajni upravnik potom proverava osnovanost tih potraživanja, pa ih ili osporava ili priznaje. Naknadnu prijavu potraživanja stečajni upravnik ispituje kao i svaku drugu prijavu.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.134:347.736/.739(497.11)

ЦИМЕРМАН, Франц, 1972-

Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika / Franc Cimerman, Jasminka Obućina, Ivan Milovanović. - Beograd : Agencija za licenciranje stečajnih upravnika : Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit GmbH (GIZ GmbH), Program za pravne i pravosudne reforme u Srbiji, 2015 (Vrnjačka Banja : Interklima-grafika). - 159 str. ; 24 cm

Tiraž 500. - Napomene i bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-85885-07-5

1. Обућина, Јасминка, 1961- [аутор] 2. Миловановић, Иван, 1969- [аутор]
а) Стечајни поступак - Побијање дужникових правних радњи -
Законодавство - Србија

COBISS.SR-ID 215666700