

Др Драгор Хибер*

ПОБИЈАЊЕ УГОВОРА О ЈЕМСТВУ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Судска пракса у Србији се оштро поделила око питања да ли је уговор о јемству уговор без накнаде, који се може побијати без даљих услова, када јемац падне у стечај, или је у питању теретан уговор.

*Питање теретности уговора о јемству је иначе спорно у теорији. По једном мишљењу, овај уговор је увек добротин, јер насупрот јемчевој обавези не стоји корист коју јемац може очекивати од друге уговорне стране, повериоца. По другом, то је (готово) увек теретан уговор, јер закључујући га, јемац нема намеру дарезљивости (*intentio liberalis*). Бројна и нијансирана су схватања која се граде на анализи односа између јемца и дужника заснивају се на аргумену да је јемство уговор без накнаде ако је у односу на главног дужника (а не повериоца) постојала *intentio liberalis*.*

У нашој литератури доскора за ово питање није било много интересовања. У једном од ретких написа на ову тему основно становиште је да је јемство посао без накнаде, јер поверилац не даје јемцу никакву противнакнаду. Изузетак може бити, по околностима случаја, јемство матичног друштва за обавезу зависног, ако је оно давањем јемства оправдано очекивало корист у виду повећања вредности акција. Ово схватање је као саветодавно прихваћено од стране привредних судова.

*Супротно, у овом чланку се брани став, прво, да се теретност јемства мора процењивати према односу јемца и главног дужника, а не јемца и повериоца, да је јемство по правилу теретно, већ због тога што јемац очекује да ће по основу суброгације остварити од дужника оно што евентуално повериоцу плати на име дужниковог дуга, а да ће изузетно бити бестеретно ако постоји *intentio liberalis* према главном дужнику. То, међутим, не значи да се јемац одриче права да захтева од дужника плаћено, јер би то био индиректан поклон а не јемство, већ да не постоји накнада за јемчење, директна или индиректна, корист коју јемац од закључења уговора о јемству од главног дужника очекује.*

* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, hiber@ius.bg.ac.rs

Кључне речи: *Стечај јемца.– Уговори без накнаде. –Уговор о јемству.– Однос јемца и дужника.– Побијање уговора о јемству у стечају.*

1. ЛУТАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ЈЕДНОМ ВАЖНОМ ПИТАЊУ

Мада правни систем Србије има механизме који треба, у крајњој линији ради остварења уставом гарантоване правне једнакости правних субјеката, да отклоне или бар умање различито судовање у истим ситуацијама, а то најчешће значи и различито тумачење и примену исте правне норме, такве несагласности у судској пракси се дешавају.¹ Ипак, готово као куриозитет (ако се евентуално не ради о смишљеном поступању како би се изазвала брза упућујућа реакција вишег суда) делује чињеница да су *два већа* истог суда, *истог дана*, донела две *супротне* пресуде о истом питању, према истом туженом – јемцу у стечају, и то у примени истог законског правила којим се више деценија непромењено у нашем праву регулише једна иначе веома стара и стабилна правна установа: јемство. Ствар би могла остати на нивоу необичности и без коментара² да се не ради о једном теоријски занимљивом и спорном питању, код нас и у упоредном праву, које има и велики практични значај.

У оба случаја тужилац је банка – поверилац, а тужени привредно друштво у стечају у својству јемца – платца (солидарног јемца), које је јемчило за потраживање трећег. Тужбама је тражено да се утврди потраживање тужиоца према туженом – предузећу у стечају. (Тужиоци су били различите банке, а тужени исти стечајни дужник.) Противтужбама је тражено, у оба случаја, побијање уговора о јемству: стечајни управник је захтевао да се утврди да уговор не производи правно дејство, као посао без накнаде.³ Услов који се односи на време (моменат) закључења побијаног посла (уговора о јемству), односно рок, у оба случаја је био испуњен.

¹ Вид. за један такав случај различите праксе највиших судова па и различитих већа истог (Привредног апелационог суда) мој текст: Драгор Хибер, „Промена повериоца или новација и застарелост“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2013, 5 и наредне.

² Ово питање дотакнуто је у нашој студији о јемству која је део књиге Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања, књига прва*, у делу који разматра особине (правне карактеристике) уговора о јемству, а која је у време завршетка и предаје овог рада на објављивање пред предајом у штампу. Тамо узгредно питање једини је предмет овог текста. Упућивања на тај текст ће бити описна.

³ Вид. чл. 124 Закона о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 71/12 и 83/14. Вид. за право (и обавезу) стечајног управника да захтева побијање чл. 129, ст. 1 и 2 Закона о стечају, тужбом или противтужбом, чл. 128, ст. 2 Закона о стечају.

Једно веће⁴ је прихватило тужбени а одбило противтужбени захтев, нашавши да се поверилац може намиривати из стечајне масе дужника. За спорно питање у овој расправи одлучујући је био став суда да уговор о јемству није посао без накнаде или уз малу накнаду, па се не може побијати по овом основу.

Истоветан захтев другог тужиоца суд⁵ је одбио, усвојивши истовремено противтужбу и утврдивши да је „ништав и да не производи правно дејство уговор о јемству закључен између тужиоца, као повериоца и туженог, као јемца пре него што је тужени пао у стечај“.

За одлучујуће питање у овим пресудама, одговор лежи у анализи теретности уговора о јемству: је ли он добротин или теретан, или може бити једно или друго, у том случају, од којих елемената или параметара зависи такво његово својство? Корисно је, међутим, пре тога ставити овај уговор у везу са установом стечаја и показати како стечај утиче на јемство. Тај контекст може помоћи у трагању за одговором на основно питање. Показаће се и да теретност или бестеретност уговора о јемству није могуће анализирати ако се овај уговор не посматра као део установе јемства као целине, односно сложеног односа између јемца, повериоца и главног дужника, уређеног не само овим, већ и другим уговорима (*главним, закљученим између повериоца и дужника, из ког потиче потраживање за које се јемчи, и уговором о јемчењу, који по правилу закључују јемац и главни дужник, којим се јемац обавезује дужнику на јемчење*), па и законом.

2. ЈЕМСТВО И СТЕЧАЈ

Питање утицаја стечаја на јемство поставља се превасходно за случај стечаја главног дужника.

Јемство је средство обезбеђења потраживања (и) у *крајњој линији* има за функцију да пребаци ризик дужникове инсолвентности са повериоца на јемца.⁶ У другим случајевима у којима јемац може

⁴ Вид. Пресуду Привредног суда у Нишу, Посл. број 5 П 92/213, од 17.10. 2013. године. Исто правно схватање убрзо после тога, против истог туженог, заузето је у пресуди истог суда Посл. број 6 П 496/2013, од 19. 12. 2013. (Већима је председавала иста председница.) Пресуде су из архиве суда.

⁵ Вид. Пресуду Привредног суда у Нишу, Посл. број 8 П 98/2013, од 17. 10. 2013 (из архиве суда).

⁶ Вид. уместо свих Anne-Sophie Barthez, Dimitri Houtcieff, *Les sûretés personnelles, Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques Ghestin, Paris 2010 (даље: J. Ghestin, A. Barthez, D. Houtcieff), 1–2.

бити позван на плаћање дужникове обавезе циљ јемства није да дефинитивно алоцира терет потраживања на јемца: плативши, јемац плаћа дуг који је настао као туђ (дужников), а не његов, и због тога му је признато право да од главног дужника тражи оно шта је повериоцу исплатио.⁷ С тим циљем уређене су и дужности повериоца чије неиспуњење може да угрози његову могућност намирења: дужност обавештавања јемца о дужниковом пропуштању да исплати своју обавезу о року⁸ (у нашем праву неиспуњење повлачи одговорност за штету), пропуштање повериоца да на позив јемца захтева испуњење од дужника⁹ или напуштање другог средства обезбеђења потраживања које је имао на располагању, а које би по исплати прешло на јемца.¹⁰

Стечај дужника, тако, лишава јемца права на *beneficium excussionis sive ordinis*, приговор непоштовања реда намирења, на који се супсидијарни јемац може позвати ако поверилац није претходно неуспешно покушао намирење од главног дужника, у складу са законом.¹¹ Како је запажено ово и није прави изузетак – нема смисла тражити од повериоца да покуша да судским путем оствари од дужника оно зашта се зна да неће добити.¹²

Чињеница да ризик дужниковог стечаја погађа првенствено јемца а не повериоца, нарочито се показује у непосредним дејствима стечаја на јемство. Јемац дугује и поред тога што је дужник у стечају, односно, због тога што је дужник у стечају, и то онолико на колико се обавезао: дуг у целини, укључујући и споредна давања као што су трошкови неуспелог намирења од главног дужника, накнада штете због задоцњења, законска камата, уговорна камата доспела након

⁷ Вид. Живомир Ђорђевић, Владан Станковић, *Облигационо право*, 5. изд., Београд 1987, 654–655, Philippe Simler, *Traités, Cautionnement– Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, 4. éd., Paris 2008, 572.

⁸ Вид. чл. 1010 Закона о облигационим односима (даље: ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89-одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93. Вид. дет. Laurent Aynès, Pierre Stocq, *Les sûretés, La publicité foncière, Droit civil*, Collection Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Paris 2011, 131–134.

⁹ Вид. чл. 1011 ЗОО. Вид. исто чл. 511 ШЗО. Вид. Pierre Tercier, Pascal G. Favre, *Les contrats spéciaux*, 4. éd., Genève–Zurich–Bâle 2009, 1068–1069.

¹⁰ Вид. чл. 1012 ЗОО. Упор чл. 2314 СС, чл. 503 ШЗО, чл. 776 BGB. Вид, за прелазак обезбеђења у поступку суброгације на јемца исплатиоца чл. 300 ЗОО.

¹¹ Вид. нпр. чл. 1004, ст. 2 ЗОО, чл. 773, ст. 1, тач. 3 BGB. Упор. чл. 495. ст. 1 ШЗО. Вид. и чл. 830 СГЗ.

¹² Вид. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 651. Због тога се стечај не појављује као разлог који ће оправдати повериочев захтев за претходним обезбеђењем. Довољно је да се дужниково имовинско стање знатно погоршало. Вид. чл. 1015 ЗОО. Упор. чл. 775 BGB, чл. 506 ШЗО. Слично чл. 2309 СС, који слично право уређује као претходно намирење.

закључења уговора о јемству, уговорна казна,¹³ изузев ако се обавезао да јемчи само за део дуга.

Исплативши повериоца, јемац конкурише на наплату по основу суброгације са осталим повериоцима стечајног дужника за кога је јемчио. При томе се неће применити правило да јемац не може дуговати више од главног дужника: и ако дође, применом правила о сразмерној наплати или принудном поравнању до редукције обавезе стечајног дужника, јемац остаје у обавези према повериоцу онолико колико се обавезао.¹⁴

Јемчево макар и делимично намирење из стечајне масе подразумева пријаву потраживања. Ако је стечај отворен пре него што је јемац измирио повериочево потраживање, поверилац је тај који може (јер јемац до исплате повериоцу нема никакво потраживање према дужнику па ни стечајној маси) и мора (јер ће у противном јемац бити онемогућен да, на основу персоналне суброгације до које је дошло исплатом, захтева испуњење из стечајне масе) да пријави потраживање у стечај. Пропуст повериоца га неће лишити права према јемцу, али ће му дуговати накнаду штете.¹⁵ Јемац ће моћи да пријави потраживање тек по исплати повериоцу, ако то не буде, по правилима стечајног права, закаснило.

Закључак на основу ове скице могао би бити да право, и наше и упоредно, настоји да заштити повериоца у случају стечаја, на терет јемца.

3. ЈЕМСТВО И УГОВОР О ЈЕМСТВУ

Јемство се најчешће дефинише као уговор између јемца и повериоца. У нашем праву „уговором о јемству се јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника ако то овај не учини“.¹⁶ Због тога је традиционално у грађанским

¹³ Вид. чл. 1002 ЗОО. Упор. чл. 499, ст. 1 ШЗО. Вид. дет. L. Aynès, P. Crosq, 101 и наредне, P. Simler, 275 и наредне. О обиму јемчеве обавезе детаљно смо писали у студији наведеној у фусности бр. 2.

¹⁴ Вид. чл. 1007, ст. 2 ЗОО. Упор. за француско право Закон (измене Code de commerce) од 25. јануара 1985, чл. 169, који слично овлашћује повериоца да се намири од јемца и када је актива главног дужника недовољна да се из ње намири, уз право да покуша да се (делом) намири из остатка дужникове имовине. Вид. дет. Jérôme François, (sous la direction de) Christian Larroumet, *Droit civil, Les Sûretés personnelles*, Paris 2004, 278–279.

¹⁵ Вид. чл. 1007, ст. 1 ЗОО, чл. 505 ШЗО. Вид. P. Tercier, P. Favre, 1056–1057.

¹⁶ Вид. чл. 997 ЗОО. Упор. чл. 2288 француског Code civil (даље: CC), чл. 765, ст. 1 Немачког грађанског законика (даље: BGB), чл. 492, ст. 1 Швајцарског

законима, па и ЗОО, уврштено у посебан део уговорног права, као један од именованих уговора.¹⁷ Упркос томе, у доктрини је широко брањен став, у различитим нијансама, да је јемство сложен тространи однос. Схватајући јемство као сложену правну установу¹⁸ а не само однос између уговорника, поборници ове концепције сматрају да јемство, поред *односа јемца и повериоца* који је уређен уговором о јемству (али и законом), чија је суштина у јемчевој обавези да исплати повериоцу дужников дуг, када су за то испуњени услови (1), обухвата и однос *између јемца и дужника*, чији је предмет обавеза јемца да са повериоцем закључи уговор о јемству, или пак однос из пословодства без налога, када јемац закључи уговор о јемству без претходног уговора са дужником, али и јемчева права и дужникове обавезе које настају поводом јемчеве исплате дужникове обавезе повериоцу (2), најзад и однос између повериоца и дужника, такође, по правилу, али не и нужно уговорни, којим је одређено потраживање за које се јемчи (3).¹⁹ Дакле, у оквиру установе јемства, по правилу се закључује (најмање) три међусобно повезана уговора. Један је *уговор о јемству*, са којим се као што је речено јемство често изједначава (али се говори и о законском и о судском јемству)²⁰. Други је *уговор о јемчењу*, уговор између будућег јемца и дужника којим се јемац обавезује дужнику да ће са повериоцем закључити уговор о јемству (мада да јемчи може и без сагласности па и знања дужника, по основу пословодства без налога).²¹ Најзад, трећи је уговор из кога по-

законика о облигацијама (даље: ШЗО), чл. 1346 Аустријског грађанског законика (даље: АГЗ). Вид. уместо многих, за наше право, Слободан Перовић, *Облигационо право*, 7. изд., Београд 1990, 128, за француско J. Ghestin, A. Barthez, D. Houtcief, 33–34, Philippe Malinvaud, *Droit des obligations*, Litec, Paris 2007, 10. éd., 316, за швајцарско Pierre Tercier, *Le droit des obligations*, Schulthess Verlag, Zürich 2009, 4. éd., 279.

¹⁷ Вид. за две систематизације у упоредном праву и савремене промене којима се јемство сврстава у опште установе Драгор Хибер, „Појам и предмет јемства у Српском грађанском закону“ зборник *Српски грађански законик – 170 година*, ур. Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић, Правни факултет у Београду, 2014, 357 и даље.

¹⁸ Вид. у нашем праву за овакав приступ Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 646.

¹⁹ Вид. за ово схватање нарочито P. Simler, 16. Упор. Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, Philippe Pétel, *Droit des sûretés*, Paris 2010, 35. Упор. и за швајцарско право P. Tercier, P. G. Favre, 1025, који говоре о три повезана правна односа.

²⁰ Вид чл. 2317–2320 СС, чл. 2347 Грађанског законика Квебека, чл. 2281 ГЗ Румуније који јемства која настану на основу закона или судске одлуке назива обавезним јемствима (*Le cautionnement obligatoire*). Вид. за наше право, уместо других, Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 646 и 648. Вид. и Manuella Bourassin, Vincent Brémond, Marie – Noëlle Jobard-Bachellier, *Droit des sûretés*, 4. ed., Paris 2014, 10–11, P. Simler, 77–82.

²¹ Вид. за правило да се јемчи на основу уговора са дужником нпр. Ж. Ђорђевић, В. Станковић, 647. Упор. Marc Mignot, *Droit des sûretés*, Paris 2010, 74 –

тиче уговором обезбеђено потраживање. По правилу се јемчи за потраживање из уговора, мада је теоријски замисливо и јемство за вануговорну обавезу.²²

Ове напомене треба да укажу да није могуће, или бар не увек, *уговор о јемству* и однос јемца и повериоца на основу овог уговора посматрати изоловано од односа у троуглу јемац – поверилац – главни дужник. Између осталог, трагајући за одговором на питање шта је *пауза* јемчеве обавезе (а поборници примене теорије каузе на готова сва питања уговорног права и теретност уговора ће објашњавати каузом) доктрина излази из оквира уговора о јемству најуже схваћеног, и за каузом трага анализирајући односе странака у овом троуглу.

Полазиште је у ставу да је уговор о јемству једностранообавезан (једностран) уговор, да насупрот јемчеве (акцесорне и условне) обавезе да испуни дужникову обавезу не стоји никаква обавеза повериоца према њему, јемцу. У доктрини је готово јединствен став да је уговор о јемству једностран.²³ Констатује се, истина, да и поверилац, на основу закона има извесне дужности²⁴ али да оне, засноване на закону, као елемент јавног поретка, не могу овај уговор учинити двострано обавезним.²⁵ Пошто се кауза јемчеве обавезе не може тражити у контрапрестацији друге стране, она се проналази изван уговора о јемству, у домену односа између сва три учесника у правном одно-

76, J. François, 8, уз навод да је екстремно ретко да се јемац обавезује без споразума са дужником. Вид. за јемство без уговора јемца и дужника чл. 1002, ст. 2 ЗОО, чл. 2290, ст. 2 СС. Вид. за тумачење чл. 499, ст. 1 ШЗО. P. Tercier, P. G. Favre, 1046.

²² Вид. уместо свих, Д. Хибер, 364 и наредне.

²³ Вид. нпр. J. Ghestin, A. Barthez, D. Houtcieff, 41 – 44, M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 65. P. Simler, 64 – 65. Упор. Ulrich Drobnig (red.), *Le cautionnement dans le droit des États membres des communautés européennes*, Max Planck Institut, Hambourg 1969, 33, који наводи да се тиме може објаснити захтев да овај уговор буде формалан.

²⁴ Вид. чл. 1012 ЗОО. Упор чл. 2314 СС, чл. 503 ШЗО, чл. 776 BGB, за повериочеву дужност, засновану законом, да сачува друга средства обезбеђења истог потраживања, под претњом ослобођења јемца од одговорности. Вид. о овоме дет. M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, 191 – 198, M. Mignot, 232 – 233, Stéphane Piedelièvre, *Droit des sûretés*, (collection dirigée par M. – L. Rassat et G. Roujou de Boubée, Paris 2008, 116–118. Вид. и P. Tercier, P. Favre, 1062, Pierre Engel, *Contrats de droit suisse, Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, 2. éd., Bern 2000, 653. Вид. и Божидар Павићевић, „Јемство“, *Коментар закона о облигационим односима*, ред. Б. Благојевић и В. Круљ, 2. изд., Београд 1983, 2107,

²⁵ Вид. супротно M. Mignot, 54–55, који сматра да су у питању тзв. двострано несвршени уговори. Вид. за овај појам С. Перовић, 199. Вид. за контроверзе у немачкој литератури, у којој се идеја о једностранообавезном уговору везује за појам теретности, и брани потребом да се обезбеди примена правила о теретним, а не добротним уговорима на јемство Јожеф Салма, „Јемство“, *Правни живот*, 7–8/1993, 721.

су који чини јемство.²⁶ Лепеза схватања је врло широка, од схватања да је у питању апстрактан уговор,²⁷ преко тражења каузе у односу између јемца и дужника²⁸ или, најшире прихваћено, у односу између повериоца и главног дужника.²⁹

Могуће је да се иста методологија има применити и на питање да ли је уговор о јемству теретан или добротин.

4. ТЕРЕТНИ (УГОВОРИ СА НАКНАДОМ) И ДОБРОЧИНИ (УГОВОРИ БЕЗ НАКНАДЕ) И УГОВОР О ЈЕМСТВУ

Подела уговора на теретне и добротине спада у оне које су сложеније и с више контроверзи него поделе уговора уопште. Један од основа неслагања или забуна је мешање ових уговора с једнострано обавезним и двострано обавезним. Тако, дефинишући теретне СС просто каже да су то они уговори код којих је свака страна обавезна да нешто да или учини, а двострано обавезне као оне код којих се саговорници узајамно обавезују, један према другом.³⁰ У литератури се често констатује да једнострано обавезан уговор може бити и добротин и теретан, зависно од воље странака,³¹ док су двострано обавезни увек, или бар по правилу³² теретни.

Ове две поделе уговора се не изједначавају, а суштина разлике је у томе што се теретност не заснива на узајамности обавеза, већ на узајамности *користи* која може постојати и без узајамности обавеза.³³

Та узајамност користи, а не постојање контрапрестације као критеријум дефинисања уговора са накнадом, основ има у субјек-

²⁶ Вид. тако за наше право Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд 2007, 163, по коме је кауза јемчеве обавезе зависна од каузе главне обавезе.

²⁷ Вид. нпр. М. Cabrillac, С. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 63.

²⁸ Вид. нпр. Jérôme François, (sous la direction de) Christian Larroumet, *Droit civil, Les Sûretés personnelles*, Paris 2004, 28: јемац се обавезује са циљем да од дужника добије накнаду или да му учини бесплатну услугу.

²⁹ Вид. нпр. М. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, 105, A. Barthez, D. Houtcief, (J. Ghestin), 327 и даље.

³⁰ Вид. чл. 1106 и 1102, ст. 2 СС.

³¹ Вид. С. Перовић, 204, Јаков Радишић, *Облигационо право, општи део*, Београд, 2004, 127, P. Malinvaud, 47.

³² Вид. *ibid.* за став да су двостранообавезни увек теретени. Вид. за ублажавање Philippe Delebecque, Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations, Contrat et quasi – contrat*, 5. ed, Paris 2010, 13.

³³ Вид. P. Delebecque, F.-J. Pansier, *ibid.*, Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneure, *Droit civil, Les obligations*, 14. ed., Paris 2014, 248 – 249. Упор. С. Перовић, 204.

тивном елементу на којем се обично инсистира код добротних уговора, тако што се као њихово обележје узима намера дарежљивости, *intentio liberalis*.³⁴ Објективно схватање добротност види у смањењу имовине односно бесплатном добијању користи.

Када се уговор о јемству посматра одвојено, изван контекста установе јемства која обухвата односе између три лица, повериоца, јемца и дужника, постоје озбиљни аргументи да се квалификује као добротин. Насупрот јемчеве обавезе не само да не стоји нека обавеза повериоца, већ би постојање такве обавезе, односно користи коју јемац остварује од повериоца променило природу овог уговора у неку врсту осигурања, а та корист би наликовала премији из осигурања.³⁵ Јемац може од дужника наплатити своју услугу јемчења, али је не наплаћује од повериоца, па нема узајамности. За повериоца су неважни јемчеви мотиви, и правни режим јемства се због карактера тих мотива не мења.³⁶

Ако се, међутим, јемство анализира као укупан однос, а нарочито ако се у анализу укључи и однос између јемца и дужника, више је аргумената за став да је јемство теретно. С једне стране, код јемца не постоји *intentio liberalis* према повериоцу: мада јемац не очекује корист директно од повериоца, он нема ни намеру да своју имовину умањи у његову корист. У односу према дужнику јемац, с једне стране, очекује да ће, за случај да буде позван да повериоцу плати дуг, кроз правило о персоналној суброгацији или на основу директне тужбе³⁷ исплаћено од њега добити натраг. И више од тога, нарочито у привредним односима, с друге стране, јемчи се по правилу уз накнаду коју дужник плаћа јемцу. Нарочито код таквог јемства, у тој накнади се тражи аргумент да је уговор о јемству теретан.³⁸ Треба додати и да, као што би плаћање за јемство од стране повериоца променило квалификацију овог уговора у осигурање, одрицање јемца од права да захтева од дужника плаћено претворило би јемство у индиректан поклон³⁹, или приступање дугу.

³⁴ Вид. нпр. С. Перовић, *Ibid.*, Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, 249. Упор. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel – Munck, *Droit civil, Les Obligations*, 4.éd., Paris 2009, 201. У преднацрту реформе облигационог права у Француској из 2005. године (*Avant-projet Catala*) – *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, чл. 1102, ст. 2, тач. 1 и 2, *намера* добијања користи унета је у појам теретних, а *намера* давања користи без добијања нечег за узврат у појам добротних уговора.

³⁵ Вид. А. Barthez, D. Houtcieff, (J. Ghestin), 42, и ту цитиране изворе.

³⁶ Вид. М. Cabrillac, С. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 66.

³⁷ Вид. чл. 1013 ЗОО, чл. 2305 СС, чл. 507, ст. 3 ШЗО за захтев јемца за накнаду плаћеног на основу правног односа са дужником.

³⁸ Вид. тако поред многих, Р. Simler, 69 и наредне, J. François, 22–23.

³⁹ Вид. М. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, 58.

Супротстављени аргументи навели су неке аналитичаре да закључе да је јемство у односу на ову поделу неутрално.⁴⁰ нити постоји корист која се очекује насупрот прихваћене обавезе, нити постоји *intentio liberalis*. Овим ставом се проблем квалификације заобилази, а занемарује његова практична важност. Поред питања које се овде анализира, могућност да се уговора о јемству у стечају побија као бестеретан, ова квалификација може бити од значаја, на пример, за побијање уговарања јемства које може да доведе до повреде нужног дела јемчевог наследника, или код располагања заједничком имовином – одлука о доброчином располагању не може бити акт редовног управљања.

Аргументи у прилог једне и друге квалификација могу водити, међутим, схватању да уговор о јемству може бити и уговор са накнадом и уговор без накнаде, како то сугеришу и две супротне одлуке које су повод овог текста. Сазнајна вредност овакве констатације неће бити нарочита ако се поред ње не одговори на два питања, или бар на друго од њих: да ли је уговор о јемству теретан или бестеретан *по правилу*, да ли се претпоставља теретност или бестеретност, и који су то за овај уговор *специфични разлози, критеријуми* који ће га сврстати у другачији правни режим од претпостављеног.

Интересантно је при томе видети какви су ставови о овом питању у нашој доктрини.

У нашој старијој литератури у односу на сва располагања стечајног дужника брањена је идеја о *претпоставци теретности*, тј. за побијање по овом основу је увек било потребно доказати *animus donandi*. Ипак, изношена је и контра тврдња да бестеретност укључује *animus donandi*,⁴¹ па нема разлога да то не важи и за уговор о јемству. Став да је уговор о јемству доброчин, брањен је и изједначавањем, односно поређењем ове поделе уговора с поделом на једностране и двостране. Једностране уговори су доброчини, уговор о јемству је једностран, па је стога и доброчин,⁴² гласи силогизам. Само је нешто другачија дедукција по којој је уговор о јемству једностран зато што га карактерише одсуство накнаде.⁴³ Најкраће, претпоставка на којој се ово изједначавање заснива је спорна, њена оправданост би довела у питање разлоге за постојање једне од две поделе уговора.⁴⁴

⁴⁰ Вид.. L. Aynès, P. Crocq, 91–92, слично M. Bourassin, V. Brémont, M.-N. Jobard-Bachelier, 57–58.

⁴¹ Вид. Томица Делибашић, *Право побијања правних радњи стечајног дужника*, док. дис., Правни факултет у Београду, 1988, 315 и преглед ставова ту изнет.

⁴² Вид. овако нпр. J. Салма, 721.

⁴³ Вид. Stojan Cigoj, *Obligacijsko pravo, splošni del*, Ljubljana 1962, 390.

⁴⁴ Ако се и може бранити став да је сваки двострано обавезни уговор теретан, не стоји да је сваки једностранообавезни доброчин. Вид. тако С. Перовић, 204, Р.

Релативно скоро, и то управо с обзиром на могућност, односно услове за његово побијање у стечајном поступку, у чланку објављеном у овом часопису, Вук Радовић,⁴⁵ је изнео став да је уговор о јемству *добročин*, да га је, дакле, могуће побијати по правилима о побијању дужникових послова без накнаде. Аутор ипак дозвољава да уговор о јемству буде посао са накнадом, односно да се изузетно може доказивати да је у конкретном случају теретан. Аргументација за оба става, правило и изузетак, релативно је штура – текст настоји да анализира побијање свих дужникових добročиних правних радњи у стечају, па је то и разумљиво, делом и није довољно јасна. Ипак потенцијално има непосредан утицај на ставове који се заузимају у нашем правосуђу,⁴⁶ па ће бити, у даљем тексту, анализирана и оспорена.

У чланку је основни, принципијелни став аутора изнет лапидарно: „Такође, испуњење, преузимање, или *обезбеђење* туђег дуга, без добијања противвредности, *представља добročину правну радњу*“, стоји у тексту.⁴⁷ Исказ је у неку руку таутолошки утолико што се тврди да је добročина (без накнаде) правна радња без добијања противвредности (накнаде), али је став аутора јасан, јер у даљем излагању дозвољава изузетак од правила да је „давање обезбеђења“ „правна радња без накнаде“.⁴⁸ Заправо, констатација да је уговор о јемству уговор без накнаде није посебно образложена, већ се заснива на ауторовом схватању појма добročиног посла, које је, чини се, објективно.⁴⁹

Malaurie, L. Aynés, P. Stoffel-Munck, 201. Упор. различито M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, 57.

⁴⁵ Вид. Вук Радовић, „Побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, нарочито 80–81 и 83.

⁴⁶ Вид. Привредни апелациони суд, *Двадесетдруго саветовање судија привредних судова, Радни материјал*, Златибор 2014, 255. И основни став (да је уговор о јемству уговор без накнаде јер „при закључењу уговора о јемству јемац не добија накнаду нити неку другу имовинску корист или противвредност од друге уговорне стране – повериоца, а по правилу ни од дужника за чије обавезе је наведеним уговором јемчио. Стога се уговор о јемству у принципу сматра правним послом без накнаде односно бестеретним уговором“, изузетак је дословно преузет из текста В. Радовића, па се наводи да се „правном радњом без накнаде неће сматрати давање обезбеђења од стране матичног друштва за кредит који узима зависно друштво, иако је ова правна радња на први поглед бестеретна јер матично друштво од ње ипак има или може имати користи које су евидентне кроз повећање вредности акција зависног друштва“.

⁴⁷ Вид. В. Радовић, 80–81.

⁴⁸ *Ibid.*, 83.

⁴⁹ То је правна радња којом „дужник умањује сопствену имовину у корист другог лица, при чему не добија противвредност, не постоји никаква накнада, радња

Исти правни режим, онај предвиђен за послове без накнаде, па и код побијања у стечајном поступку, аутор превиђа за све случајеве *обезбеђења туђег дуга*, односно *давање обезбеђења*. У претпоставци да су овим изразима обухваћени уговори којима се заснивају сва (различита) средства обезбеђења, и стварна (у даљем тексту за пример стварних биће узето заложно право) и лична, која се заснивају на јемству као базичном,⁵⁰ које је предмет ове анализе, ваља указати на неке од разлика које постоје између ових средстава обезбеђења, које могу бити од значаја за одговор на питање да ли су (сва подједнако) у принципу теретна или доброчина.

Прво, код заложних права, залогодавац је, по правилу, дужник из обезбеђеног потраживања. Ако се остави по страни, а то је могуће за ово питање, повериочево право следовања, заложно правни однос настаје између две стране, заложног *повериоца* и заложног *дужника*. Изоловано посматран, сам уговор о залози, *iustus titulus* за настанак заложног права, заиста, не предвиђа контрапрестацију друге стране, залогопримца, па би се могао квалификовати као бестеретан, али би се исто тако могло размишљати и о томе да је обавеза повериоца, којој одговара дужникова која је залогом обезбеђена, на пример зајам, противвредност због које се залогодавац на залогу обавезује. Ако он ту вредност не оствари, ако кредитор не испуни своју обавезу, па обезбеђено потраживање не настане, заложно право ће бити ефикасно оспорено.⁵¹ Али независно од тога, побијање овог уговора као доброчиног, због стечаја залогодавца, када је залогодавац дужник, може да противуречи, поред осталог, правилима стечајног поступка која се односе на разлучно право заложног повериоца; побијаће се евентуално дуг обезбеђен залогом ако је доброчин, а не уговор о залози, изузев ако је он закључен с циљем оштећења других, односно привилегисања тог повериоца, али тада је разлог побијања други, па су и други услови за побијање.⁵²

Супротно, јемац се обавезује за туђ дуг, па је, као што је наговештено, теретност или доброчиност јемства могуће анализирати и у другим односима који настају у троуглу поверилац – дужник – јемац.

је у искључивом интересу друге стране. Вид. В. Радовић, 79. Ово се понавља у цитираном тексту Привредног апелационог суда. Вид. фусноту 46.

⁵⁰ Вид. Д. Хибер, 354. Упор. М. Cabrillac, С. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 30.

⁵¹ Вид. чл. 30, ст. 5, тач. 1 Закона о хипотеци, *Службени гласник РС*, 115/05, чл. 41, ст. 6 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Службени гласник РС*, бр. 57/03, 61/05 и 64/06.

⁵² Вид. чл. 119, ст. 1 Закон ао стечају (за оштећење односно привилегисање других повериоца) и чл. 121 (за давање обезбеђења као облик неуобичајеног намирења).

Друго, делимично повезано, када јемац исплати дужникову обавезу долази до персоналне суброгације: по самом закону јемац исплатилац може да од дужника захтева оно шта је дужник био обавезан да плати повериоцу, а шта је платио он.⁵³ Намирење повериоца из заложене ствари не даје заложном дужнику, непосредно, никакво право; намирење је коначно, и установивши заложно право он не може да очекује, као што може јемац, надокнаду за чињеницу да ће његова ствар или право на којима је установљена залога бити уновчени, и да ће се из добијеног износа наплатити поверилац. То је очигледно ако је залогодавац истовремено и дужник; он не дугује надокнаду самом себи.

Другачије размишљање је евентуално могуће ако је залога установљена за туђ дуг, када у заложном односу постоје три лица, поверилац, дужник обезбеђеног потраживања и залогодавац, власник заложене ствари или права. Чињеница да је залога реализована не даје међутим ни тада залогодавцу, сама по себи, у нашем заложном праву, никакво право према дужнику, он нити суброгира, нити може да регресира.⁵⁴

Ова битна разлика дозвољава претпоставку да се очекивање остварења права из суброгације може третирати као корист коју ће јемац остварити, насупротив обавези да плати дужников дуг. Инсолвентност дужника није оно нашта он логично рачуна закључујући уговор о јемству.⁵⁵ У супротном, као што је наведено, закључен уговор би престао да буде уговор о јемству и постао индиректан поклон и могао би се побијати као уговор без накнаде. Ово, сматрам, укључује и ситуацију када је јемац знао за (рђаво) стање солвентности дужника које ће га вероватно довести до стечаја.⁵⁶

⁵³ Вид. чл. 1003 300, чл. 2306 СС. Упор. чл. 774, ст. 1 BGB, чл. 507 ШЗО.

⁵⁴ До персоналне суброгације ће, међутим, доћи када залогодавац, као лице које за то има правни интерес, исплати дужников дуг. Вид. чл. 300 ЗОО. Исплативши дуг за другог залогодавац се, међутим понаша попут јемца, испуњава обавезу на начин који је предвиђен за јемца, а не трпи намирење из ствари која служи као обезбеђење. Зато се залагање за туђ дуг у француском праву назива „стварноправно јемство“ (*cautionnement réel*). Вид. о *cautionnement réel* дет. P. Simler, 23–30. И у немачком праву важи претпоставка да је залогодавац за туђ дуг истовремено јемац, односно да је истовремено уговорено јемство. Тражење, *de lege ferenda*, да се залогодавац за туђ дуг истовремено сматра јемцем у нашем праву, с једне стране, за њега може значити погодност, јер ће имати право на суброгацију, али ће с друге он за дужников дуг тада одговарати целокупном имовином, а не само заложеном стварју.

⁵⁵ Упор. L. Aupès, P. Grosq, 92, који наглашавају да је разлика јемства и доброделичних уговора, у првом реду поклона, у очекивању накнаде за плаћено.

⁵⁶ Вид. фусноту 39. Упор. *ibid.*, по којима индиректан поклон постоји када је јемац у моменту закључења уговора могао рачунати на инсолвентност дужника. Вид. и чл. 492, ст. 4 ШЗО који забрањује јемчево одрицање од права, укључив и права на основу суброгације. Вид. за овакву судску праксу у Француској J. François,

Сматрајући да је уговор о јемству по правилу, начелно, без накнаде у чланку у коме је брањен овај став (и у цитираном одговору на питање датом од стране Апелационог суда) као изузетак је наведен случај јемства које матично друштво уговара за кредит који узима њему зависно, јер може рачунати на индиректну корист која се састоји у повећању вредности акција зависног друштва.⁵⁷ Идеја о овом изузетку се може оспоравати. Када се има у виду наше тржиште акција, мотив пораста вредности акција једног друштва његовим задуживањем не делује реално, а ако се ради о индиректном инвестирању у зависно друштво и није у питању јемство, већ поклон или индиректни зајам. Независно о тога, може се поставити питање да ли и зашто ова могућност важи само за акционарска друштва. Даље, није лако замислити критеријуме на основу којих ће се утврђивати постојање и реалност оваквог очекивања користи код јемца. Мада постојање узрочне везе између кредита и повећања вредности акција јесте спорно, ова идеја је значајна јер теретност везује за *однос јемца и дужника*. Уочавања значаја такве везе у комерцијалним односима вредно је по себи. Ипак, за правну праксу је важније уочити да ли се јемац прихвата јемства уз накнаду од дужника.⁵⁸ Ако ће се теретност јемства ценити на основу односа јемца и дужника, ситуација у којој се уговором о јемчењу дужник обавезује јемцу на накнаду за јемчење, може се сматрати довољним аргументом да се уговор о јемству квалификује као теретан. Та накнада може бити индиректна.

22. Наравно, ради се о знању за инсолвентност, а не о отвореном стечају; у другом случају уговор о јемству не би могао да буде закључен. Вид. за заблуду о солевентности уместо многих, J. Ghestin, A. Barthez, D. Houtcieff, 225. Упор. P. Tercier, P. G. Favre, 1038, који лаконски наводе да се заблуда може односити на личност главног дужника па додаје да се, с обзиром на то да је у питању алеаторни уговор, јемац не може ослободити обавезе тврдећи да је било за веровати да главни дужник неће никад постати инсолвентан.

⁵⁷ Вид. В. Радовић, 83. Када се ради о јемству зависног друштва за дуг матичног, или за сестринско друштво, могућност доказивања теретности није могућа. (У тексту стоји, техничком омашком, да се такви уговори не могу сматрати бестеретним, као што је и омашка, на страни 81, да је у парници за побијање противник побијања дотањи дужник; то је, наравно, поверилац.)

⁵⁸ Вид. за теретан уговор о јемчењу, који као јемац закључује професионалаца (банка и сл.), као комерцијални уговор, уместо свих, M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, 58–60. Упор. и M. Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, P. Pétel, 43–46. Вид. за позицију банке као јемца и P. Tercier, P. G. Favre, 1026–1027, који наводе да је у банкарској пракси Швајцарске цена оваквог јемства 1.5–3% од износа за који се јемчи, за јемство уговорено за тромесечни период.

5. ЗАКЉУЧАК

Дилеме суда које су резултирале супротним одлукама о истој ствари, како је описано на почетку, нису без разлога. Питање да ли је уговор о јемству уговор са накнадом или без накнаде веома је деликатно.⁵⁹ Слажем се с онима који бране тезу да уговор о јемству није могуће посматрати изоловано од укупности односа између повериоца, јемца и дужника. На то упућује, поред осталог, акцесорна природа јемства, која га чини зависним у односу на уговор између повериоца и дужника. У прилог оваквог приступа говоре и права која јемцу према дужнику гарантује закон, и којих се пре реализације јемства не може одрећи, а да уговор о јемству не промени своју природу. У светлу свих ових односа, а не само уговора поверилац – јемац није прихватљиво уговор о јемству *a priori* сматрати добротним. Таква квалификација може бити спорна и када се има у виду функција јемства, управо везано за право на побијање уговора у стечајном поступку. Ако, наиме, у стечајној маси јемца има средстава, нема посебног и очигледног разлога за привилеговање других поверилаца у односу на повериоце на основу јемства, а то би био резултат априорног елиминисањем уговора о јемству тако што ће се квалификовати као добротин. Поверилац је рачунао на јемство као средство заштите од инсолвентности главног дужника, његово потраживање, посебно код уговора у привреди, по правилу није добротино.

Начелно је могуће да јемство у конкретном случају буде квалификовано као уговор са накнадом или без накнаде. Убедљиво делује претпоставка да јемац уговор о јемству закључује рачунајући да ће суброгацијом у права повериоца добити од дужника оно шта је за њега платио. То је нарочито наглашено код јемства за потраживања из комерцијалних уговора, а код њих се једино и поставља питање ове квалификације с обзиром на могућност побијања у стечају. Тешко је замисливо да комерцијална правна лица закључују овај уговор као пријатељску услугу јемца дужнику, изузев када се ради о повезаним лицима, па би се у том случају, супротно предложеном изузетку, могла утврђивати бестеретност. Најзад, имајући у виду да је право иначе строже према јемцу за таква потраживања,⁶⁰ закључио бих:

- (1) уговор о јемству је начелно теретан уговор. Он ће то свакако бити ако се јемац прихватио јемства уз накнаду, али и без тога, ако не постоје посебни разлози који указују на супротну квалификацију;

⁵⁹ Вид. за дословце овакву квалификацију различито М. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, 57.

⁶⁰ Вид. нпр. за претпоставку солидарности јемства чл. 1004, ст. 4 ЗОО, чл. 2298 СС.

- (2) јемство ће бити доброчином ако се у односу између јемца и дужника може утврдити *intentio liberalis*, када је јемство прихваћено као пријатељска услуга дужнику, код које јемац често олако држи да неће бити позван на плаћање.⁶¹

Dr Dragor Hiber

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

AVOIDING SURETY CONTRACTS IN BANKRUPTCY PROCEDURE

Summary

Serbia's courts jurisprudence has divergent attitudes with respect to the dilemma whether a surety contract represents a contract without consideration, which may be avoided once the guarantor is subject to bankruptcy procedure without any additional conditions, or an onerous contract.

Whether a surety contract is an onerous one has anyhow been disputed in the legal theory. One school of thought considers this contract as non-onerous one, since *vis-a-vis* guarantor's obligation no benefit to be expected from the other contractual party (i. e. creditor) exists. The other school of thought understands surety (almost always) as an onerous contract bearing in mind that the guarantor who enters into this contract does not have *intentio liberalis*. There are numerous and nuanced views based on analyses of the relation between a guarantor and a debtor focused on the argument that surety is a contract without consideration if *intentio liberalis* existed *vis-a-vis* main debtor rather than *vis-a-vis* creditor.

Our legal literature did not pay much attention to that issue until recently. In a rare text dedicated to it the author's basic standpoint is that surety represents a contract without consideration. An exception, depending on the circumstances of the case, could be surety given by a parent company for the obligation of a subsidiary, provided the former reasonably expected a benefit in terms of an increase in the value of shares. Commercial courts followed such reasoning.

⁶¹ *Простосрдачно јемство* како га назива Живојин Перић (вид. Живојин Перић, *Специјални део грађанског права, II Облигационо (тражбено) право, Други део, Специјални део (облигационог) тражбеног права*, Београд 1934, 29, *јемство из кафеа*, како га називају у швајцарском праву (вид. P. Engel, 638).

In this article an opposite stance has been argued. Namely, the onerousness of surety must be assessed based on the relation between the guarantor and the main debtor rather than between the guarantor and the creditor. As a rule, surety is an onerous contract because the guarantor expects to collect from the debtor through subrogation the amount he paid to the creditor; exceptionally, surety may be a non-onerous contract if *intentio liberalis* existed *vis-a-vis* main debtor. However, this does not mean that the guarantor gives up his right to claim from the debtor the amount paid because otherwise such transaction would represent an indirect gift rather than surety. This does mean that there is no remuneration for surety – a benefit the guarantor could expect from entering into a surety contract.

Therefore, the author rejects the approach followed by a number of Serbia's courts that bankruptcy trustee may request a declaration that, in accordance with the rules on avoiding debtor's transactions, a surety contract has no legal effects.

Key words: *Guarantor's bankruptcy.– Contracts without consideration.– Surety contract.– Relation between guarantor and debtor. – Avoiding of surety contracts in bankruptcy.*