

Др Вук Радовић\*

## ПОБИЈАЊЕ ПРАВНИХ РАДЊИ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

*У српској теорији стечајног права побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду до сада није у довољној мери проблематизовано. Практичари и теоретичари се углавном заустављају на формулацији да је реч о неспорном начину побијања који у пракси не ствара проблеме. Овај рад жели да покаже да овакав закључак није оправдан, а највероватније је последица недовољног коришћења овог начина побијања. Писање рада на ову тему посебно оправдава чињеница да је новим Законом о стечају допуњена и делимично промењена досадашња регулатива овог питања.*

*Аутор је у раду прво идентификовао основна отворена питања побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду, на која упоредна стечајна законодавства не дају униформне одговоре. У другом делу се анализира сврха овог начина побијања, при чему се посебно апострофира жеља за дестимулисањем вршења одређених правних радњи дужника уочи отварања стечајног поступка. Трећи део рада је посвећен одређивању обухвата појмова правне радње без накнаде и уз незнатну накнаду, који у пракси могу створити значајне проблеме. Како правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду мора бити учињена у одређеном периоду пре стечајног поступка, следећи део рада проучава темпорални и финансијски аспект релевантног периода. У последњем делу су приказани најзначајнији изузеци од општих правила о побијању правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду.*

*Кључне речи: Побијање правних радњи. Стечајни дужник. Стечајни поступак. Поклон. Правна радња без накнаде. Незнатна накнада. Оштећење поверилаца.*

---

\* Аутор је ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, [vuk@ius.bg.ac.rs](mailto:vuk@ius.bg.ac.rs).

## 1. ОТВОРЕНА ПИТАЊА ПОБИЈАЊА ПРАВНИХ РАДЊИ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ

У пракси се често дешава да дужник коме је потребан новац продаје или на други начин располаже имовином по цени која је испод тржишне вредности, без намере да тиме оштети своје повериоце. Последица ове правне радње је смањивање имовине која се може користити за намирење потраживања поверилаца у стечајном поступку.<sup>1</sup> Сва развијенија стечајна законодавства омогућавају стечајном управнику да под одређеним условима побија правне радње стечајног дужника без накнаде или уз накнаду која је испод реалне (тржишне) вредности. Уз побијање правних радњи којима се погудују повериоци и правних радњи којима се намерно оштећују повериоци, бесплатна располагања су трећа велика група правних радњи које се могу побијати у стечајном поступку.<sup>2</sup>

Правни оквир побијања по овом основу није униформно постављен, већ између држава постоје значајне разлике. На начелном нивоу, постоји разлика између држава у којима се побијање по овом основу подводи под заједнички појам Паулијанске тужбе (овде спадају махом континентално-европске државе), државе које овај начин побијања подводе под институт преварног оштећења поверилаца, код кога се намера оштећења претпоставља (на пример, САД и Јапан) и државе које познају посебан институт правних радњи испод вредности (енгл. *undervalued transactions*), где спада стечајно право Енглеске, Аустралије и Новог Зеланда.<sup>3</sup>

Основно питање ове врсте побијања тиче се ширине његовог опсега, тј. у којој мери треба отворити врата овом начину побијања. Када је сувише либерално постављен, овај институт може имати позитиван ефекат на увећање стечајне масе, али ће зато утицати на нарушавање правне сигурности, јер се на тај начин олако оспоравају одређени пуноважни правни послови. Основни механизми, а уједно и најспорнија питања, путем којих законодавства утичу на ширину правног оквира овог института су:

- 1) дефинисање правне радње која је предмет тужбе за побијање – у том погледу није спорно да се могу побијати правне

<sup>1</sup> UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law, New York 2005, 143, [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/2004Guide.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html), 23. јануар 2013.

<sup>2</sup> Philip R. Wood, *Principles of International Insolvency*, Sweet & Maxwell, London 2007<sup>2</sup>, 459-460.

<sup>3</sup> John Armour, Gerard Hertig, Hideki Kanda, „Transactions with Creditors“, у: *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* (eds. Reinier Kraakman et al.), Oxford University Press, 2009<sup>2</sup>, 141.

- радње без накнаде, али је спорно које правне радње уз накнаду треба обухватити;
- 2) одређивање рока у коме правна радња треба да буде извршена – дужи рок по природи ствари може обухватити потенцијално већи број радњи стечајног дужника;
  - 3) прописивање правних радњи које се изузимају од побијања по овом основу – изузеци морају бити што прецизније дефинисани, али и довољно апстрактни да могу обухватити све ситуације које оправдано захтевају посебан третман;
  - 4) увођење посебних правила за правне радње извршене повезаним лицима – ова опција је посебно атрактивна за она законодавства која побијање без накнаде или уз незнатну накнаду оптерећују додатним условима, тако да се за побијање радњи извршених према повезаним лицима примењују олакшани услови (дужи рокови у којима радња може бити извршена и укидање додатних услова);
  - 5) отежавање побијања путем прописивања додатних (финансијских) услова, попут услова да је дужник у време када је радња извршена био инсолвентан или је постао инсолвентан због тог располагања.

Континентално-европска законодавства углавном користе само прва три механизма (дефинишу правну радњу која се може побијати, рок у коме она мора бити извршена и по правилу предвиђају један изузетак). Супротно њима, англосаксонски правни системи овај институт уређују вишеслојно, тако што га спајају са концептом повезаних лица, па различите системе примењују зависно од тога коме је и када извршена правна радња. Англосаксонски стечајни системи традиционално широко схватају појам правне радње уз накнаду која се може побијати, због чега је и логично да прописују више изузетака, али и додатне услове за побијање.

## 2. СВРХА ПОБИЈАЊА ПРАВНИХ РАДЊИ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ

Основна идеја омогућавања побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду је заштита поверилаца у стечајном поступку од последица бестеретних чинидби дужника извршених у одређеном периоду пре отварања стечајног поступка.<sup>4</sup> Овако формулисана, она се ни по чему не разликује од било које друге врсте

<sup>4</sup> Gerhart Kreft, у: *Insolvenzordnung* (Hrsg. Gerhart Kreft), C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2008<sup>5</sup>, 1149.

побијања, јер је заштита стечајних поверилаца у виду њиховог намирења у већем проценту основна последица било ког успешног побијања. Међутим, у односу на друге врсте побијања, побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду се правда и додатним разлозима.

## 2.1. Мања потреба за заштитом друге стране

Идеја заштите поверилаца од бесплатних чинидби дужника датира још од римског права. Тада су формулисана позната правила по којима нико не може чинити поклоне на рачун својих поверилаца (лат. *nemo liberalis nisi liberatus*), односно да је интерес поверилаца пречи у односу на интерес прибавилаца бестеретним путем (лат. *neo videtur injuria affici is, cum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur*).<sup>5</sup> Према томе, бестеретна и са њима изједначена располагања не заслужују заштиту као теретна располагања.<sup>6</sup> Лице које бестеретно стекне неку корист мора рачунати са тим да ће у случају отварања стечајног поступка морати да је врати.<sup>7</sup> Отуда се сматра да заштита поверења тог лица није потребна, јер такво стицање није скопчано ни са каквом жртвом, односно ни са каквим одрицањем прибавиоца.<sup>8</sup>

## 2.2. Претпоставка оштећења поверилаца

Општи услов за побијање сваке правне радње стечајног дужника је директно или индиректно оштећење поверилаца (тзв. општа објективна позитивна претпоставка побијања).<sup>9</sup> За разлику од других начина побијања, код побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду, оштећење поверилаца се претпоставља.<sup>10</sup> Оштећење произлази из природе бестеретних чинидби, те се не мора посебно доказивати.<sup>11</sup> Наиме, свака правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду води умањењу имовине стечајног дужника, што ће у стечајном поступку имати за последицу мању вредност стечајне

<sup>5</sup> Нав. према: Томица Делибашић, *Побијање правних радњи стечајног дужника*, Београд 1999, 229.

<sup>6</sup> Ludwig Häsemeyer, *Insolvenzrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2007<sup>4</sup>, 595; Reinhard Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen 2002<sup>3</sup>, 102; Ulrich Föerste, *Insolvenzrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2008<sup>4</sup>, 152.

<sup>7</sup> R. Bork, 102.

<sup>8</sup> Т. Делибашић, 229.

<sup>9</sup> Mihajlo Dika, „Pravne posledice otvaranja stečajnog postupka“, *Narodne novine* d.d., Zagreb 2002, 180.

<sup>10</sup> Јован Гуцуња, *Правно регулисање поверилачко дужничких односа у случају престанка организација удруженог рада*, докторска дисертација, Нови Сад 1980, 380.

<sup>11</sup> Hendrik Rogge, у: *Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht* (Hrsg. Andreas Schmidt), ZAP Verlag, Münster 2007<sup>2</sup>, 1480.

масе, а тиме и нижи проценат намирења стечајних поверилаца.<sup>12</sup> Континентално-европска законодавства из овог правила изводе закључак по коме је имовински положај стечајног дужника у време предузимања правне радње небитан.<sup>13</sup> Насупрот томе, англосаксонски правни системи воде рачуна и о имовинском стању стечајног дужника, осим у случају када је правна радња извршена повезаним лицу, када се испуњеност овог услова претпоставља.

### 2.3. Дестимулисање вршења одређених правних радњи уочи стечаја

Што је друштво ближе инсолвентности, то чланови органа управљања имају већи подстицај да се „коцкају“, улазећи у све ризичније пословне подухвате, или да смишљају начине како да већи део имовине друштва ставе ван домашаја поверилаца у предстојећем стечајном поступку. Ради дестимулисања вршења радњи на штету поверилаца друштва у пословној кризи, развили су се бројни институти, међу којима посебно место заузима побијање правних радњи стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду.<sup>14</sup> Основни циљ омогућавања ове врсте побијања је утицај на промену неадекватних подстицаја дужника који се налази у финансијским тешкоћама.<sup>15</sup> Наиме, дужници у пракси често на све могуће начине покушавају да оно мало имовине што им је остало склоне ван домашаја поверилаца, тако што ће је уочи отварања стечајног поступка поклонити или продати у бесцење. Премда су ове радње начелно правно довољне и пуноважне, драстично одступање од еквивалентности давања рађа сумњу у поштеност намера стечајног дужника.

Правно посматрано имовина са којом се располаже припада друштву. Међутим, економски посматрано то је имовина поверилаца. Имајући у виду овај несклад између правне и економске реалности, стечајно право жели да посебно заштити повериоце стечајног дужника, јер је познато правило да нико не може поклањати нешто што је туђе.<sup>16</sup> Ако се томе дода да се правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду често врше повезаним лицима, несанкционисањем оваквих правних радњи би се отворио пут за бројне злоупотребе. Због

<sup>12</sup> Р. R. Wood, 460; Вељко Вучетић, *Коментар Закона о санацији и престанку организација удруженог рада*, Информатор, Загреб 1961, 186; Ј. Гуцуња, 380.

<sup>13</sup> Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), *нав. дело*, 1480.

<sup>14</sup> Више вид.: Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: *Корпоративно управљање зборник радова* (ур. Мирко Васиљевић, Вук Радовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2008, 263-264.

<sup>15</sup> Више вид.: John Armour, „Transactions at an Undervalue“, у: *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency* (eds. John Armour, Howard Bennett), Hart Publishing, Oregon 2003, 46-47.

<sup>16</sup> Лако је са туђим бити дарезљив (лат. *facile largiri de alieno*).

тога није нелогично да право олакшава овај начин побијања тако што не захтева испуњење било каквих субјективних услова.<sup>17</sup> Побујање бестеретних располагања је у потпуности објективизирано.<sup>18</sup> Не тражи се ни намера оштећења поверилаца, ни знање друге стране за неповољно финансијско стање дужника, нити било која друга субјективна претпоставка.<sup>19</sup>

### 3. ПРЕДМЕТ ПОБИЈАЊА ПРАВНЕ РАДЊЕ БЕЗ НАКНАДЕ ИЛИ УЗ НЕЗНАТНУ НАКНАДУ

Правна радња може бити предмет ове врсте Паулијанске тужбе под условом да се испуни пет претпоставки.

- 1) Правна радња мора бити учињена од стране стечајног дужника.<sup>20</sup> Ако се правна радња не може правно приписати дужнику, чињеница да је умањена вредност његове имовине је без значаја.<sup>21</sup>
- 2) Правна радња треба да води умањењу имовине дужника, тј. да доводи до померања у имовини дужника које је штетно за повериоце.<sup>22</sup>
- 3) Правна радња треба да има имовинску вредност, односно да се може изразити у новчаним јединицама.
- 4) Правна радња треба да буде извршена у корист другог лица.<sup>23</sup> Према томе, правилима о побијању нису обухваћене оне правне радње код којих дужник умањује своју имовину, при чему то не представља корист за неко друго лице (на

<sup>17</sup> У теорији се непостојање субјективних претпоставки правда слабостима бестеретних располагања. Michael Huber, у: *Insolvenzrechts handbuch* (Hrsg. Peter Gottwald), Verlag C. H. Beck München 2006, 854.

<sup>18</sup> Роберт Барч, *Основи права поравнања и стечајног права*, Геца Кон а. д., Београд 1939, 113; Т. Делибашић, 227; М. Дика, 180.

<sup>19</sup> Gerhard Pape, Wilhelm Uhlenbruck, Joachim Voigt Salus, *Insolvenzrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2010<sup>2</sup>, 424; Dimitar Machiedo, *Грађанскоправни и остали učinci otvaranja stečajnog postupka*, Split 1965, 34; Ј. Гуцуња, 380 381; Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Савремена администрација, Београд 1999, 621; Михаило Велимировић, *Стечајно право*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и Јавно предузеће Службени гласник, Београд 2010<sup>2</sup>, 137.

<sup>20</sup> G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt Salus, 425.

<sup>21</sup> J. Armour, 58.

<sup>22</sup> Wolfram Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht Kommentar*, De Gruyter Recht, Berlin 2008, 335.

<sup>23</sup> Према неким ауторима, овде је реч о тзв. захтеву узајамности (енгл. *requirement of mutuality*). Више вид.: John Armour, 56 58.

пример, дужник уништи неку ствар која улази у његову имовину). Оваква располагања се не могу анулирати у односу на стечајну масу, јер не постоји противник побијања (лице са којим је правни посао закључен, односно према коме је правна радња предузета). За испуњење овог услова се не захтева обогаћење стипендијца, нити постојање уговора.<sup>24</sup>

- 5) Правна радња треба да буде без накнаде или уз незнатну накнаду.<sup>25</sup> Како је реч о најзначајнијем услову за побијање, у даљем тексту ће се прво анализирати појам правне радње без накнаде, а затим и појам правне радње уз незнатну накнаду. На овом месту треба скренути пажњу на чињеницу да неки стечајни системи (попут аустријског) познају два одвојена правна режима: један поједностављен, који се примењује само на побијање правних радњи без накнаде, а карактеришу га дужи рок у коме радња треба да буде предузета и занемаривање субјективних елемената, и други сложенији, који се везује за правне радње уз незнатну накнаду, а одликује га скраћивање рока у коме радња треба да буде предузета и укључивање неких субјективних елемената.<sup>26</sup>

### 3.1. Правне радње без накнаде

Правне радње без накнаде обухватају све правне радње стечајног дужника којима умањује сопствену имовину у корист другог лица, при чему заузврат не добија нити треба да добије неку противвредност.<sup>27</sup> Према томе, дужник врши радњу која је у искључивом интересу друге стране (акт добротности),<sup>28</sup> јер не постоји никаква накнада за оно што добија.<sup>29</sup> Прималац прима чиницу, свестан да се од њега не захтева противчинидба.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> М. Huber, у: P. Gottwald (Hrsg.), 854.

<sup>25</sup> У теорији се ова претпоставка назива посебна објективна позитивна претпоставка побијања. М. Dika, 181.

<sup>26</sup> Вид.: аустријски Стечајни закон (нем. *Konkursordnung*) из 1914. године КО, чл. 28(4) и 29. Више вид.: Walter H. Rechberger, Mario Thurner, *Insolvenzrecht*, WUV Universitätsverlag, Wien 2004<sup>2</sup>, 58. Истоветно решење је познавао и српски Стечајни закон из 1929. године СЗ, чл. 29-30.

<sup>27</sup> Слично вид.: L. Häsemeyer, 597.

<sup>28</sup> Јаков Радишић, *Облигационо право општи део*, Номос, Београд 2000<sup>6</sup>, 127.

<sup>29</sup> Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Номос, Београд 1996<sup>3</sup>, 164.

<sup>30</sup> Hans Peter Kirchhof, у: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung* (Hrsg. Hans Peter Kirchhof, Hans Jürgen Lwowski, Rolf Stürner), Band 2, Verlag C. H. Beck, München 2008<sup>2</sup>, 696.

Доброћине правне радње у смислу правила о побијању се врше према одређеном (одредљивом) лицу или у корист одређеног (одредљивог) лица. Оне обухватају како једностране, тако и двостране правне радње. У једностране правне радње нарочито спадају: отпуштање дуга, дереликција и уопште одрицање дужника од права које му припада, пропуштање рокова и губитак права по том основу, уништење хартија од вредности, и сл.<sup>31</sup> Јавно обећање награде, такође, представља једнострану доброћину правни посао, под условом да радња трећег лица не представља корист за дужника. Закон о стечају, под утицајем Закона о облигационим односима, уводи претпоставку по којој се одрицање од наследства сматра правном радњом стечајног дужника без накнаде.<sup>32</sup>

Међу двостраним правним радњама без накнаде првенствено се истиче закључивање уговора о поклону, у коме је дужник поклонодавац.<sup>33</sup> Међутим, двострана бестеретна располагања се не могу свести само на поклон. Она могу бити закључена и у форми других уговора, при чему је значајно само то да ли друга страна даје дужнику неку накнаду за пренету вредност.<sup>34</sup> Тако се може десити да правни посао формално није без накнаде, али суштински ипак јесте. Примера ради, бесплатним располагањем треба сматрати правни посао са привидном накнадом, где је накнада означена само ради прикривања његове бестеретности.<sup>35</sup> У том случају суд ће правни посао категоризовати у складу са правим намерама уговорних страна.<sup>36</sup>

Правном радњом без накнаде треба третирати и куповину ненаплативог (економски безвредног) потраживања.<sup>37</sup> У том случају је дотадашњи поверилац противник побијања, без обзира да ли је знао за безвредност потраживања.<sup>38</sup> Такође, испуњење, преузимање или обезбеђење туђег дуга, без добијања противвредности, представља

<sup>31</sup> Драгиша Б. Слијепчевић, Слободан Спасић, *Коментар Закона о стечајном поступку*, Сес Месоп, Београд 2006, 376; М. Велимировић, 138.

<sup>32</sup> Упор. Закон о стечају, чл. 124, ст. 3 са ЗОО, чл. 281, ст. 4.

<sup>33</sup> Због тога неки аутори овај начин побијања скраћено називају побијање по клону (нем. *Schenkungsanfechtung*). М. Huber, у: Р. Gottwald (Hrsg.), 851; L. Häsemeyer, 595.

<sup>34</sup> Фрања Горшић, *Коментар Стечајног закона*, Геца Кон а.д., Београд 1934, 135.

<sup>35</sup> Роберт Барч, 113; М. Dika, 180; М. Велимировић, 138.

<sup>36</sup> J. Armour, 60; Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 696.

<sup>37</sup> М. Dika, 180; Д. Слијепчевић, С. Спасић, 376; М. Велимировић, 138.

<sup>38</sup> Peter de Bra, у: *Insolvenzordnung (InsO) Kommentar* (Hrsg. Eberhard Braun), Verlag C. H. Beck, München 2002, 678.



доброчину правну радњу.<sup>39</sup> У парници за побијање, дотадашњи дужник је противник побијања.<sup>40</sup>

Бесплатним располагањем у смислу правила о побијању могу се сматрати и накнаде члановима управе дате без правног основа. Честа је корпоративна пракса да се руководиоцима друштва из осећања захвалности исплаћују *ad hoc* добротине и неугворене накнаде (тзв. *ex gratia* накнаде).<sup>41</sup> Оне најчешће имају форму неправих златних падобрана, који се исплаћују када чланови управе напусте друштво или пристану на напусте друштво на захтев трећег лица.<sup>42</sup> Са друге стране, према неким ауторима, исплату бонуса треба сматрати правном радњом уз накнаду, јер се она даје добровољно за извршене услуге.<sup>43</sup>

У теорији се често истиче да уговор у корист трећег лица није правни посао без накнаде, јер овде није реч о бесплатном располагању.<sup>44</sup> Уговор о осигурању живота у корист трећег је један од најзначајнијих врста уговора у корист трећег. Код овог уговора, друга уговорна страна (осигуравач) исплаћује осигурану суму лицу кога је уговарач осигурања означио као корисника осигурања.<sup>45</sup> Сама околност да је уговор о осигурању теретан није довољна за његово сврставање у наплативе правне послове, јер дужник (уговарач осигурања) не добија никакву противвредност за плаћене премије. Према неким ауторима, за оцену теретности овог правног посла меродаван је правни однос који постоји између стечајног дужника и трећег лица у чију корист је уговор закључен.<sup>46</sup> Следствено томе, не треба гледати само уговор о осигурању, већ и друге уговоре који су са њим повезани. Под претпоставком да другог правног односа нема, што је у пракси уобичајена ситуација, могућност побијања правних радњи у вези с уговором о осигурању живота зависи првенствено од тога да ли је ово уговор са значењем или без значења корисника. Код уговора о осигурању живота са значењем корисника, право

<sup>39</sup> P. de Bra, у: E. Braun (Hrsg.), 677; H. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1476-1477.

<sup>40</sup> P. de Bra, у: E. Braun (Hrsg.), 678; M. Huber, у: P. Gottwald (Hrsg.), 856.

<sup>41</sup> Више о неугворним накнадама члановима управе вид.: Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва препоруке добре праксе корпоративног управљања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2011, 57-58.

<sup>42</sup> Lucian Arye Bebchuk, Jesse M. Fried, *Pay Without Performance: The Unfulfilled Promise of Executive Compensation*, Harvard University Press, 2004, 87.

<sup>43</sup> P. de Bra, у: E. Braun (Hrsg.), 679.

<sup>44</sup> M. Dika, 180; M. Велимировић, 138.

<sup>45</sup> Предраг Шулетић, *Право осигурања*, Досије, Београд 1997<sup>4</sup>, 470.

<sup>46</sup> Ф. Горшић, 135.

бенефицијара (корисника) је установљено од самог почетка, те то лице непосредно на основу уговора и полисе стиче право на суму осигурања.<sup>47</sup> У овом случају се правне радње уговарача осигурања не могу побијати, јер права по основу овог осигурања њему нису никада ни припадала.<sup>48</sup> Код уговора о осигурању живота без означања корисника, стечајни управник би могао да побија правне радње исплате премија осигурања извршених у последњих пет година, под условом да није наступио осигурани случај.<sup>49</sup> У оба случаја стечајни управник прво треба да испита могућност опозивања корисника, а тек ако му ова опција није на располагању, он треба да покуша са тужбом за побијање.<sup>50</sup>

Правним послом без накнаде не може се сматрати ни признање постојећег дуга, јер се овом правном радњом не заснива неко ново право.<sup>51</sup> Слично томе, исплата природне облигације није бесплатно располагање.<sup>52</sup> Чињеница да се потраживање не може принудно наплатити не значи да обавеза не постоји и да не постоји морална дужност њеног извршења.<sup>53</sup> У крајњој линији, код природне облигације дужник је већ примио противнакнаду, тако да недостаје један од битних елемената бестеретног располагања. Бесплатним располагањем не треба третирати ни правни посао код кога друга страна није извршила противчинидбу.<sup>54</sup> У том случају стечајном управнику стоје на располагању друга правна средства (на пример, да тражи испуњење уговора), али не и побијање.<sup>55</sup> Испуњење теретног непуноважног уговора, такође, није правна радња без накнаде, ако стечајни дужник није знао за непуноважност уговора.<sup>56</sup>

Код уговора са одложним условом, испуњење обавезе од стране дужника је бестеретна чинидба све док услов не наступи. Извршење обавезе дужника оптерећене раскидним условом је правна радња уз накнаду све док услов не наступи.<sup>57</sup>

<sup>47</sup> ЗОО, чл. 960; П. Шулејић, 471.

<sup>48</sup> P. de Bra у: E. Braun (Hrsg.), 678.

<sup>49</sup> P. de Bra у: E. Braun (Hrsg.), 678.

<sup>50</sup> У српском праву је опозивање корисника могуће пре и после прихватања користи. Вид. ЗОО, чл. 959; П. Шулејић, 477-479.

<sup>51</sup> М. Велимировић, 138.

<sup>52</sup> Теретним располагањем се сматра исплата застареле обавезе. Н. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1475.

<sup>53</sup> М. Велимировић, 138.

<sup>54</sup> W. Henckel, 335.

<sup>55</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 697.

<sup>56</sup> Н. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1475.

<sup>57</sup> Н. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1475.

Правном радњом без накнаде најчешће се неће сматрати давање обезбеђења од стране матичног друштва за кредит који узима зависно друштво. Иако је ова правна радња у ужем смислу те речи бестеретна, матично друштво од ње ипак посредно има или може имати користи, а оне се састоје у повећању вредности акција зависног друштва.<sup>58</sup> Међутим, то не значи да у сваком случају овакву правну радњу треба сматрати бестеретном, већ *in concreto* треба испитивати да ли је друштво оправдано могло очекивати користи. Супротно реченом, правне радње давања обезбеђења за кредит матичног друштва од стране зависног друштва, као и давање обезбеђења у корист сестринског друштва, не могу се сматрати бестеретним давањима.<sup>59</sup>

### 3.2. Правне радње уз незнатну накнаду

Поред правних радњи без накнаде, предмет побијања могу бити и неке правне радње уз накнаду. Зависно од тога које правне радње уз накнаду су обухваћене овим правилом, законодавства се могу поделити у две групе: либерална и ограничавајућа.

- 1) Либерална законодавства карактерише широк домен примене ове врсте побијања. Она омогућавају побијање свих правних радњи стечајног дужника код којих је примљена вредност била мања од реалне (тржишне). Овакво решење прихватају САД, Аустралија, Нови Зеланд и до недавно Црна Гора.<sup>60</sup>
- 2) Ограничавајућа законодавства сужавају круг правних радњи које се могу побијати, јер их везују само за оне правне радње код којих је дужник примио незнатну накнаду или накнаду знатно нижу од реалне (тржишне) вредности. Није довољно установити да је вредност била мања од реалне (тржишне), већ да је та вредност била незнатна, односно да је била знатно мања од реалне (тржишне) вредности. У Аустрији се за означавање овог појма користи термин отуђивање имовине у бесцење (нем. *Vermögensverschleuderung*), а исти термин

<sup>58</sup> P. R. Wood, 477.

<sup>59</sup> Сличну праксу већ дужи низ година користе амерички судови. Нав. према: P. R. Wood, 477-478.

<sup>60</sup> Вид.: амерички Стечајни законик из 1978. године (енг. *U.S. Bankruptcy Code*) VanCode, § 548(a)(1)(B)(i); аустралијски Закон о банкротству из 1966. године (енг. *Bankruptcy Act*) VanAct, чл. 120, ст. 1, тач. b; новозеландски Инсолвенцијски закон из 2006. године (енг. *Insolvency Act*) InsAct, чл. 211; црногорски Закон о инсолвентности привредних друштава, *Службени лист РЦГ*, бр. 6/02, 1/06, 2/07 ЗОИ, чл. 60, ст. 3.

је прихватало и најстарије српско стечајно право. Највећи број законодавстава спада у ову категорију.<sup>61</sup> Србија традиционално прихвата исто решење.<sup>62</sup>

Правне радње уз незнатну накнаду обухватају све правне радње стечајног дужника којима се умањује сопствена имовина у корист другог лица, при чему се заузврат добија незнатна противвредност. Код ових правних радњи прво треба утврдити вредност узајамних давања (у новцу), а затим их упоредити.<sup>63</sup> Ако се утврди да је вредност коју је стечајни дужник примио незнатна у односу на вредност која је из његове имовине изашла, овај услов за побијање је испуњен.

За разлику од правних радњи без накнаде, практично је непоредиво теже утврдити незнатност противнакнаде. Два основна питања се сведе на то која вредност представља незнатну накнаду и како се она утврђује.<sup>64</sup> Да ли је вредност коју је дужник примио незнатна представља фактичко питање, на које ће суд морати да одговори у сваком конкретном случају, процењујући све релевантне околности.<sup>65</sup> Очигледно је да суд има велику дискрецију приликом тумачења овог апстрактног стандарда. Ако дужник прода ствар чија је тржишна вредност 1.000.000 динара једном лицу за 50.000 динара, другом за 200.000 динара, а трећем за 600.000 динара, оправдано се поставља дилема да ли би се незнатном накнадом третирао само цена у износу од 50.000 динара, или и цена од 200.000 динара, или би правилом о незнатној накнади требало обухватити све три уговорене цене. Због правне сигурности, али и олакшавања посла судијама, потребно је поставити одређене границе и принципе којих

<sup>61</sup> Вид.: енглески Инсолвенцијски закон (енг. *Insolvency Act*) из 1986. године *InsAct*, чл. 238, ст. 4; немачки Инсолвенцијски закон (нем. *Insolvenzordnung*) из 1994. године *InsO*, чл. 134, ст. 1; аустријски КО, чл. 28, ст. 4; хрватски Стечајни закон, *Народне новине*, бр. 44/96, 29/99, 129/2000, 123/03, 82/06, 116/10 *СЗ*, чл. 132, ст. 1; македонски Закон за стечај, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 34/06 *ЗС*, чл. 144, ст. 1; Закон о стечајном поступку Федерације Босне и Херцеговине, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 29/03, 32/04 *ЗСП БиХ*, чл. 82, ст. 1; Закон о стечајном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 67/02 *ЗСП Републике Српске*, чл. 82, ст. 1; црногорски Закон о стечају, *Службени лист Црне Горе*, бр. 1/11, чл. 127.

<sup>62</sup> Вид.: *СЗ*, чл. 29; Закон о санацији и престанку организација удруженог рада, *Службени лист СФРЈ*, бр. 41/80, исправка 58/80 *ЗОСПОУР* 1980, чл. 161, ст. 1; Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, *Службени лист СФРЈ*, бр. 84/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 37/93, 28/96 *ЗППСЛ*, чл. 112, ст. 3, тач. 2; Закон о стечајном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 84/04 *ЗСП*, чл. 103; Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, чл. 124, ст. 1.

<sup>63</sup> J. Armour, 68.

<sup>64</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 143.

<sup>65</sup> Д. Слијепчевић, С. Спасић, 376; М. Велимировић, 139.

се треба придржавати приликом оцене да ли једна радња стечајног дужника спада у категорију радњи уз незнатну накнаду.

Прво треба скренути пажњу на то да је реч о објективном стандарду. Субјективне околности (на пример, гледишта, мишљења, ставови, као и евентуална заблуда дужника и трећег лица) су правно ирелевантне.<sup>66</sup>

Незнатност противнакнаде се цени у поређењу са вредношћу дужникове чинидбе.<sup>67</sup> Према томе, незнатност није самосталан појам, већ релативан, јер зависи од вредности правне радње дужника.

Вредност узајамних чинидби се утврђује у моменту закључења уговора, односно предузимања правне радње стечајног дужника, а не у време доношења судске одлуке.<sup>68</sup> Каснија измена вредности (на пример, снижавање вредности правне радње стечајног дужника) без утицаја је на утврђивање незнатне накнаде. Међутим, ова околност ће бити од значаја за стечајног управника приликом оцене да ли да поднесе тужбу за побијање.

Процена вредности узајамних давања може у пракси бити скопчана са бројним проблемима.<sup>69</sup> У већини држава, судови врше процену вредности узајамних давања, на основу налаза вештака, примењујући, при том, стандард разумне или тржишне вредности у време када је радња извршена.<sup>70</sup>

Нарочито је у том погледу актуелно питање могућности прилагођавања тржишне вредности како би се узеле у обзир специфичне околности. Тако се може десити да предмет обавезе има за дужника или за другу уговорну страну посебну (афекциону) вредност, која се може у значајној мери разликовати од тржишне вредности. У том случају се поставља питање оправданости примене уобичајеног теста тржишне вредности. Чини се да треба заузети став по коме у обзир треба узети афекциону вредност ствари, али само под условом да су обе стране знале за њено постојање.

Друга проблематична ситуација се тиче могућности снижења вредности примљене имовине када је дужник у финансијским проблемима. На тај начин би се узела у обзир чињеница да се продаја у овим околностима уобичајено врши испод тржишне вредности.<sup>71</sup> У теорији су у овом погледу присутна два становишта: према првом, ово питање треба анализирати у контексту неког од изузетака од побијања правних радњи уз незнатну накнаду, док према другом,

<sup>66</sup> М. Dika, 180; М. Велимировић, 139.

<sup>67</sup> М. Dika, 179.

<sup>68</sup> Врховни суд Војводине, Пж. 1566/90 од 11.4.1991.

<sup>69</sup> Више вид.: J. Armour, 70-78.

<sup>70</sup> UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 143.

<sup>71</sup> J. Armour, 74.

фактор финансијских тешкоћа заиста може да утиче на „праву вредност“ пренете имовине.<sup>72</sup> Ако се присетимо чувених речи Ричарда Трећег, који је нудио краљевство за коња, јасно је да су друштвима на ивици стечаја преко потребна ликвидна средства, а то може утицати на примену посебних правила на процену вредности имовине.<sup>73</sup> Отуда, друго становиште има више оправдања.

Појам незнатне накнаде се често поистовећује са појмом очигледно несразмерних узајамних давања, који се јавља код института прекомерног оштећења.<sup>74</sup> Реч је о сличним концептима, али иза којих стоји различита правна логика. Прекомерно оштећење пружа заштиту у случају драстичног нарушавања принципа једнаке вредности узајамних давања код двостранообавезних уговора. Супротно томе, концепт незнатне накнаде штити повериоце стечајног дужника, а чини нераскидиво јединство са правним радњама без накнаде на које се у садржинском смислу надовезује. Идеја није да се побијање омогући када постоје услови за примену прекомерног оштећења, већ да се омогући заштита повериоцима у стечајном поступку у случајевима најекстремнијих видова непоштовања принципа једнаке вредности узајамних престација, односно да се обухвате ситуације у којима је правни посао са накнадом, али је она таква да се у суштинском смислу поистовећује са правним послом без накнаде. Према томе, применом телеолошког и језичког тумачења може се извести закључак да су у питању два одвојена правна стандарда. Стандард незнатне накнаде је ужи, и у сваком случају обухваћен појмом очигледно несразмерних давања, док са друге стране, могу постојати накнаде које су очигледно несразмерне, али да нису истовремено и незнатне. Овакво схватање је оправдано имајући у виду и чињеницу да је у српском праву прихваћен тзв. субјективни појам прекомерног оштећења, код кога оштећена страна ужива правну заштиту само ако није знала нити морала знати за праву вредност уговорних обавеза.<sup>75</sup> За разлику од прекомерног оштећења, побијање правне радње уз незнатну накнаду је објективан концепт.

Радња дужника трећем лицу и *vice versa* не мора бити учињена директно.<sup>76</sup> Тако, примера ради, ако стечајни дужник изврши неку правну радњу банци без накнаде, а банка заузврат да кредит трећем лицу у коме стечајни дужник има удео, правна радња извршена банци ће се сматрати правном радњом уз накнаду.<sup>77</sup> Стечајни дужник је

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> ЗОО, чл. 139.

<sup>75</sup> Слободан Перовић, у: *Коментар Закона о облигационим односима* књига прва (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Правни факултет, Крагујевац и Културни центар, Горњи Милановац 1980, 445.

<sup>76</sup> J. Armour, 70.

<sup>77</sup> P. de Bra, у: E. Braun (Hrsg.), 679.

индиректно имао користи од ове правне радње. Према томе, све повезане правне радње се морају посматрати као једна целина.

Учестала пракса давања прекомерних накнада члановима управе може потпасти под удар ове врсте побијања. Наравно, у сваком конкретном случају се мора утврдити у којој мери је учинак члана управе био незнатан у поређењу са примљеном накнадом. Неке земље, махом скандинавске, имају посебне законске одредбе посвећене овом питању.<sup>78</sup>

#### 4. РЕЛЕВАНТАН ПЕРИОД

Правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду може се побијати само под условом да је предузета у релевантном периоду. Услов релевантног периода може имати два аспекта: темпорални и финансијски.<sup>79</sup>

##### 4.1. Темпорални услов

У свим стечајним системима, правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду може се побијати само ако је предузета у одређеном законском року. У српском и црногорском праву тај рок износи пет година пре подношења предлога за отварање стечајног поступка.<sup>80</sup>

а) *Дужина рока*. Ранији српски стечајни закони прописивали су знатно краћи рок за побијање правних радњи стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду, а он се кретао између годину дана и две године.<sup>81</sup> Закон о стечају је значајно продужио овај рок, који сада износи пет година. Циљ продужења рока је био да се омогући већи маневарски простор за стечајног управника да побија правне радње стечајног дужника без накнаде или уз незнатну накнаду, с идејом да се што више увећа стечајна маса, а тиме и проценат намирења стечајних поверилаца. Ако се упореди са роковима у упоредном праву, који се уобичајено крећу између две и четири године,<sup>82</sup> рок је у српском праву дужи.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> Р. R. Wood, 475-476.

<sup>79</sup> J. Armour, 37 и 47.

<sup>80</sup> Закон о стечају, чл. 124, ст. 1; црногорски Закон о стечају, чл. 127, ст. 1.

<sup>81</sup> Вид.: Стечајни закон, чл. 30, ст. 1 две године; ЗОСПОУР 1980, чл. 161, ст. 1 годину дана; ЗППСЛ, чл. 112, ст. 1 годину дана; ЗСП, чл. 103 две године.

<sup>82</sup> Вид.: амерички VanCode, § 548(a)(1) две године; енглески InsAct, чл. 240, ст. 1, тач. а две године; новозеландски InsAct, чл. 212, ст. 1, тач. а две године; немачки InsO, чл. 134, ст. 1 четири године; хрватски СЗ, чл. 132, ст. 1 четири године; македонски ЗЗС, чл. 144, ст. 1 четири године.

<sup>83</sup> Рок од пет година познају и Аустралија, Босна и Херцеговина, Република Српска, а раније и Црна Гора. Вид.: аустралијски VanAct, чл. 120, ст. 1; ЗСП БиХ,

И поред јасне идеје, из теоријског угла је спорно да ли се може оправдати овако драстично продужење рока. Наиме, према становишту *UNCITRAL*-а, овај рок треба да буде релативно кратак (на пример, од три до шест месеци).<sup>84</sup> Једино у случају када је правна радња извршена повезаном лицу, онда треба примењивати строжа правила и дуже рокове (на пример, две године). Српско право је усвајањем Закона о стечају увело концепт повезаних лица у право побијања.<sup>85</sup> Међутим, та одредба нема никакву примену на побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду, јер се услови за побијање не разликују у зависности од тога ко је друга страна (корисник правне радње). У теорији постоје и становишта која правдају дуже рокове, са образложењем да је савестан прималац заштићен путем ограничења побијања само на утврђено обогаћење.<sup>86</sup>

б) *Рачунање рока*. У погледу начина рачунања рокова треба применити општа правила Закона о облигационим односима и посебна правила Закона о стечају.<sup>87</sup> У том погледу треба скренути пажњу на следеће појединости:

- Рок се рачуна у годинама, што значи да се примењују правила тзв. цивилног рачунања времена. Битан је само дан, али не и час и минут подношења предлога за отварање стечајног поступка, јер се у овом случају не примењује тзв. астрономско рачунање времена.
- За разлику од Закона о облигационим односима, чија је одредба формулисана тако да се рокови рачунају унапред (тј. после наступања релевантног догађаја), рокови за побијање се рачунају уназад.
- Сходно Закону о облигационим односима, а имајући у виду формулацију Закона о стечају, дан подношења предлога за отварање стечајног поступка треба третирати догађајем од ког се рачуна рок.
- Према општим правилима о рачунању рокова у годинама, рок се завршава оног дана који се по имену и броју поклапа са даном подношења предлога за отварање стечајног поступка. Прецизније речено, рок истиче завршетком последњег дана рока. Ако се има у виду да се рокови за побијање рачунају

чл. 82, ст. 1; ЗСП Републике Српске, чл. 82, ст. 1; црногорски ЗОИ, чл. 60, ст. 3, тач. 1 и 4.

<sup>84</sup> *UNCITRAL, Legislative Guide on Insolvency Law*, 148.

<sup>85</sup> Вид.: Закон о стечају, чл. 125.

<sup>86</sup> L. Häsemeyer, 601.

<sup>87</sup> Вид.: ЗОО, чл. 77, ст. 2; Закон о стечају, чл. 127.



уназад, онда је последњи дан рока у коме радња треба да буде предузета почетак последњег дана. Примера ради, ако је предлог за отварање стечајног поступка поднет 15. септембра 2010. године, рок од пет година истиче 15. септембра 2005. године у 00.00 часова.

- Ако је последњи дан рока нерадни дан, према општем правилу ће се као последњи дан рока рачунати следећи радни дан.<sup>88</sup> Међутим, дословна примена правила о следећем радном дану није прихватљива, јер би у том случају дошло до скраћивања рокова за побијање. Како се рокови код побијања рачунају уназад, треба заузети став према коме рок истиче претходног радног дана.

в) *Када се сматра да је правна радња предузета?* Да ли је правна радња предузета у законском року, одређује се путем времена наступања њених дејстава. Ако дејства наступају уписом у одговарајући регистар, онда се као меродаван узима тренутак када је прималац користи поставио захтев за упис.<sup>89</sup> У стечајном поступку се могу побијати и оне правне радње које су реализоване у извршном поступку, при чему ће се тада сматрати да је радња предузета у време када је спроведен поступак принудног извршења.<sup>90</sup>

#### 4.2. Финансијски услов

Многе државе прописују и додатни услов за побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду. Наиме, правна радња треба да буде извршена у тренутку када је друштво трајније insolventно или презадужено (испуњен стечајни разлог) или је друштво постало такво као последица учињене правне радње;<sup>91</sup> дужник се због те правне радње очигледно задужио преко реалних могућности да врати дуг по доспећу; или да је дужнику након правне радње преостала незнатна имовина.<sup>92</sup> Услови су постављени алтернативно, а њихова испуњеност се претпоставља када је друга страна повезано лице, односно ако је правна радња извршена у краћем року (на пример, годину дана) пре подношења предлога за отварање стечајног поступка.<sup>93</sup>

<sup>88</sup> ЗОО, чл. 77, ст. 3.

<sup>89</sup> Закон о стечају, чл. 127, ст. 2; L. Häsemeyer, 601.

<sup>90</sup> L. Häsemeyer, 602.

<sup>91</sup> Амерички VanCode, § 548(a)(1)(B)(ii)(I); енглески InsAct, чл. 240, ст. 2; но возеландски InsAct, чл. 212, ст. 1, тач. b; црногорски ЗОИ, чл. 60, ст. 3, тач. 4.

<sup>92</sup> Последња два услова познају америчко и раније црногорско стечајно право. Вид.: амерички VanCode, § 548(a)(1)(B)(ii)(II и III); црногорски ЗОИ, чл. 60, ст. 3, тач. 4.

<sup>93</sup> Више о финансијском услову у енглеском праву вид.: J. Armour, 48-55.

Стечајно право Србије прописује једино да правна радња без накнаде или уз незнатну накнаду мора бити учињена у релевантном року. Правно је без значаја да ли је друштво у том тренутку било неспособно за плаћање. Непостојање финансијског услова показује да је систем побијања прихваћен у српском праву изразито либералан и усмерен у правцу стимулације овог начина побијања.<sup>94</sup>

## 5. ИЗУЗЕЦИ

У поступку побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду на тужиоцу је терет доказивања свих законом прописаних претпоставки за побијање. У случају да тужилац докаже испуњеност свих услова, туженом стоји на располагању могућност доказивања неког од законом предвиђених изузетака. Искључење побијања по овом основу применом неког од изузетака не искључује могућност побијања по другим основама (на пример, по основу преварног оштећења поверилаца).<sup>95</sup>

Најчешће се од побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду изузимају: уобичајени пригодни поклони, правне радње са *bona fide* пословном сврхом и радње код којих је треће лице поступало у доброј вери.

### 5.1. Уобичајени пригодни поклони

Уобичајени пригодни поклони представљају једини изузетак од побијања правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у континентално-европским правним системима.<sup>96</sup> У праву Србије овај изузетак је испрва постојао,<sup>97</sup> али је након Другог светског рата ишчезао из законских текстова.<sup>98</sup> Нови Закон о стечају, под евидентним утицајем релевантне одредбе Закона о облигационим односима о искључењу побијања, али и упоредних решења, враћа овај изузетак у српско стечајно право.<sup>99</sup> *De lege lata*, „не могу се побијати уобичајени

<sup>94</sup> О упоредноправној прихваћености оваквог решења више види: P. R. Wood, 476.

<sup>95</sup> H. Kirchhof, у: H. Kirchhof, H. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 714; H. Rogge, у: A. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>96</sup> Немачки InsO, чл. 134, ст. 2; хрватски СЗ, чл. 132, ст. 2; македонски ЗЗС, чл. 144, ст. 2; ЗСП БиХ, чл. 82, ст. 3.

<sup>97</sup> Стечајни закон, чл. 30, ст. 1, тач. 1.

<sup>98</sup> Послератна стечајна теорија је критиковала овакву законодавну праксу. Вид.: J. Гуцуња, 381; Т. Делибашић, 231.

<sup>99</sup> Упор.: Закон о стечају, чл. 124, ст. 2 са ЗОО, чл. 282. Исто и: црногорски Закон о стечају, чл. 127, ст. 2.

пригодни поклони, наградни поклони, као ни поклони учињени из захвалности нити издвајања у хуманитарне сврхе, под условом да су у време када су учињени били сразмерни финансијским могућностима стечајног дужника и уобичајени за привредну грану којој стечајни дужник припада.“ Приказана одредба има три елемента, који заједно одређују границе примене овог изузетка. У упоредном праву се томе додаје и четврти елемент.

а) *Поклон*. Овај изузетак се односи само на четири врсте уговора о поклону, што значи да не обухвата остале правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду.<sup>100</sup> Прву врсту чине уобичајени пригодни поклони, другу – наградни поклони,<sup>101</sup> трећу – поклони учињени из захвалности,<sup>102</sup> а четврту – поклони у хуманитарне сврхе. У упоредном праву се помињу само уобичајени пригодни поклони. Све четири врсте поклона поменуте у нашем праву су наменског карактера. Прве три врсте се у ширем смислу могу подвести под појам пригодног поклона, док је четврта врста особена, јер обухвата тзв. поклоне у општекорисне (хуманитарне) сврхе.

Пригодни поклони се дају одређеним поводима (пригодама), као што су празници, рођења, крштења, венчања, јубилеји, дипломирање, матурирање, и сл.<sup>103</sup> Њихов смисао је управо везан за догађаје поводом којих се дају, јер је у односу на њих „очигледно да их дужник не даје да би на тај начин оштетио своје повериоце“.<sup>104</sup> Међутим, повод није нужна претпоставка, јер се поклони могу давати у било које време.<sup>105</sup> У ширем смислу, овај изузетак обухвата и поклоне којима се извршавају неке обичајне обавезе.<sup>106</sup>

<sup>100</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 713; Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>101</sup> У српској теорији облигационог права наградни поклон се дефинише као уговор „код кога је намера дарежљивости заснована на одређеној радњи, заслуги или држању поклонопримца“. Слободан Перовић, *Облигационо право књига прва*, Службени лист СФРЈ, Београд 1990<sup>7</sup>, 606. Више о појму наградног поклона вид.: Марко Ђурђевић, „Наградни поклон“, *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 1/2011, 162 172.

<sup>102</sup> За разлику од наградног поклона, који се даје за новчано процењиву услугу, поклон из захвалности се даје за услугу која се не може проценити у новцу. Марко Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 76 78.

<sup>103</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 713; P. de Bra, у: Е. Braun (Hrsg.), 681; Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481; М. Huber, у: Р. Gottwald (Hrsg.), 853; L. Häsemeyer, 600; G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt Salus, 426; Ф. Горшић, 135; С. Перовић, 807; М. Дика, 181.

<sup>104</sup> С. Перовић, 807.

<sup>105</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 713; Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>106</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürmer (Hrsg.), 713 714; Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

Поклони у хуманитарне (општекорисне) сврхе су израз друштвене солидарности и жеље да се помогне онима којима је та помоћ најпотребнија.<sup>107</sup> Најчешће се везују за елементарне непогоде, пружање социјалне помоћи, плаћање медицинских интервенција онима који за то немају средстава, и сл. Хумани мотиви налажу да се ове радње изузму од побијања.<sup>108</sup> Наравно, не треба пренебрегнути чињеницу да издвајања у добротворне сврхе могу бити учињена са намером да се изиграју стечајни повериоци. Међутим, то неће утицати на примену овог изузетка (под условом да су испуњени сви остали услови), већ може бити основ за примену неког другог основа за побијање.

б) *Уобичајеност*. Од побијања су изузети само они поклони који су уобичајени. Уобичајеност се цени имајући у виду повод, врсту и обим поклона.<sup>109</sup> За разлику од упоредних стечајних закона, који се задржавају на формулацији да поклон треба да буде уобичајен, остављајући судској пракси велики маневарски простор, српски Закон о стечају додатно прецизира домаћај уобичајености, везујући га за привредну грану којој стечајни дужник припада. Питање које треба поставити је да ли би за разумног привредника, у тој ситуацији било уобичајено да да ту врсту и вредност поклона.<sup>110</sup>

в) *Сразмерност*. Пригодни поклони, поред уобичајености, морају да испуне и услов сразмерности, тј. морају да буду пропорционални финансијским могућностима стечајног дужника. Док се анализа уобичајености своди на поређење стечајног дужника са упоредивим пословним окружењем, анализа сразмерности се односи на самог дужника и његов економски потенцијал у тренутку давања поклона. Утврђивање сразмерности је фактичко питање које ће суд испитивати у сваком конкретном случају. Већина стечајних система законски не уређује услов сразмерности, већ га подводи под појам уобичајености. Наиме, прво треба утврдити да ли је поклон уобичајен у привредној грани којој дужник припада, а ако недвосмислено не излази из тих оквира треба узети у обзир и имовинске односе дужника у време када је поклон дат.<sup>111</sup>

г) *Мала вредност*. Уобичајен пригодан поклон се може изузети од правила о побијању само ако је мале вредности.<sup>112</sup> Реч је о

<sup>107</sup> Више вид.: С. Перовић, 607-608.

<sup>108</sup> М. Велимировић, 138.

<sup>109</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 714.

<sup>110</sup> Р. de Bra, у: Е. Braun (Hrsg.), 681-682.

<sup>111</sup> Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>112</sup> Према одредбама српског наследног права, уобичајени мањи поклони не улазе у вредност заоставштине на основу које се израчунава нужни део и не

елементу који омогућава објективну контролу домена примене овог изузетка,<sup>113</sup> односно спречава његово прешироко тумачење.<sup>114</sup> Основни је проблем да ли границу мале вредности треба одређивати у апсолутном износу или у односу на имовину дужника у време давања поклона. Чини се да је одређивање апсолутног износа прихватљивије, јер је поређење са имовином дужника већ садржано у захтевима сразмерности и уобичајености.<sup>115</sup> У теорији постоје и покушаји да се уз одређивање апсолутног износа, вредност поклона доведе у везу са обимом стечајне масе, те се у том погледу уводи претпоставка по којој би се поклоном мале вредности могао сматрати само онај поклон чија вредност не прелази 10% вредности стечајне масе.<sup>116</sup> У сваком случају, горња граница мале вредности не сме да буде сувише ниско постављена, како би се оставило више простора за утврђивање уобичајености и сразмерности.<sup>117</sup>

За разлику од већине континентално-европских законодавстава, српско право не познаје овај услов.<sup>118</sup> Међутим, судска пракса би требало да заузме став према коме би се овај услов третирао као обавезан елемент за примену изузетка.

## 5.2. *Bona fide* пословна сврха

У енглеском праву се од побијања изузимају правне радње без накнаде или уз незнатну накнаду ако се испуне следећа два услова:<sup>119</sup>

а) друштво је предузело радњу у доброј вери и у сврхе обављања својих делатности; и

б) у време када је радња предузета постојала је разумна основа за веровање да ће правна радња користити друштву.

Први услов је субјективног карактера, јер се захтева да је друштво извршило правну радњу у доброј вери. Добра вера дру-

---

урачунавају се у наследни део. Вид.: Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, бр. 46/95, чл. 49 и 75.

<sup>113</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 714; L. Häsemeyer, 601.

<sup>114</sup> P. de Bra, у: Е. Braun (Hrsg.), 681; G. Pape, W. Uhlenbruck, J. Voigt Salus, 426.

<sup>115</sup> P. de Bra, у: Е. Braun (Hrsg.), 682. У донедавно важећем црногорском стечајном праву мала вредност је била ограничена на 500 евра. Вид.: црногорски ЗОИ, чл. 60, ст. 3, тач. 3.

<sup>116</sup> Н. Kirchhof, у: Н. Kirchhof, Н. Lwowski, R. Stürner (Hrsg.), 714.

<sup>117</sup> Н. Rogge, у: А. Schmidt (Hrsg.), 1481.

<sup>118</sup> Стечајни закон из 1929. године је прописивао да уобичајени пригодни поклон мора бити у примереној висини (чл. 30, ст. 1, тач. 1).

<sup>119</sup> Вид.: енглески InsAct, чл. 238, ст. 5.

ге стране није релевантна.<sup>120</sup> Овај услов је испуњен ако је друштво предузело радњу верујући да ће на тај начин промовисати сопствене интересе.<sup>121</sup>

Други услов је објективног карактера, јер се захтева доказ да се радња у време када је предузета из угла друштва могла разумно посматрати као корисна за друштво.<sup>122</sup> Не тражи се да је друштво заиста веровало да ће радња користити друштву, већ да је разуман управни одбор имао основа за овакво веровање.<sup>123</sup>

Постојање овог изузетка је у потпуности оправдано. Иако није изричито поменуто у српском праву, нема разлога да га судска пракса не прихвати. Његова примена може бити посебно погодна у оним случајевима када је циљ продаје у томе да се спречи већа штета за друштво (на пример, продаја кварљиве робе, робе којој истиче рок трајања, демодиране робе, робе неподесне за чување код дужника, и сл.).<sup>124</sup> Према томе, сврха продаје није оштећење поверилаца, већ њихова заштита.

### 5.3. Добра вера треће стране

У неким правима се дозвољава и посебан изузетак за одређена лица која су у доброј вери примила имовину или користи уз накнаду на основу правног посла.<sup>125</sup> За примену овог изузетка се захтевају два услова:<sup>126</sup>

а) да је лице стекло права од лица које није стечајни дужник, односно да је примило користи из правног посла, а није друга страна;

б) да је у питању правна радња уз накнаду.

Недостатак добре вере се претпоставља за две категорије лица:

- 1) лица која су имала информације о свим релевантним околностима везаним за правну радњу (*i.e.* да је друштво извршило правну радњу уз незнатну накнаду) или покретање поступака против друштва и
- 2) лица која су повезана са стечајним дужником или другом страном у тој правној радњи.

<sup>120</sup> R. M. Goode, 371.

<sup>121</sup> R. M. Goode, 372.

<sup>122</sup> J. Armour, 68.

<sup>123</sup> J. Armour, 68; R. M. Goode, 372.

<sup>124</sup> Ратимир Кашанин, Ратибор Нешковић, Иванка Лекић, *Коментар Закона о санацији и престанку организација удруженог рада*, Савремена администрација, Београд 1981, 295; Т. Делибашић, 231; Д. Слијепчевић, С. Спасић, 376; М. Велимировић, 139.

<sup>125</sup> Вид.: енглески InsAct 1986, чл. 241, ст. 2.

<sup>126</sup> Више вид.: J. Armour, 79-81.

Dr. Vuk Radović, LL.M.

Associate Professor

University of Belgrade Faculty of Law

## AVOIDING TRANSACTIONS WITHOUT CONSIDERATION OR WITH INSIGNIFICANT CONSIDERATION IN BANKRUPTCY

### *Summary*

Avoiding transactions without consideration or with insignificant consideration has not yet been meaningfully disputed in Serbian theory of bankruptcy law. Practitioners and academics usually conclude that this type of avoidance is uncontroversial and does not raise problems in practice. This paper is trying to show that such conclusion is not justified, and most probably is a consequence of infrequent use of this type of avoidance. Writing of this paper is particularly justified by the fact that the new Bankruptcy Act has partially changed national regulation of this question.

In introductory part of the paper, the author identifies basic, open and partially unresolved questions related to avoiding transactions without consideration or with insignificant consideration, for which comparative bankruptcy legislations provide for no uniform answers. The second part of the paper examines the purpose of this type of avoidance, and concludes that principal justification is the amelioration of perverse incentives in the period leading up to bankruptcy. The third part of the paper deals with the boundaries of transactions without consideration and with insignificant consideration, a question that can raise many problems in practice. Taking into consideration that transaction must be entered into by the debtor at a relevant time before bankruptcy, the following part of the paper examines the temporal and financial aspect of the relevant period. Finally, the paper examines some of the most significant exemptions of general rules on avoidance of transactions without consideration or with insignificant consideration.

Key words: *Avoidance. – Bankruptcy debtor. – Bankruptcy. – Gift. – Transaction without consideration. – Transaction at an undervalue. – Creditors.*