



Вук Радовић

СТЕЧАЈНО ПРАВО

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

РЕОРГАНИЗАЦИЈА

МЕЂУНАРОДНИ СТЕЧАЈ

СТЕЧАЈ ПОВЕЗАНИХ ДРУШТАВА

**КЊИГА
ДРУГА**



WORLD BANK GROUP

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ – ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Библиотека
ПОСЛОВНО ПРАВО

Проф. др ВУК РАДОВИЋ

СТЕЧАЈНО ПРАВО
КЊИГА ДРУГА

Издавачи

Универзитет у Београду – Правни факултет
Центар за издаваштво и информисање

За издавача

Проф. др Сима Аврамовић, декан

Рецензенти

Мирко Васиљевић
Весна Ракић-Водинелић
Јасница Гарашећ
Rainer Kulms

© Универзитет у Београду – Правни факултет, 2017

Сва права задржана. Ниједан део ове књиге не може бити репродукован, преснимаван или преношен било којим средством – електронским, механичким, копирањем, снимањем, или на било који други начин без претходне сагласности аутора и издавача.

www.ius.bg.ac.rs

Вук Радовић

СТЕЧАЈНО ПРАВО

КЊИГА ДРУГА

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ
СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА
РЕОРГАНИЗАЦИЈА
МЕЂУНАРОДНИ СТЕЧАЈ
СТЕЧАЈ ПОВЕЗАНИХ ДРУШТАВА

БЕОГРАД • 2017

Изјава о ограничавању одговорности

Објављивање ове студије подржали су Пројекат за решавање питања дугова и престанка пословања у региону Западног Балкана, као и Мултидонаторски фонд за подршку сектору правде у Србији (МДФ-ЈСС).

Мишљења и закључци садржани у овој публикацији неће бити приписани и не осликавају нужно гледишта Групације Светске банке, њиховог управног одбора, односно земаља које оне представљају, донатора као ни земаља донатора.

Материјал ове публикације је припремљен у доброј вери, али ни Групације Светске банке ни развојни партнери не гарантују за њену тачност, нити прихватају било какву одговорност за последице њеног коришћења.

САДРЖАЈ

ДЕО ПРВИ

ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

ГЛАВА I

Општа разматрања	23
----------------------------	----

ГЛАВА II

Повезана лица и побијање	29
------------------------------------	----

ГЛАВА III

Општи услови за побијање правних радњи стечајног дужника	33
1. Правна радња	34
2. Време предузимања правне радње и рокови	45
а) Време предузимања правне радње	45
б) Рок – „период сумње“	47
1) Карактер рока	47
2) Тренутак од ког се рачунају рокови	48
3) Више рокова или јединствен рок	51
4) Дужина трајања рока	51
5) Рачунање рокова	52
3. Оштећење поверилаца	53
4. Позитиван ефекат на намирење поверилаца	57

ГЛАВА IV

Посебни услови за побијање правних радњи стечајног дужника	58
1. Погодовање поверилаца	58
а) Појам	58

б) Циљеви побијања правних радњи поговдања поверилаца	61
1) Остваривање начела једнаког третмана поверилаца	61
2) Превентивно дејство	63
3) Конфликтни однос два циља права побијања правних радњи поговдања	65
в) Посебни услови за побијање правних радњи поговдања поверилаца	67
1) Пренос извршен повериоцу (или у корист повериоца)	68
2) Поверилац мора бити поговдан	71
3) Рок у коме радња мора бити предузета	74
4) Правна радња уобичајеног, односно неуобичајеног намирања	76
5) Инсолвентност дужника у време предузимања правне радње	82
6) Несавесност повериоца	83
2. Непосредно оштећење поверилаца	91
а) Појам непосредног оштећења поверилаца	91
б) Услови за побијање	93
в) Однос непосредног оштећења поверилаца и поговдања поверилаца	95
3. Намерно оштећење поверилаца	96
а) Појам намерног оштећења поверилаца	96
б) Услови за побијање	99
1) Намера дужника да оштети своје повериоце	99
2) Знање за намеру оштећења	105
3) Рок у коме радња треба да буде предузета	108
4. Правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду	109
а) Отворена питања побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду	109
б) Сврха побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду	111
1) Мања потреба за заштитом друге стране	111
2) Претпоставка оштећења поверилаца	112

3) Дестимулисање вршења одређених правних радњи уочи стечаја	112
в) Предмет побијања – правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду	114
1) Правне радње без накнаде	115
2) Правне радње уз незнатну накнаду	120
г) Релевантан период	124
1) Темпорални услов	124
2) Финансијски услов	125
д) Изузеци	126
1) Уобичајени пригодни поклон	127
2) <i>Vona fide</i> пословна сврха	130
3) Добра вера треће стране	130
ГЛАВА V	
Изузеци од побијања	132
1. Смисао, циљеви и терет доказа	132
2. Поједини изузеци	133
а) Одређене исплате меничних или чековних обавеза.	134
б) Примање еквивалентне нове вредности	136
в) Уобичајено извршење у оквиру уобичајених пословних активности дужника и повериоца.	139
г) Накнадни пренос нове вредности	142
д) Побиање исплата по основу издржавања.	145
ђ) Лебдећа залога	145
ГЛАВА VI	
Странке у поступку побијања.	147
1. Лица овлашћена за побијање	147
а) Повериоци.	147
б) Стечајни управник.	152
в) Заједничка питања	154
2. Лица против којих се подноси побојни захтев	154
а) Стечајни дужник	155
б) Противник побијања	156
1) Првобитни противник побијања	157

2) Правни следбеници првобитног противника побијања	157
--	-----

ГЛАВА VII

Поступак побијања	162
1. Тужба за побијање	162
а) Стварна и месна надлежност	162
б) Садржина тужбеног захтева	163
в) Рок за подношење тужбе	165
2. Приговор у парници и противтужба	166

ГЛАВА VIII

Правне последице побијања	168
1. Релативно недејство побијане правне радње	168
2. Повраћај имовинских користи	170
3. Права (противзахтеви) противника побијања	175

ДЕО ДРУГИ
РЕОРГАНИЗАЦИЈА

ГЛАВА IX

Врсте поступака доступних дужнику у финансијским тешкоћама	181
---	-----

ГЛАВА X

Уводна разматрања у вези са реорганизацијом	183
1. Стечајни појам реорганизације	183
2. Термилошке напомене (реструктурирање, реорганизација, санација)	184
3. Супротстављеност интереса	184
4. Циљеви реорганизације	189

ГЛАВА XI

Од принудног поравнања до реорганизације	192
--	-----

ГЛАВА XII

Претходне дилеме у вези са покретањем поступка реорганизације	197
---	-----

ГЛАВА XIII

План реорганизације	200
1. Правна природа	200
а) Уговорна теорија	200
б) Теорија судске одлуке	202
в) Мешовита теорија	203
г) Закључно о правној природи	205
2. Врсте плана реорганизације	205
а) Ликвидациони план	205
б) Санациони план	206
в) Преносни план	206
г) Мешовити план	208
3. Подношење плана реорганизације	209
а) Подносилац плана	209
б) Рок за подношење плана	213
4. Садржина плана реорганизације	217
5. Мере реорганизације	226
а) Мере које утичу на дужничко-поверилачки однос	227
1) Умањење права поверилаца	228
2) Давање већих и нових права повериоцима	230
3) Намирење потраживања	231
б) Мере које утичу на статус стечајног дужника	232
1) Статусне промене	232
2) Промена правне форме	234
3) Измена општих аката	234
4) Претварање потраживања у основни капитал	235
5) Поништавање издатих хартија од вредности	237
6) Издавање нових хартија од вредности	237
в) Мере које утичу на ликвидност дужника	238
1) Закључивање уговора о кредиту	239
2) Побивање правних радњи стечајног дужника	241

г) Мере које утичу на пословање дужника	242
1) Отпуштање запослених и ангажовање других лица . .	242
2) Друге мере	245
6. Претходна судска контрола плана реорганизације	245

ГЛАВА XIV

Усвајање плана реорганизације	251
1. Претходно питање – ко има право гласа?	251
а) Да ли власници стечајног дужника треба да одлучују о плану реорганизације?	251
б) Да ли сви повериоци стечајног дужника имају право да одлучују о усвајању плана реорганизације?	253
2. Класификовање потраживања	254
а) Једнак третман потраживања исте класе.	255
б) Могућности манипулисања резултатима гласања	257
в) Суштинска сличност као општи критеријум за класификовање потраживања	258
г) Врсте класа	259
1) Законске класе	260
2) Додатне класе	262
3) Посебне класе	268
(а) Административна класа.	268
(б) Класа потраживања лица повезаних са стечајним дужником.	270
д) Правичност класификације – суштински слична потраживања у различитим класама	271
3. Рочиште за расправљање и гласање о плану реорганизације	273
4. Испитивање потраживања за сврхе гласања	276
5. Гласање о плану	279
а) Одвојено гласање по класама	279
б) Начин гласања	280
в) Већина за одлучивање унутар класе	282
г) Претпоставка или фикција усвајања плана унутар класе – забрана опструкције.	284
1) Амерички концепт неоштећених поверилаца.	286

2) Забрана опструкције у немачком праву	286
3) Необорива претпоставка усвајања плана унутар класе у српском праву	288
д) Персонални домашјај одлуке	290
1) Несагласни повериоци	290
2) Одсутни повериоци	290
3) Повериоци на чија права план не утиче	291
ђ) Број класа које морају да усвоје план	291
6. Судско потврђивање усвојеног плана – накнадна судска контрола	292
а) Српско решење	292
б) Америчко решење	295
7. Измене плана реорганизације	297
а) Измене плана пре усвајања	297
б) Измене плана после усвајања	299

ГЛАВА XV

Правне последице усвајања плана реорганизације	302
1. Моменат наступања правних последица	302
2. Обустава стечајног поступка	304
3. План реорганизације као извршна исправа	306
4. Правило апсолутног и релативног приоритета	309
5. Утицај на власнике стечајног дужника	313
6. Утицај на управу стечајног дужника	315
а) Стари или нови чланови управе?	316
1) Дужник у поседу	317
2) Лична управа	319
б) У чијем интересу треба да поступа реорганизациона управа и које су њене дужности?	320
в) Стари или нови систем управе?	322
7. Надзор над спровођењем плана реорганизације	322

ГЛАВА XVI

Непоступање по усвојеном плану и преваран или незаконит план као стечајни разлог	328
1. Непоступање по усвојеном плану реорганизације	329
2. Преварно издејствован план	332

ГЛАВА XVII

Споразумно финансијско реструктурирање као алтернатива реорганизацији	334
1. Појам споразумног неформалног вансудског реструктурирања	334
2. Предности и недостаци	338
3. Основна решења српског права	342
а) Домен примене	343
1) Персонално ограничење – појам дужника	343
2) Материјално ограничење – финансијске тешкоће и одрживост пословања	344
3) Формално ограничење – повериоци	345
б) Поступак	346
в) Уговор о финансијском реструктурирању и уговор о мировању дугова	346

ГЛАВА XVIII

Хибридни поступци са посебним освртом на српски унапред припремљени план реорганизације	348
1. Уопштено о хибридним поступцима	348
2. Предности и недостаци хибридних поступака	351
3. Специфичности унапред припремљеног плана реорганизације у Србији – поређење са класичним планом реорганизације	354
а) Допунска садржина унапред припремљеног плана реорганизације	354
б) Подношење унапред припремљеног плана реорганизације	361
в) Претходно испитивање предлога	364
г) Претходни поступак	366
д) Рочиште за гласање о унапред припремљеном плану реорганизације	371

ГЛАВА XIX

Закључне опсервације и поређење три поступка реструктурирања дужника у финансијским проблемима у Србији	374
---	-----

ДЕО ТРЕЋИ
МЕЂУНАРОДНИ СТЕЧАЈ

ГЛАВА XX	
Основни проблеми међународног стечаја	381
ГЛАВА XXI	
Модалитети хармонизације међународног стечаја	385
1. Билатерални уговори	385
2. Међународне конвенције и споразуми	386
а) Конвенције из Монтевидеа	386
б) Хаванска конвенција	387
в) Нордијска стечајна конвенција	387
г) Истанбулска конвенција	389
д) Уредба о стечајним поступцима	391
1) Прва фаза: 1957–1989	392
2) Друга фаза: 1989–1996	392
3) Трећа фаза: 1996–2000	392
4) Четврта фаза: 2000-данас	396
ђ) Принципи Америчког правног института (ALI принципи)	398
3. Једнострано донете одредбе у националним законодавствима	400
4. Протоколи и конкордати	400
5. Модел закон	403
ГЛАВА XXII	
Основни појмови међународног стечаја	410
1. Страни поступак	410
2. Страни представник	413
ГЛАВА XXIII	
Домен примене одредаба о међународном стечају	414
ГЛАВА XXIV	
Теорије и принципи међународног стечајног права – универзалност и територијалност	417

1. Принцип универзалности	418
а) Појам	418
б) Предности примене принципа универзалности	419
в) Недостаци примене принципа универзалности	424
г) Предуслови за примену принципа чисте универзалности	430
2. Принцип територијалности	432
а) Појам	432
б) Предности примене принципа територијалности	434
в) Недостаци примене принципа територијалности	436
3. Теорија аутономије воље	438
4. Принцип кооперативне територијалности	442
5. Принцип модификоване универзалности	443
а) Америчка варијанта принципа модификоване универзалности	443
б) Принцип модификоване универзалности у ужем смислу	445
ГЛАВА XXV	
Главни стечајни поступак	448
1. Центар главних интереса – основни критеријум за заснивање међународне надлежности за отварање главног стечајног поступка	449
а) Појам и карактеристике	449
б) Претпостављени центар главних интереса	455
1) Различити критеријуми за правна лица и физичка лица	455
2) Правна природа претпоставке	457
2. Обухват међународне надлежности за отварање главног стечајног поступка	459
3. Премештање центра главних интереса – <i>forum shopping</i>	461
4. Међународна надлежност за отварање главног стечајног поступка у Србији	465
а) Директна међународна надлежност	466
б) Индиректна међународна надлежност	470

ГЛАВА XXVI

Територијални (посебан, неглавни) стечајни поступак	472
1. Појам и терминологија	472
2. Врсте територијалног стечајног поступка	473
3. Циљеви територијалних стечајних поступака	475
4. Међународна надлежност за отварање територијалног стечајног поступка	477
а) Стална пословна јединица	477
б) Место налажења имовине	481
5. Стечајни разлози за отварање територијалног стечајног поступка	485
а) Независан територијални стечајни поступак	485
б) Секундарни територијални стечајни поступак	486
6. Имовина коју обухвата територијални стечајни поступак	487
7. Правна природа територијалног стечајног поступка	488

ГЛАВА XXVII

Меродавно право	490
1. Основно колизионо правило – <i>lex fori concursus</i>	490
а) Појам и значај	490
б) Обухват правила <i>lex fori concursus</i>	494
2. Изузеци од колизионог правила <i>lex fori concursus</i>	505
а) Стварна права трећих лица	508
б) Право на компензацију	513
в) Задржавање права својине	514
г) Уговори који се односе на непокретности	515
д) Уговори о раду	517
ђ) Права уписана у јавни регистар	520
е) Побијање неких штетних правних радњи	521
ж) Заштита стицаоца	523
з) Последице на текуће парнице и арбитражне поступке	525
и) Платни системи и финансијска тржишта	527
ј) Комунитарна права интелектуалне својине	529

ГЛАВА XXVIII

Дужност информисања страних поверилаца и пријава њихових потраживања у стечајном поступку.	531
1. Проблематика пријаве потраживања страних поверилаца.	531
2. Посебна дужност информисања страних поверилаца	532
а) Значај.	532
б) Субјекти дужности информисања	533
в) Повериоци према којима постоји посебна дужност информисања	533
г) Начин информисања страних поверилаца (поузданост информисања).	535
д) Предмет обавештавања (потпуност информисања). . . .	540
ђ) Време информисања страних поверилаца (благовременост информисања).	543
3. Пријава потраживања страних поверилаца	543
а) Право на пријаву потраживања	543
б) Садржина пријаве потраживања	545
в) Језик пријаве потраживања.	546
4. Пријава потраживања страних поверилаца у Србији.	549

ГЛАВА XXIX

Признање страног стечајног поступка	551
1. Предмет признања	551
2. Претпоставке (услови) за признање страног стечајног поступка.	553
а) Квалификација страног поступка као страног стечајног поступка.	554
б) Страни представник као предлагач	555
в) Прилози уз захтев за признање	555
г) Стварна и месна надлежност суда за признање страног поступка	555
д) Поштовање јавног поретка	555
ђ) Међународна надлежност за отварање стечајног поступка	558
е) Извршност одлуке у држави отварања стечајног поступка	560

ж) Закључно о претпоставкама за признање	561
3. Поступак признања страног стечајног поступка	562
а) Два система признања	562
б) Надлежност за признање и састав суда	564
в) Поступак признања	565
1) Покретање поступка признања	565
2) Ток поступка признања	567
4. Последице признања страног стечајног поступка	577
а) Императивне (аутоматске) последице – последице признања главног страног поступка	577
б) Диспозитивне последице признања страног поступка	579
в) Императивне последице признања страног поступка – три права страног представника	584
ГЛАВА XXX	
Сарадња са страним судовима и страним представницима	587
1. Субјекти сарадње	587
2. Облици сарадње	589
ГЛАВА XXXI	
Координација више стечајних поступака (конкурентни стечајни поступци).	592
1. Координација домаћег и страног стечајног поступка	592
2. Координација више страних стечајних поступака	594
3. Намирење поверилаца у стечајним поступцима који се воде истовремено (урачунавање намирења)	596
ДЕО ЧЕТВРТИ	
СТЕЧАЈ ПОВЕЗАНИХ ДРУШТАВА	
ГЛАВА XXXII	
Правна неуређеност	601
ГЛАВА XXXIII	
Појмовно одређење повезаних друштава за потребе (међународног) стечаја	605

ГЛАВА XXXIV

Проналажење равнотеже између принципа одвојених правних субјективитета и принципа јединства групе.	609
--	-----

ГЛАВА XXXV

Проблематика прекограничног стечаја – принцип универзалности v. принцип територијалности.	611
---	-----

ГЛАВА XXXVI

Кључни фактори релевантни за примену одговарајућих стечајних решења.	613
1. Стечајни сценарио – над ким је отворен стечајни поступак?	613
2. Две суштинске поделе група повезаних друштава.	614
3. Стечајни циљеви.	616

ГЛАВА XXXVII

Особени институти стечаја повезаних друштава	619
1. Процесна координација	619
2. Материјално обједињавање	622
3. Заједнички предлог за покретање стечајног поступка.	629
4. Субординација потраживања повезаних друштава	630
5. Пробијање правне личности	631
6. Обавеза плаћања доприноса	632

ГЛАВА XXXVIII

Центар главних интереса групе повезаних друштава	634
1. Центар главних интереса повезаног друштва	634
2. Центар главних интереса групе повезаних друштава	637

ГЛАВА XXXIX

Стечај повезаних друштава у српском праву	641
Литература	644
1. Страна литература	644
2. Домаћа литература	669

Прописи	694
1. Упоредно право.....	694
а) Међународни акти	694
б) Право Европске уније	695
в) Страни национални закони	698
2. Право Србије.....	700

ДЕО ПРВИ
ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ
СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Глава I

ОПШТА РАЗМАТРАЊА

Отварање стечајног поступка представља кулминацију финансијских проблема једног правног лица. Од тог тренутка на сцену ступа стечајно право, које за свој основни циљ има колективну заштиту поверилаца стечајног дужника. Међутим, криза стечајног дужника, по правилу, траје одређени, краћи или дужи, период пре тренутка отварања стечајног поступка. Тај период се за повериоце може означити као „критичан период“, јер је „рањиви дужник“ у том временском интервалу вољан да предузима правне радње на штету свих или већине својих поверилаца. За разлику од периода који следи отварању стечајног поступка, у предстечајном периоду се примењују ванстечајни прописи, који фаворизују индивидуалистичку философију, тј. заштиту појединачних интереса.¹ У том погледу се као изузетак може навести претходни стечајни поступак, у коме се у већој или мањој мери могу заштитити колективни интереси стечајних поверилаца, изрицањем одговарајућих мера обезбеђења. Но, без обзира на овај изузетак, чињеница је да период који непосредно претходи отварању стечајног поступка, представља осетљив период унутар кога се предузимањем бројних правних радњи од стране дужника може обесмислити будући стечајни поступак. Као екстреман случај се може навести да дужник отуђи целокупну своју имовину, тако да у стечајном поступку нема шта да се расподељује повериоцима. Тада се поставља питање какву заштитну улогу стечајно право може да остварује ако дужник предстечајним активностима обесмисли његову примену. Управо због тога се и развило стечајно право побијања, које заштиту поверилаца стечајног дужника проширује и на период пре отварања стечајног поступка.² На тај начин се примена начела једнаког третмана поверилаца помера за један ранији тренутак, што значи да се у други план повлачи начело временског

- 1 У условима постојања поступка колективног намирења поверилаца, неизбежно се испољава сукоб интереса између различитих учесника, а интензитет тог сукоба је нарочито појачан у периоду уочи стечаја. Више вид.: Thomas H. Jackson, Robert E. Scott, „On the Nature of Bankruptcy: An Essay on Bankruptcy Sharing and the Creditors' Bargain“, *Virginia Law Review*, бр. 75(2)/1989, стр. 169–170.
- 2 Mark Zeuner, *Die Anfechtung in der Insolvenz – Ein Handbuch – unter Einbezug des AnFG 1999*, Verlag C. H. Beck München, 2007, стр. 1; Mihajlo Dika, „Pobijanje pravnih radnji u povodu stečajaja“, у: Mihajlo Dika (opća redakcija), *Četvrta novela Stečajnog zakona*, Narodne novine d.d., Zagreb, 2006, стр. 161.

приоритета, карактеристично за извршни поступак, чија би примена у време кризе била неправична, јер већ тада сви повериоци немају изгледа да буду потпуно намирени.³

Право побијања у стечају обухвата скуп стечајноправних прописа на основу којих стечајни управник, а негде и повериоци, могу законом одређеној пуноважној правној радњи стечајног дужника, предузетој у одређеном периоду пре отварања стечајног поступка, да одузму правно дејство у односу на стечајну масу, чиме се лице према коме је правна радња предузета обавезује да у стечајну масу врати све користи које је примило по основу побијене правне радње. Из наведене дефиниције, али и свеопштег сагледавања одредаба о побијању, могу се уочити следеће карактеристике српског стечајног права побијања.

Прво, право стечајног побијања у објективном смислу у српском праву се везује за 12 чланова садржаних у Глави VIII Закона о стечају.⁴ Сви наши стечајни прописи су садржали одредбе о побијању у стечајном поступку.⁵ Анализом послератних закона се уочава да материја побијања добија све више на значају, како у квантитативном, тако и у квалитативном смислу.⁶ Највећа промена се десила усвајањем Закона о стечајном поступку, који је значајно изменио до тада важећу регулативу. Закон о стечају је битно унапредио одредбе о побијању, али без фундаменталних промена. У стечајној пракси, побијање је почело да се учестало користи тек од усвајања важећег закона.⁷

3 М. Zeuner, стр. 1. Слично: Драгиша Б. Слијепчевић, „Услови и начин стечајног побијања по Закону о стечају“, *Правни информатор*, бр. 4/2010, стр. 18.

4 Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011 и 83/2014, чл. 119–130.

5 Стечајни закон из 1929. године – СЗ, *Службене новине*, бр. 282-СХV, од 1. децембра 1930. године, § 27–42; Уредба о престанку предузећа и радњи – УППиР, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 51/1953, 49/1956, 53/1961 и 52/1962, чл. 48; Закон о принудном поравнању и стечају – ЗППС, *Службени лист СФРЈ*, бр. 15/1965, 21/1965, 55/1969, 39/1972 и 16/1974, чл. 95–98; Закон о санацији и престанку организација удруженог рада – ЗОСПОУР 1980, *Службени лист СФРЈ*, бр. 41/1980, 25/1981, 66/1981, 28/1983, 20/1984, 7/1985, 39/1985, 9/1986 и 43/1986, чл. 161–165; Закон о санацији и престанку организација удруженог рада – ЗОСПОУР 1986, *Службени лист СФРЈ*, бр. 72/1986, 42/1987, 85/1987 и 69/1988, чл. 199–203; Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији – ЗППСЈ, *Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93, 28/96, чл. 112–116; Закон о стечајном поступку – ЗСП, *Службени гласник РС*, бр. 84/2004 и 85/2005 – др. закон, чл. 98–108.

6 Раније је важило правило да је ванстечајно побијање садржајније и да даје шире могућности за побијање. Овакав став се више не може прихватити. Вид.: Миодраг Мишовић, „Разлике између стечајног и ванстечајног права побијања“, *Правни живот*, бр. 11/2005, стр. 359. Штавише, може се рећи да данас важи супротнo правило.

7 Франц Цимерман, Јасминка Обућина, Иван Миловановић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Агенција за лиценцирање стечајних управника у сарадњи са GIZ GmbH, Београд, 2015, стр. 10.

Друго, примена правила о побијању правних радњи у стечају је временски ограничена, и везује се за отворени стечајни поступак. Пре отварања стечајног поступка, као и након окончања стечајног поступка, правне радње стечајног дужника се могу побијати само по правилима ванстечајног побијања садржаним у Закону о облигационим односима.⁸ За судску праксу ће посебно бити актуелна питања судбине парнице за побијање покренуте пре отварања стечајног поступка по ванстечајним правилима,⁹ као и судбине парнице за побијање покренуте по стечајним правилима, након обуставе стечајног поступка.¹⁰

Треће, правила о побијању се примењују независно од тога да ли се стечајни поступак води у правцу банкротства или реорганизације.¹¹ То значи да се увек примењују исте материјалне и процесне одредбе, а другачија правила су могућа само у оквиру плана реорганизације.¹²

Четврто, поступак побијања по правилу покреће стечајни управник, а изузетно неки системи ово право дају и повериоцима. Овлашћење стечајног управника за побијање се правда чињеницом да ово лице по закону штити стечајну масу и интересе свих стечајних поверилаца, а последице побијања се управо на њих и односе.

Пето, побијати се могу само одређене правне радње стечајног дужника. Стечајни закони сваке државе прецизно одређују које правне радње су подобне за побијање.

Шесто, дозвољено је побијање само оних правних радњи стечајног дужника које су предузете у одређеном периоду пре отварања стечајног поступка. Имајући у виду да се на овај начин утиче на раније настале правне односе, у нашој теорији се побијање везује за дејства отварања стечаја у прошлост.¹³ Но, и ако се не прихвати

8 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 280–285.

9 О неким размишљањима у овом погледу вид.: Зоран М. Балиновац, „О праву побијања у стечају“, *Судска праска*, бр. 7–8/1994, стр. 4.

10 Магда Вујачић, „Паулијанска тужба кад је дужник у стечају“, *Судска пракса привредних судова*, бр. 2/2000, стр. 104–105.

11 М. Zeuner, стр. 2; М. Dika (2006), стр. 161.

12 М. Zeuner, стр. 2; М. Dika (2006), стр. 161.

13 Михаило Велимировић, „Предмет и узроци права побијања у стечају“, *Правни живот*, бр. 11/2006, стр. 55; Михајло Велимировић, *Стечајно право*, 3. издање, Правни факултет Универзитета Унион и Службени гласник, Београд, 2012, стр. 127; Мирко С. Васиљевић, *Компанијско право – право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 575; Душко Медић, „Побијање правних радњи стечајног дужника“, у: *Законодавство и*

овакво становиште, чињеница је да се побијање увек може посматрати као могућа последица отварања стечајног поступка.¹⁴

Седмо, основна последица побијања се састоји у релативном недејству побијене правне радње у односу на стечајну масу, при чему се противник побијања обавезује да у стечајну масу врати све примљене користи. У овоме се види основна разлика између института побијања и института рушљивости.¹⁵ Побијање нема за циљ да се правна радња огласи неважећом, већ само да јој се одузму правна дејства у односу на стечајну масу, како би се што потпуније намирили повериоци стечајног дужника.

У праву побијања се сукобљавају најмање три интереса.¹⁶ Први интерес је интерес дужника, а заснован је на општем принципу приватног права да свако може слободно располагати својом имовином. Други интерес се везује за интерес трећих лица у односу на које је дужник предузео правне радње. Шире постављен, ово је „интерес правне сигурности и правног саобраћаја, ради чијег задовољења односи једном засновани треба да остану у пуној снази.“¹⁷ Коначно, трећи интерес представља интерес стечајних поверилаца посматраних у целини. Право побијања мора да пронађе баланс између ових интереса, због чега се у теорији и говори о његовом компромисном карактеру.¹⁸ Из угла стечаја, доминантним уважавањем прва два интереса суштински се остварује стечајни принцип очувања права стечених пре отварања стечајног поступка. Остваривање трећег интереса има супротан ефекат, јер се на тај начин остварују стечајна начела колективног намирења и једнаког третмана поверилаца. Према томе, право побијања треба да пронађе равнотежу између начела очувања права стечених ван стечаја и начела колективног намирења и једнаког третмана поверилаца. Прво начело се остварује укидањем права побијања или његовим свођењем на најужу могућу меру, док се друго начело штити ширењем домена примене права побијања у стечају.

пракса – Зборник радова са регионалне конференције о стечају, GTZ, Београд, 2008, стр. 34.

14 Д. Медић, стр. 34.

15 Више о односу ништавости и побојности вид.: М. Велимировић (2012), стр. 131–132.

16 Божидар С. Марковић, *Право побијања изван стечаја*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2014, стр. 18; Јован Гуцуња, *Правно регулисање поверилачко-дужничких односа у случају престанка организација удруженог рада*, докторска дисертација, Нови Сад, 1980, стр. 350.

17 Б. С. Марковић (2014), стр. 18.

18 Б. С. Марковић (2014), стр. 18. О потреби брижљивог одмеравања свих интереса у сукобу, приликом позитивно-правног уређења материје побијања, вид.: З. М. Балиновац, стр. 3.

Уважавајући принцип очувања права стечених ван стечаја, законодавац увек полази од одрживости правних радњи предузетих пре отварања стечајног поступка, јер је то у складу са начелом правне сигурности и начелом поверења у правни промет.¹⁹ У стечају се претходним правним радњама не одузима дејство *a priori*, већ тек онда када суд утврди да су испуњени прецизно дефинисани законски услови.²⁰ Услови се по правилу везују или за врсту правне радње (на пример, бестеретно располагање или неуобичајено намирење) или за мотив због кога је правна радња предузета (на пример, намера оштећења).²¹ Данас је уочљива тенденција објективизације стечајног права побијања, а то је учињено уклањањем или свођењем на разумну меру субјективних услова за побијање.

У теорији се уобичајено наглашава да је побијање супсидијарно право, јер се остварује онда када повериоци не могу да намире своје потраживање из имовине дужника.²² Код ванстечајног побијања супсидијарност побијања у наведеном смислу долази до пуног изражаја. Међутим, код стечајног побијања она се необориво претпоставља, јер само отварање стечајног поступка оправдава коришћење института побијања.²³ Активно легитимисана лица за побијање у стечају не морају да доказују да у стечајној маси нема довољно средстава за испуњење свих обавеза стечајног дужника.²⁴

Побијање је изворно настало у оквирима колективног намирења поверилаца из имовине инсолвентног дужника, тј. у амбијенту стечајног поступка који у тренутку настанка идеје побијања није био познат као формализован поступак. Након тога, побијање се, „из практичних разлога, еманциповало од стечајног поступка у самосталну установу, независну од стечаја. Током времена је повериоцима признавано право да могу побијати располагања свога дужника без обзира да ли је над његовом имовином отворен стечајни поступак...“²⁵ Премда настали из истог нуклеуса, одвојен развој стечајног и ванстечајног побијања је довео до бројних разлика између ова два правна режима побијања.²⁶ Основна и фундаментална

19 М. Zeuner, стр. 2.

20 М. Zeuner, стр. 2.

21 М. Zeuner, стр. 2.

22 Томица Делибашевић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Београд, 1999, стр. 73; Д. Слијепчевић (2010а), стр. 17.

23 Т. Делибашевић (1999), стр. 73; Д. Слијепчевић (2010а), стр. 17.

24 Д. Слијепчевић (2010а), стр. 17.

25 Б. С. Марковић (2014), стр. 22.

26 Више вид.: Ј. Гуцуња, стр. 334–336; Михаило Велимировић, „Стечајно и ванстечајно право побијања“, *Правни живот*, бр. 11/2005, стр. 349–356; М. Велимировић (2012), стр. 133–136.

разлика између њих је у следећем: стечајно побијање има за циљ заштиту колективних интереса поверилаца стечајног дужника, док је ванстечајно побијање фокусирано на заштиту индивидуалног повериоца који је иницирао поступак побијања.²⁷ Због тога дужник може да избегне ванстечајно побијање испуњењем обавезе према побијачу, јер се на тај начин постиже циљ побијања. У стечајном поступку ова могућност не постоји, јер побијање служи повериоцима у целини, те испуњењем обавезе према побијачу није испуњен и циљ побијања.²⁸ У сукобу колективистичке философије стечајног побијања и индивидуалистичке философије ванстечајног побијања, природно су се развиле две групе правила о побијању, а о појединим разликама између њих ће бити више речи у даљем тексту у оквиру овог дела књиге.

Начелним сагледавањем свих правних радњи које се могу побијати, може се уочити да постоје две групе основа за побијање, чија је логика у суштини другачија.²⁹ Прву групу чине оне правне радње којима дужник неке своје повериоце привилегује пре отварања стечајног поступка (примера ради, дужник плати дуговање повериоцу, или да̄ необезбеђеном повериоцу средство обезбеђења). Оваквим радњама дужник нарушава начело једнаког третмана поверилаца, јер је пре стечаја неке повериоце погодовао, искључујући примену начела једнаког третмана у односу на њих. Ова група правила о побијању штити начело једнаког третмана поверилаца у стечајном поступку, и то тако што се фокусира на односе између поверилаца.

Другу групу представљају оне правне радње које у основи имају намеру дужника да оштети своје повериоце (примера ради, непосредно пре отварања стечајног поступка дужник поклони вредну машину која улази у састав његове имовине). За разлику од прве групе основа за побијање, која се тиче односа између поверилаца, ова група се фокусира на односе поверилаца према стечајном дужнику.

27 М. Вујачић (2000), стр. 106; М. Мићовић (2005), стр. 360; Д. Медић, стр. 33; Јасминка Обућина, „Могућност стечајног и ванстечајног побијања правних послова и правних радњи“, у: Драгиша Б. Слијепчевић (ред.), *Примена појединих института стечаја – зборник радова*, Глосаријум, Београд, 2014, стр. 105; Бојана Топаловић, „Побијање правних радњи стечајног дужника“, доступно на: http://www.alsu.gov.rs/bap/upload/documents/seminari/novembar2016/Bojana_Topalovic_rad.pdf (3.1.2017), стр. 2.

28 М. Мићовић (2005), стр. 360.

29 Више вид.: Thomas H. Jackson, „Avoiding Powers in Bankruptcy“, *Stanford Law Review*, бр. 36/1984, стр. 726.

Глава II

ПОВЕЗАНА ЛИЦА И ПОБИЈАЊЕ

Стечајни закони великог броја држава прописују посебан правни режим за побијање правних радњи које дужник учини лицима која су са њим повезана (инсајдери, упућена лица, блиска лица, блиски својаци, енгл. *insiders, associates, connected persons*, нем. *nahestehende Personen*). У теорији облигационог права ово побијање је познатије под називом „породична Паулијана“. Разумљиво је да ће дужник, уочи своје финансијске пропасти, да се стара да његова имовина пређе у руке његових најближих или других лица са којима је интересно повезан, а на штету осталих поверилаца. Управо због постојања овакве природне тежње, стечајно право са посебним подозрењем гледа на правне радње учињене лицима која су повезана са дужником. То подозрење, преточено у законске одредбе, се изражава у виду поједностављивања услова за побијање у оваквим ситуацијама. Претпоставка несавесности повезаног лица (на пример, претпоставља се да је повезано лице знало за дужникову неспособност плаћања или за намеру оштећења поверилаца) и дужи рокови унутар којих правна радња мора бити предузета да би била предмет побијања, неке су од најчешће коришћених повластица у корист побијача, када је противник побијања инсајдер.³⁰

Постоје два начина како се могу одредити повезана лица стечајног дужника.

1. Стечајни закони неких земаља исцрпно набрајају сва лица која су са дужником у блиској вези.³¹ Само лица која су изричи-

30 „Тиме је олакшано побијање правних радњи које су подузете према особама које би због свог односа („бликост“) с дужником могле бити упознате с његовом економском ситуацијом, односно према особама које су због тога односа биле изложеније могућности да заједно с дужником подузимају радње знајући да се њима оштећују повериоци.“ М. Дика (2006), стр. 190.

31 Вид.: немачки Инсолвенцијски закон – InsO (нем. *Insolvenzordnung*) из 1994. године, § 138; аустријски Инсолвенцијски закон – InsO (нем. *Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren*) из 2015. године, § 32; хрватски Стечајни закон – СЗ, *Народне новине*, бр. 71/2015, чл. 207; македонски Закон за стечај – ЗЗС, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 34/2006, 126/2006, 84/2007, 47/2011, 79/2013, 164/2013, 29/2014, 98/2015 и 192/2015, чл. 139(2); Закон о стечају Републике Српске – Закон о стечају РС, *Службени гласник Републике Српске*, бр.

то поменуто су инсајдери и на њих се примењује посебан правни режим.³² Овај начин одређивања инсајдера је и поред своје прецизности и одређености недовољно поуздан, јер ће увек постојати лица која нису поменуто, а налазе се у блиском односу са дужником и постоји оправдање да се они обухвате појмом повезаних лица.

2. Други систем, који прихватају англосаксонске државе, исправља горепоменути недостатак, јер списак набројаних повезаних лица није коначан, већ се дозвољава да и свако друго лице, које се налази у присним родбинским, пословним или другим односима са дужником, буде третирано као инсајдер. Према томе, повезана лица су наведена само примера ради, те није реч о исцрпном списку.³³ Недостатак овог начина одређивања повезаних лица је правна несигурност.³⁴

Усвајањем Закона о стечају, српско право је поново увело стечајноправни појам повезаних лица, који је након Другог светског рата нестао из наших стечајних прописа.³⁵ Према прихваћеном решењу, повезаним лицима стечајног дужника сматрају се:

1) директор, члан органа управљања или органа надзора стечајног дужника – осим чланова управе, овде би требало да спадају и други законски и статутарни заступници правног лица;³⁶

16/2016, чл. 141; Закон о стечају Црне Горе – Закон о стечају ЦГ, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/2011, чл. 127.

32 Слично: М. Dika (2006), стр. 190.

33 David G. Epstein, Steve H. Nickles, James J. White, *Bankruptcy*, WEST Group, St. Paul, Minn., 1993, стр. 302.

34 Тако нпр. у случају *Babcock Dairy Co. of Ohio, Inc.* из 1986. године, амерички суд је закључио да човек који је продао своју компанију и постао саветодавац новом купцу није инсајдер, јер он није доносио никакве корпоративне одлуке, није имао овлашћење да располаже имовином друштва, и на крају није имао значајнијег учешћа у вођењу послова.

У случају *Rubin Bros. Footwear, Inc.* из 1987. године, суд је закључио да за статус инсајдера није неопходна гласачка контрола. У овом случају, дужник, *Rubin Bros.*, је дуговао 700.000\$ повериоцу *Chemical Bank*. Због великих финансијских проблема дужник је саопштио банци своју намеру да покрене стечајни поступак над својом имовином. Банка је предложила другачији план: *Rubin* ће ангажовати *Solomon*-а, као пословног консултанта, који ће покушати да спасе дужничково пословање. *Rubin* је послушао савет и запослио *Solomon*-а, који је радио у корист банке, како би обезбедио или исплатио потраживања банке према дужнику. Суд је у одлуци заузео становиште да је *Chemical Bank* инсајдер, јер је банка, преко другог лица, имала посебан однос са дужником, преко кога је наплатила своја потраживања. Више о примерима из америчке судске праксе за инсајдере вид.: D. G. Epstein, S. H. Nickles, J. J. White, стр. 303–306.

35 Закон о стечају, чл. 125.

36 М. Dika (2006), стр. 191.

2) члан стечајног дужника који за његове обавезе одговара целокупном својом имовином (на пример, ортак у ортакком друштву или комплементар у командитном друштву);³⁷

3) члан или акционар са значајним учешћем у капиталу стечајног дужника (значајно учешће у смислу Закона о привредним друштвима постоји онда када једно лице, самостално или са другим лицима која са њим заједно делују, поседује више од 25% права гласа у друштву);³⁸

4) правно лице које стечајни дужник контролише у смислу закона којим се уређују привредна друштва;

5) лице које је фактички у позицији да врши значајнији утицај на пословање стечајног дужника;

6) лица која због свог посебног положаја у друштву имају приступ поверљивим информацијама или имају могућност да се упознају са финансијским стањем стечајног дужника – ово је потенцијално најшира група лица, јер није конкретизовано ко је све њоме обухваћен. Битно је само да та лица испуне један од два фактичка критеријума: да имају приступ поверљивим информацијама у друштву или да могу да се информишу о финансијском положају дужника. Почетак одредбе може да наведе на погрешан траг, јер овом језичком конструкцијом не треба обухватати само лица у друштву (на то би сугерисало језичко тумачење конструкције „због свог посебног положаја у друштву“), већ и лица која имају одређени положај у односу на друштво. Према томе, слично немачком праву, ову одредбу треба тумачити тако да се повезаним лицем сматра лице које на основу компанијскоправне повезаности са дужником или повезаности путем уговора о услугама има могућност да се информише о његовим економским односима;³⁹

7) лице које је сродник по крви у правој линији без обзира на степен или у побочној линији до четвртог степена сродства, сродник по тазбини до другог степена сродства или брачни друг физичких лица из претходних тачака (на пример, супружник директора, сестра већинског акционара, и сл.).

Српска концепција повезаних лица у стечају начелно има следеће карактеристике:

- прво, овај појам до измена из 2014. године није био везан за целокупно стечајно право, већ само за део закона који се

37 М. Дика (2006), стр. 191.

38 Закон о привредним друштвима – ЗОПД 2011, *Службени гласник РС*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015, чл. 62(3).

39 Упор.: немачки InsO, § 138(2)(2).

односи на побијање правних радњи стечајног дужника, унутар кога се уосталом и налази. Друге одредбе закона које су помињале појам повезаних лица су се ослањале на концепт прихваћен у Закону о привредним друштвима.⁴⁰ Последњим изменама закона је проширен домен примене појма повезаних лица из Закона о стечају и на друге делове закона, ван побијања правних радњи, при чему су упућивања на Закон о привредним друштвима остала нетакнута;

- друго, за разлику од упоредних стечајних закона, који одвојено дефинишу лица повезана са стечајним дужником који је правно лице, односно физичко лице, Закон о стечају, имајући у виду да познаје само стечај правних лица, уређује искључиво повезана лица правног лица које је стечајни дужник;
- треће, ако је неко лице изричито законом поменуто, оно се сматра повезаним лицем стечајног дужника, што значи да нема потребе доказивати да је то лице заиста и користило свој положај како би било погодно у односу на остале повериоце;⁴¹
- четврто, наведени односи треба да су постојали у тренутку предузимања правне радње која се побија. Накнадно стицање својства повезаног лица је без значаја. Примера ради, лице коме је исплаћено потраживање, а које је касније постало директор друштва које му је исплатило потраживање, не може се сматрати повезаним лицем, јер у време када му је потраживање намирено оно није било повезано са стечајним дужником;
- пето, иако закон набраја лица повезана са стечајним дужником, многа међу њима су одређена правним стандардом, што омогућава прилагођавање овог појма бројним ситуацијама. У том погледу, посебно треба истаћи да је повезано лице у српском праву и оно лице које има могућност да се упозна са финансијским стањем стечајног дужника.

40 У нашој теорији има залагања да би, „због конзистентности и уједначености правног система“, требало укинути стечајноправни појам повезаних лица, што би значило да као једини треба користити компанијскоправни појам. Више вид.: Јелена Лепетић, „Повезана лица у пословном праву“, *Право и привреда*, бр. 10–12/2015, стр. 34 и 38.

41 Слично: D. G. Epstein, S. H. Nickles, J. J. White, стр. 302.

Глава III

ОПШТИ УСЛОВИ ЗА ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ СТЕЧАЈНОГ ДУЖНИКА

Закон о стечају уређује побијања правних радњи стечајног дужника започиње одредбом која се односи на опште услове (претпоставке) побијања. Под општим условима се подразумевају начелне претпоставке које морају бити испуњене да би уопште могло доћи до побијања. Оне морају бити присутне у сваком случају побијања. Заправо, приликом побијања конкретне правне радње стечајног дужника, суд треба да установи испуњеност две групе услова: општих и посебних. Општи услови увек морају бити испуњени, и они не зависе од конкретних околности под којима је извршена правна радња која се намерава побијати. Међутим, чињеница да су испуњене опште претпоставке за побијање не значи да ће до побијања и доћи, јер се за побијање сваке правне радње захтева и испуњеност посебних услова.⁴² Посебни услови зависе од врсте правне радње која се побија. Тако, једни услови се траже за побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду, други за побијање правних радњи намерног оштећења поверилаца, трећи за побијање правних радњи уобичајеног намирења, итд.

Опште је правило да се могу побијати правне радње предузете пре отварања стечајног поступка, којима се нарушава равномерно намирење стечајних поверилаца или оштећују повериоци, као и правне радње којима се поједини повериоци стављају у погоднији положај.⁴³ Из наведене одредбе, могу се извући четири опште претпоставке за побијање:

- 1) правна радња – постојање правне радње је почетни и нужан услов за побијање, јер је правна радња предмет (објект) побијања;
- 2) време предузимања правне радње – правна радња мора бити предузета пре отварања стечајног поступка;

42 У теорији се посебни услови називају и специјалним или посебним претпоставкама побијања. Вид.: Роберт Барч, *Основи права поравнања и стечајног права*, превод Б. Недељковић, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон а.д., Београд, 1939, стр. 110; Б. С. Марковић (2014), стр. 71.

43 Закон о стечају, чл. 119(1).

3) оштећење поверилаца – да би се правна радња побијала неопходно је да су њоме оштећени повериоци;

4) позитиван ефекат на намирење стечајних поверилаца – да би побијање било дозвољено потребно је да његова последица буде увећање стечајне масе, а то значи више средстава за намирење поверилаца стечајног дужника или бржа доступност тих средстава.

За разлику од посебних услова, који могу бити објективни и субјективни, општи услови су у потпуности објективизирани. Они не зависе од савесности било ког лица, намере, знања за одређене околности, и сл.

Општи и посебни услови за побијање заједно представљају материјалноправне претпоставке које морају бити испуњене да би побијање било успешно. Поред материјалноправних услова, за побијање је потребно да се испуне и бројни формалноправни услови, о којима ће више бити речи у делу о странкама у поступку побијања и самом поступку побијања.

1. ПРАВНА РАДЊА

Прво питање права побијања се односи на предмет (објект) права побијања (шта се побија?). У стечајном, једнако као и у ванстечајном праву, предмет побијања су правне радње. Овај појам обухвата сваку вољну радњу која доводи до неког правног учинка, тј. која ствара неке правно релевантне последице, без потребе да воља буде усмерена ка наступању такве последице.⁴⁴ На овај начин је предмет побијања широко постављен.⁴⁵ Извесно сужавање појма правне радње за потребе побијања је одређено њеном последицом. Наиме, побијати се могу само оне правне радње које имају имовинскоправно дејство,⁴⁶ тј. које доводе или могу довести до про-

44 P. de Bra у: Eberhard Braun (Hrsg.), *Insolvenzordnung (InsO) – Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2002, стр. 643; Michael Huber у: Peter Gottwald (Hrsg.), *Insolvenzrechts – Handbuch*, Verlag C. H. Beck München, 2010, стр. 820; Joachim Voigt-Salus у: Gerhard Pape, Wilhelm Uhlenbruck, Joachim Voigt-Salus, *Insolvenzrecht*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, стр. 405; Ulrich Foerste, *Insolvenzrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 4. Auflage, 2008, стр. 144; M. Dika (2006), стр. 163. „За појам правног дела није битно ни да је дужник уопште хтео услед њега насталу промену у својој имовини, нити уопште да је предузео радњу у одређеном циљу.“ Б. С. Марковић (2014), стр. 72.

45 P. de Bra у: E. Braun (Hrsg.), стр. 643; J. Voigt-Salus у: G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt-Salus, стр. 405; Reinhard Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, 3. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, стр. 98; М. Велимировић (2006), стр. 57; М. Велимировић (2012), стр. 137; Ј. Гуцуња, стр. 361; М. Dika (2006), стр. 163.

46 О имовинском карактеру правне радње вид.: Татјана Јосиповић, „Дужникова правна радња као објект побијања изван стечаја“, *Законитост*, бр. 9–10/1991, стр. 1145–1146.

мене у имовини стечајног дужника на штету његових поверилаца.⁴⁷ Конкретније, предмет побијања може бити свака правна радња којом се преносе права из дужникове имовине или којом се онемогућава да неко право постане део дужникове имовине, а која би у случају отварања стечајног поступка била саставни део стечајне масе. Најпрецизније је рећи да појам правне радње треба да обухвати „свако поступање које изазива правне последице и које може да измени имовину дужника на штету стечајних поверилаца“.⁴⁸ Без постојања елемента потенцијалне штете за стечајне повериоце, побијање нема оправдања.⁴⁹

Правне радње које имају само фактичко, а не и правно дејство, не треба третирати правним радњама у смислу побијања.⁵⁰ Тако, примера ради, ако дужник уништи неку своју ствар (сруши кућу, спали намештај, и сл.), нема основа за побијање, јер се нико овом фактичком радњом није окористио.⁵¹ Међутим, ако дужник уништи хартију од вредности, ова фактичка радња се може побијати, јер је она за правну последицу имала ослобођење од одговорности дужника по основу те хартије.⁵²

Побојне правне радње најчешће директно воде умањењу имовине стечајног дужника (на пример, дужник поклони ствар трећем лицу) или директно онемогућавају увећање стечајне масе (на пример, дужник опрости дуг свом дужнику). Међутим, могуће је побијати и правне радње које индиректно мењају имовину дужника на штету стечајних поверилаца, попут радњи којима дужник преноси део своје имовине ради повећања вредности ствари која служи као средство обезбеђења. Класичан пример представља случај „товљења свиње“,

47 „Да би дужникова радња могла да се побија, она мора да буде правно релевантна, мора да има правно дејство и ствара правне последице на подручју дужникових средстава, у односу на трећа лица.“ Ј. Гуцуња, стр. 363.

48 М. Huber у: Р. Gottwald (Hrsg.), стр. 820. Правна радња у смислу права побијања је „...свака радња услед које се дужникова имовина у нечију корист материјално смањује или услед које он долази у тежи процесноправни положај, тако да се и изгледи његових поверилаца на намирење њихових потраживања погоршавају или формалноправно отежавају.“ Б. С. Марковић (2014), стр. 73.

49 Фрања Горшић, *Коментар Стечајног закона*, Геца Кон а.д., Београд, 1934, стр. 128.

50 Ј. Voigt-Salus у: G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt-Salus, стр. 405; Ј. Гуцуња, стр. 362; Т. Делибашић (1999), стр. 188; Милена Јовановић-Zatilla, „Побијање дужникових правних радњи“, *Право и привреда*, бр. 5–8/2004, стр. 690.

51 Б. С. Марковић (2014), стр. 72; Ј. Гуцуња, стр. 362–363; Хрвоје Момчиновић, „Побијање правних радњи у стечају“, *Привреда и право*, бр. 3–4/1990, стр. 204; Драгиша Б. Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Сес Месон, Београд, 2006, стр. 355; Д. Медвић, стр. 38; Ј. Обућина (2014а), стр. 115; Ф. Цицерман, Ј. Обућина, И. Миловановић, стр. 32.

52 Б. С. Марковић (2014), стр. 72; Д. Б. Слијепчевић, С. Спасић, стр. 355; Ј. Обућина (2014а), стр. 115.

где дужник троши пуно средстава ради храњења свиње, која је средство обезбеђења потраживања неког повериоца. Како се свиња због појачане исхране гоји, то њена вредност скаче. Пренос који је предмет побијања у овом случају није угојена свиња, већ новац утрошен за њену исхрану.⁵³

Да би правна радња била предмет побијања, неопходно је да буде пренето дужниково право на имовини или да је на дужниковој имовини конституисано неко право. Ако пренето право не припада дужнику, онда отпада *ratio* побијања. Побиањем се штити само стечајна маса, а њу сачињавају само права која улазе у имовину стечајног дужника.

У значајном броју случајева није једноставно дати одговор на питање да ли пренето право припада стечајном дужнику.⁵⁴ У том погледу су илустративна следећа два примера.

Пример број 1: инсолвентно матично привредно друштво А има новчану обавезу према повериоцу В. У имовини друштва А се налази 40% акција солвентног зависног друштва Б. Зависно друштво ништа не дугује повериоцу В, али му, ипак, исплаћује новчану обавезу коју дугује матично друштво. Неколико дана након исплате отвара се стечајни поступак над друштвом А. Да ли су испуњени услови за побијање? Како је зависно друштво солвентно, то се питање Паулијанске тужбе у корист његових поверилаца не поставља. Међутим, интересантно је разрешити дилему да ли стечајни управник у стечају над друштвом А може побијати правну радњу исплате дуговања од стране друштва Б. Формално посматрано, није извршен пренос средстава матичног друштва, али суштински јесте. Да се овај пренос средстава није догодио, зависно друштво би имало више имовине и права матичног друштва у зависном друштву би била већа. Наравно, да би уопште постојала могућност побијања ове правне радње, неопходно је да је зависно друштво било под контролом матичног друштва или да су испуњени компанијскоправни услови за пробијање правне личности.⁵⁵ Према томе, неопходно је да матично друштво контролише располагање средствима другог лица и да та средства пренесе на неког повериоца, ради измирења дуга. У том случају ће се сматрати да за сврху права побијања средства припадају матичном друштву, без обзира што нису његова својина, јер је оно одлучивало о преносу права и могло је да их преусмери на било ког повериоца (примена теорије контроле).

53 Charles Jordan Tabb, *The Law of Bankruptcy*, The Foundation Press, Inc., New York, 1997, стр. 359–360.

54 C. J. Tabb (1997a), стр. 361.

55 Више вид.: Harry M. Flechtner, „Preferences, Postpetition Transfers, and Transactions Involving a Debtors Downstream Affiliate“, *Emory Bankruptcy Developments Journal*, бр. 5/1987, стр. 1–61.

Пример број 2: претпоставимо да давалац кредита К позајми новац инсолвентном друштву Д, ради плаћања дуга који Д дугује повериоцу А. Кредитор није директно предао новац повериоцу А, већ дужнику са упутством да се новац преда повериоцу, што је овај и учинио. Стечајни управник би у овом случају могао да истиче чињеницу да је моментом предаје новца дужнику од стране кредитора, новац постао саставни део стечајне масе стечајног дужника, те је његовим располагањем испуњен услов да право њему припада.⁵⁶ Међутим, у овом случају се треба заложити за примену супротног правила, тј. да нема елемената за побијање ове правне радње у стечају над друштвом Д. Разлог треба тражити у чињеници да је дужник само заменио једног повериоца другим (кредитор је заменио повериоца), чиме нису умањена права која улазе у стечајну масу. Овакав резон је настао у америчкој судској пракси, као изузетак од правила да се може побијати свака правна радња којом се умањује дужникова имовина и у теорији је позната као „доктрина наменске имовине“ (енгл. „*ear-marking doctrine*“). Према њој, ако треће лице позајми новац дужнику за исплату одређеног потраживања, и дужник та наменска средства пренесе на повериоца, нема елемената за побијање ове правне радње.⁵⁷ Заправо, судови у овим ситуацијама пренету имовину не третирају имовином дужника, већ кредитора.⁵⁸ Једина промена која се десила у имовини стечајног дужника, исказана у његовом билансу стања, је промена имена повериоца, при чему ће износ дуговања остати исти.⁵⁹ Ова доктрина није примењива у неколико ситуација. Прво, потраживање новог повериоца мора имати исти или лошији положај у намирењу у односу на потраживање које је заменило.⁶⁰ Друго, она се не примењује ако дужник плати своје дуговање према повериоцу, а кредитор му је дао ненаменски кредит. Треће, кредитор дужнику одобри наменски кредит ради плаћања дуговања, а дужник има слободу избора ком повериоцу ће исплатити потраживање. Четврто, кредитор дужнику да наменски кредит за исплату одређеног дуга одређеном повериоцу, а дужник средства искористи за исплату другог дуга истом повериоцу.⁶¹

56 C. J. Tabb (1997a), стр. 361.

57 C. J. Tabb (1997a), стр. 361; Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, WEST group, St. Paul, Minn., 1999, стр. 525.

58 C. J. Tabb (1997a), стр. 362.

59 John D. Penn, „The Earmarking Doctrine: or, The „Greater Fool Theory“ Is Alive and Well in Preference Defenses“, *American Bankruptcy Institute Journal*, February 2002, доступно на: <http://www.abi.org/abi-journal/the-earmarking-doctrine-or-the-greater-fool-theory-is-alive-and-well-in-preference> (5.4.2016).

60 *Ibid.*

61 Вид.: In re McDowell, 258 B. R. 296 (Bankr. M. D. Ga. 2001).

Доктрина наменске имовине може бити и делимично примењена, и то пропорционално испуњености гореприказаних елемената. Примера ради, кредитор да дужнику кредит у износу од 30.000 динара. Они су се договорили да 15.000 динара кредита буде искоришћено за плаћање дуга повериоцу А. Дужник је по пријему кредита, 15.000 динара исплатио повериоцу А, а осталих 15.000 динара је усмерио за намирење свог дуга према повериоцу Б. Доктрина наменске имовине ће заштитити правну радњу плаћања повериоцу А, а неће бити примењена на исплату потраживања повериоцу Б.⁶²

Вршење строго личних права, попут давања наследне изјаве или одрицања од нужног дела, не може се побијати.⁶³ Није од значаја чињеница да су одрицањем од неког строго личног права оштећени повериоци.

Побијати се могу пре свега активне (позитивне) правне радње (радње чињења). У активне правне радње се нарочито сврставају:

- правни послови облигационоправног и стварноправног карактера, и то они којима се преузимају обавезе или располаже имовином⁶⁴ – у обзир долазе двострани правни послови (на пример, уговор о преносу права својине, уговор о продаји, цесија потраживања,⁶⁵ замена испуњења,⁶⁶ индосирање менице, вансудско поравнање,⁶⁷ опрост дуга, итд.) и једнострани правни послови (на пример, отказ уговора, одрицање од права, итд.), без обзира да ли су добротини или теретни;
- правне радње сличне правним пословима, попут опомене дужника за испуњење обавезе или постављање рокова против дужника (на пример, остављање накнадног рока дужнику за испуњење уговорних обавеза);⁶⁸
- процесне радње – осим материјалних, дозвољено је побијање и процесних радњи, попут признања тужбеног захтева, одрицања од тужбеног захтева, повлачења тужбе, жалбе

62 D. G. Epstein, S. H. Nickles, J. J. White, стр. 286.

63 J. Voigt-Salus у: G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt-Salus, стр. 405; M. Dika (2006), стр. 164. Супротно вид.: Д. Б. Слијепчевић, С. Спасић, стр. 356.

64 M. Dika (2006), стр. 164.

65 Решење Вишег привредног суда у Београду, Пж. 1200/93 од 28. априла 1993. године.

66 Одлука Врховног суда Србије, Прев. 33/82 од 30. децембра 1982. године. За новију судску праксу у овом погледу више вид.: Марко Томић, „Побијање правних радњи стечајног дужника у новијој пракси српских и немачких судова“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2017, стр. 272–273.

67 Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 1596/2009 од 15.6.2009. године, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 4/2009, стр. 71–73.

68 U. Foerste, стр. 144.

или неког другог правног средства, закључивања судског поравнања, радњи предузетих у извршном поступку,⁶⁹ и сл.;⁷⁰

- реални акти којима закон даје правно дејство, попут спајања, мешања или прераде ствари, дереликције, и сл.⁷¹

Под правним радњама се подразумевају не само активне радње, већ и пропуштање вршења правних радњи (радње нечињења). Модерна стечајна законодавства у контексту побијања изједначавају пропуштање закључења правног посла, односно пропуштање предузимања радње, са правним послом, односно са правном радњом.⁷² Пропуштање треба схватити као непредузимање неке правне радње услед чега је дошло до смањивања права у дужниковој имовини или до заснивања, одржавања или обезбеђења одређених имовинскоправних захтева против њега.⁷³ Између пропуштања и имовинскоправних последица (губитка постојећег права или стицање захтева према дужнику) мора постојати каузална веза.⁷⁴ У теорији постоји размимоилажење око одговора на питање да ли се као услов за побијање правне радње пропуштања захтева и намера, тј. свесно пропуштање одређене правне радње, што би имплицирало да пропуштања учињена из незнања, немара и сл. не могу бити предмет побијања.⁷⁵ У сваком случају, изједначавање пропуштања, до којих је дошло несвесно или због непажње, са предузимањем правног посла или радње не треба дозволити, јер би у том случају недостајала воља као битан елемент за постојање правне радње.⁷⁶ Што се тиче обавезе постојања свести о пропуштању радње, чини се да овај захтев треба ублажити у том смислу да се дозволи и побијање радње нечињења ако је дужник за њу знао или требало да зна.⁷⁷ На

69 М. Huber у: P. Gottwald (Hrsg.), стр. 821; U. Foerste, стр. 145.

70 М. Велимировић (2006), стр. 60; М. Велимировић (2012), стр. 139; М. Dika (2006), стр. 164; Д. Б. Слијепчевић, С. Спасић, стр. 354; Д. Б. Слијепчевић (2010а), стр. 19; Д. Медић, стр. 37–38.

71 М. Велимировић (2012), стр. 138; М. Dika (2006), стр. 165.

72 Закон о стечају, чл. 119(2); ЗСП, чл. 98(2); ЗППСЛ, чл. 112(2); немачки InsO, § 129(2); хрватски СЗ, чл. 198(2); Закон о стечају РС, чл. 134(4).

73 СЗ, § 27(3).

74 Ф. Горшић, стр. 129.

75 Афирмативно вид: P. de Bra у: E. Braun (Hrsg.), стр. 643; J. Voigt-Salus у: G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt-Salus, стр. 405; Ф. Горшић, стр. 129; М. Велимировић (2006), стр. 59; М. Велимировић (2012), стр. 138; Ј. Гупуња, стр. 364; Х. Момчиновић (1990), стр. 203; Боривоје Познић, Весна Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, 1999, стр. 619; Д. Б. Слијепчевић, С. Спасић, стр. 355; Милена Јовановић Zatlilla, Владимир Чоловић, *Стечајно право*, Досије, Београд, 2007, стр. 106. Супротност: Т. Делибашић (1999), стр. 191–192.

76 М. Dika (2006), стр. 169.

77 Слично и: М. Dika (2006), стр. 169.

тај начин би се задржао одређени вољни елемент. Супротан став би побијања радњи пропуштања у практичним ефектима свео на изузетне, готово занемарљиве случајеве.

Побојне радње нечињења могу бити материјалноправног карактера (на пример, пропуштање рока застарелости, неистицање приговора који води губитку права, неподношење менице на протест, непријављивање потраживања у стечајном поступку, непредузимање радњи којима се прекида застарелост или одржај, несаопштавање дужнику да задржава право на уговорну казну, и сл.) и процесноправног карактера (неподношење приговора застарелости, неоспоравање тужбеног захтева, пропуштање давања одговора на тужбу, изостанак са рочишта,⁷⁸ неизјављивање правних лекова, и сл.).⁷⁹

У контексту радњи нечињења, поставља се питање да ли се могу побијати и правне радње дужника којима је он одбио да се обогати (тзв. одбијање обogaћења). За разлику од пропуштања, овде се не може говорити о оштећењу поверилаца у ужем смислу те речи, јер таквим нечињењем дужник није довео до смањивања стечајне масе,⁸⁰ већ је утицао на то да не дође до њеног увећања. Из појмовног одређења пропуштања у Закону о стечају, могао би се извести закључак и у једном и у другом правцу. У одговору на постављено питање, треба поћи од тога шта су легитимна очекивања поверилаца стечајног дужника. Није спорно да поверилац не заснива своје очекивање да наплати потраживање само на вредности имовине коју дужник поседује, већ он има у виду и „будућу економску активност свога дужника“, те с правом очекује да дужник „искористи и све повољне околности да се обогати“.⁸¹ Због тога треба заузети став према коме је дужник дужан да предузима правне радње које би према редовном току ствари водиле увећању његове имовине.⁸² Тако би побојне биле, примера ради, следеће радње: одбијање пријема зарађене плате или дивиденде,⁸³ пропуштање да се траже пореске

78 У нашој пракси су честе ситуације да уредно позвани тужилац (будући стечајни дужник) не дође на рочиште, на основу чега судија доноси решење којим констатује да се тужба сматра повученом. Више вид.: Б. Топаловић, стр. 7.

79 J. Voigt-Salus у: G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt-Salus, стр. 405; Dimitar Machiedo, *Грађанскоправни и остали učinci отварања стечајног поступка*, Split, 1965, стр. 29–30; J. Гуцуња, стр. 364; X. Момчиновић (1990), стр. 203; Т. Јосиповић (1991), стр. 1149; М. Дика (2006), стр. 169–170; Д. Б. Слијепчевић, С. Спасић, стр. 355; М. Јовановић Zatlilla, В. Чоловић (2007), стр. 106–107; Марија Салма, „Побијање правних радњи стечајног дужника“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2009, стр. 102–103.

80 М. Дика (2006), стр. 169.

81 Б. С. Марковић (2014), стр. 74. Слично и: X. Момчиновић (1990), стр. 203; Т. Делибашић (1999), стр. 188.

82 М. Дика (2006), стр. 169.

83 Б. С. Марковић (2014), стр. 74.

олакшице, субвенције или да се купи роба са попустом, и сл.⁸⁴ Наша судска пракса заузима супротан став.⁸⁵

У стечајном поступку је могуће побијање правних радњи на основу којих је донета извршна исправа или које су предузете по основу извршне исправе (извршне радње) или у поступку принудног извршења.⁸⁶ Разлог због кога је уведена могућност побијања радњи предузетих у извршном поступку је у томе да се нагласи да побијање није искључено само због тога што је предузето у форми извршних радњи.⁸⁷ На овај начин се онемогућава изигравање права побијања исходавањем извршне исправе или решења о извршењу.⁸⁸ Уосталом, судови и други органи су се у том поступку упуштали само у анализу да ли је правна радња пуноважна, а нису испитивали услове за побијање такве радње.⁸⁹

Правне радње се побијају у својој целовитости (укупности),⁹⁰ што значи да је делимично побијање правне радње у принципу недозвољено.⁹¹ Због тога се начелно не могу побијати одређене уговорне одредбе, већ само уговор као целина. Исти став прихвата и наша судска пракса.⁹² Изузетак би постојао онда када се правни по-

84 М. Dika (2006), стр. 169.

85 Нав. према: М. Јовановић-Zatilla (2004), стр. 687; М. Јовановић Zatilla, В. Чоловић (2007), стр. 105. Исто: М. Велимировић (2006), стр. 63.

86 Закон о стечају, чл. 119(3).

87 М. Dika (2006), стр. 170.

88 Обрад Госпавић, *Стечајно право Краљевине Југославије*, Издавачко и књижевско предузеће Геца Кон а.д., Београд, 1937, стр. 50.

89 Т. Делибашић (1999), стр. 193.

90 М. Huber у: Р. Gottwald (Hrsg.), стр. 832; М. Велимировић (2012), стр. 140; М. Dika (2006), стр. 167.

91 Р. de Bra у: Е. Braun (Hrsg.), стр. 643.

92 „У овом поступку, тужилац захтева престанак дејства извршне исправе према стечајној маси и захтева да престане дејство само у односу на одређене новчане износе из извршне исправе, што је противно одредби члана 119. став 3. Закона о стечају ... Ако је правна радња признање тужбеног захтева испуњавала услове за побијање према одредбама Закона, тада се не би могло утврдити да је пресуда као извршна исправа само делимично без правног дејства, већ би она могла бити без правног дејства само у целини.“ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 10147/2012 од 17.4.2013. године.

„...Међутим, дејство извршне исправе може према стечајној маси престати уколико су испуњени Законом прописани услови, само у целини, јер је и радња признања тужбеног захтева јединствена парнична радња која не може делимично производити дејство а делимично не производити дејство, односно немогуће је утврдити да извршна исправа делимично нема правног дејства према стечајној маси, а делимично га има. Тужилац тужбом тражи да се утврди да извршна исправа, наведена пресуда, нема дејства за одређени износ новчаног потраживања. Из тога следи да суштински побија чињенично стање које је захваћено правноснажношћу наведене пресуде, па, и када би постојали услови