

Виши асистент мр Драгана Дамјановић

Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву

МЕЂУНАРОДНИ СТЕЧАЈ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ: МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ СУДА И МЈЕРОДАВНО ПРАВО

Међународни стечај у праву Републике Српске регулисан је Законом о стечају из 2016. године. Премда је циљ закона био доношење ефикаснијег прописа које је хармонизовано како са рјешењима из региона, тако са правом Европске уније, аутор стиче утисак да су нова правила међународног стечаја доста нејаснија и много лошија у односу на Закон о стечајном поступку из 2002. године. То је нарочито видљиво у дијелу који регулише међународну и посебну надлежност судова Републике Српске, као и мјеродавно право. Аутор ће, поред анализе правила међународног стечаја, настојати да укаже на нелогичности истих, нарочито имајући у виду упоредне прописе који су, евидентно, били узор домаћем законодавцу.

Кључне ријечи: Међународни стечај; Међународна надлежност; Посебан стечајни поступак; Мјеродавно право; Стечајни поступак.

1. УВОД

Премда треба правити разлику између појмова „стечај“¹ и „стечајни поступак“, с обзиром на то да први означава „стање једног субјекта проузроковано његовом неспособношћу плаћања, односно немогућношћу извршавања обавеза“,² а други „означава пут који се мора прећи до краја када се гаси један субјект – стечајни дужник“,³ у присуству иностраног елемента, ствари стоје нешто другачије.

Драгана Дамјановић, *dragana.damjanovic@pravni.ues.rs.ba*.

¹ Стечај нема само правну, већ и економску конотацију. Међутим, оне се најчешће одвојено изучавају. Јединствен приступ том проблему вид. Б. Поповић, Д. Даниловић, „Правни и рачуноводствени аспекти стечаја предузећа“, *Зборник радова Економског факултета у Источном Сарајеву* 7/2013, 137–147.

² М. Јовановић-Zatilla, В. Чоловић, *Стечајно право*, Београд 2007, 18.

³ *Ibid.*

Иако би нас термин „међународни стечај“ најприје могао асоцирати на „стечај“ са иностраним елементом, он се ипак односи на „стечајни поступак“ са иностраним елементом. Зашто се користи управо овај термин, иако наука инститира да се појмови „стечај“ и „стечајни поступак“ морају разликовати? Наиме, термин „међународни стечај“ се некако усталио у правној науци, а с друге стране, користи га и законодавац како Републике Српске, тако и околних земаља, када говори управо о стечајном поступку са иностраним елементом.

Према томе, међународни стечај је „поступак који у себи садржи неку чињеницу која је везана за одређену страну државу“.⁴ Другим ријечима, то је стечајни поступак са иностраним елементом. Инострани елемент може се појавити у било ком елементу правног односа, субјекту, објекту и правима и обавезама, као што је случај и са осталим приватноправним односима. Инострани елемент присутан је у субјекту било да се ради о стечајном дужнику који има пребивалиште, односно сједиште у иностранству, или „организациони дио“ на територији стране државе, било да су повјериоци стечајног дужника везани неком одлучујућом чињеницом⁵ за иностранство. Што се тиче објекта, инострани елемент може се појавити у стечајној маси, то јест имовини стечајног дужника која улази у стечајну масу, тако што се она или њен дио може налазити на територији различитих земаља. На крају, инострани елемент може се појавити и у правима и обавезама, у смислу да је испуњење неке обавезе која може улазити у имовину стечајног дужника (нпр. неко потраживање стечајног дужника), предвиђено у иностранству.

Сам Закон о стечају⁶ Републике Српске дефинише међународни стечај као „стечајни поступак са иностраним елементом, који је повезан са неким од елемената стечајног поступка, као што су стечајна маса, стечајни дужник, повјериоци и други субјекти стечајног поступка“.⁷

С обзиром на то да је међународни стечај комплексан правни институт, овај рад је ограничен на поједина питања стечајног поступка са иностраним елементом у позитивноправним прописима Републике Српске, тј. у Закону о стечају Републике Српске, и то о међународној надлежности домаћих судова за спровођење стечајног поступке, те о мјеродавном праву.

Закон о стечају Републике Српске донијет је 2016. године. Одредбе закона писане су по угледу на стечајно законодавство региона, те сте-

⁴ *Ibid.*, 220.

⁵ У принципу, то би могло бити држављанство, пребивалиште, уобичајено боравиште или чак боравиште физичког лица, те мјесто оснивања, сједиште, мјесто пословне јединице, страна државна припадност правног лица.

⁶ Закон о стечају – ЗОС, *Службени гласник РС*, бр. 16/2016.

⁷ ЗОС, чл. 15, ст. 1, тач. 24.

чајно законодавство Европске уније. Међутим, евидентно је да је на одребе о међународном стечају, највише утицаја имало законодавство Републике Хрватске.

2. МЕЂУНАРОДНА НАДЛЕЖНОСТ СУДА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Једно од најзанимљивијих питања за свакога ко се бави међународним приватним правом свакако јесте међународна надлежност судова. Она нам показује у ком правцу је дјеловао домаћи законодавац – да ли је акценат ставио на заштиту искључиво домаћих интереса, или се пак определијелио на правила која омогућавају извјесну равнотежу интереса свих земаља која су на неки начин повезана са датим стечајним поступком.

Закон о стечају Републике Српске посветио је свега два члана међународној надлежности судова. Један од њих регулише искључиву надлежност домаћег суда предвиђену за покретање главног стечајног поступка, док се други тиче надлежности домаћег суда за покретање посебног стечајног поступка. У даљем тексту, говорићемо управо о тим питањима, и то према редослиједу како су она обрађена у домаћем закону.

2.1. Искључива међународна надлежност суда Републике Српске – надлежност за главни стечајни поступак са иностранним елементом

Искључива међународна надлежност⁸ домаћег суда у некој ствари значи да је са позиције домаћег законодавца, надлежност било ког страног суда у истој ствари неоправдана. Дакле, надлежност страног суда у стварима за које је искључиво надлежан домаћи суд, није онемогућена одредбом домаћег закона, јер страни суд заснива своју надлежност позивајући се на своје прописе, али с тачке гледишта домаћег суда, таква надлежност је неприхватљива, те би као санкција таквог понашања, услиједило непризнавање стране судске одлуке која би евентуано била донешена пред иностраним судом. Имајући у виду нека општеприхваћена правила која се тичу међународне надлежности, за већину приватноправних односа, придвиђена је конкурентна надлежност, што значи да је могућа надлежност како домаћег правосуђа, тако и иностраног, у једној те истој ствари. С друге стране, само у одређеним ситуацијама, у којима постоји тјешња веза између правосуђа једне земље и неког правног односа, оправдано је предвидјети искључиву надлежност правосуђа те земље. Одредбе које регулише искључиву надлежност правосуђа једне државе

⁸ О искључивој надлежности домаћег суда у поступку међународног стечаја уопште, те у СРЈ, вид. В. Чоловић, „Искључива надлежност у стечајном поступку са елементом иностраности“, *Правни живот* 11/2000, 213–228.

свакако морају бити јасне и недвосмислене да не би дошло до проблема у њиховој примјени, како од стране домаћих судова, тако и иностраних – приликом евентуалног поступка признања и извршења. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима за неколико ситуација предвидио је искључиву надлежност домаћег суда, док је већи дио њих прописао конкурентну надлежност. С друге стране, Закон о стечају Републике Српске, не предвиђа конкурентну, већ само искључиву међународну надлежност домаћег правосуђа.

Одребе које су посвећене овој надлежности, можемо наћи у члану 255 Закона, и садржане су у пет ставова. На први поглед, поменути члан је доста нејасно формулисан, но вријеме ће свакако показати да ли смо у праву или не.

Дакле, у складу са Законом о стечају, суд Републике Српске биће искључиво надлежан за спровођење стечајног поступка против стечајног дужника чије је пословно дјеловање на подручју Републике.⁹ Како би помогао суду, законодавац у сљедећем ставу ближе одређује појам „пословног дјеловања“, па каже је то мјесто у којем је регистрован организациони дио стечајног дужника.¹⁰ При томе, стечајни поступак обухвата цјелокупну имовину стечајног дужника,¹¹ без обзира на то да ли се она налази на територији Републике Српске или у иностранству.¹²

Најприје, треба рећи да је термин „пословно дјеловање“ исувише широк да би послужио као основ искључиве надлежности. У данашње доба, пословно дјеловање компанија распростире се не само у више земаља, него и на више континената. У том смислу, предвидјети искључиву надлежност домаћег суда уколико је пословно дјеловање стечајног дужника на подручју Републике Српске, представља прекомјеран основ надлежности. Ако претпоставимо да једно правно лице пословно дјелује на територији десет земаља, шта би онда оправдало искључиву надлежност домаћег суда? Заснивање искључиве надлежности домаћег суда на напријед наведеном критеријуму, свакако не би наишло на разумјевање страног правосуђа, што би довело до непризнања одлуке доне-

⁹ ЗОС, чл. 255, ст. 1.

¹⁰ „Пословно дјеловање стечајног дужника је у мјесту у којем је регистрован његов организациони дио.“ Вид. ЗОС, чл. 255, ст. 2.

¹¹ У вези с тим, упитно је да ли би одлука о отварању главног стечајног поступка била призната у иностранству уколико би обухватала и непокретну имовину стечајног дужника која се налази на територији стране државе. Ово зато што је у већини земаља предвиђена искључива надлежност домаћег правосуђа када се ради о непокретностима. Слично вид. В. Чоловић, Н. Милијевић, *Стечајни поступак – теореткса разматрања, законски прописи, судска пракса и образци за практичну примјену*, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука 2004, 139.

¹² ЗОС, чл. 255, ст. 4.

шене у том поступку, те правних дејстава стечајног поступка.¹³ О овоме нарочито треба водити рачуна, ако се узме у обзир да стечајну масу чини цјелокупна имовина која припада стечајном дужнику у вријеме отварања стечајног поступка, као и имовина коју он стекне док траје стечајни поступак,¹⁴ што значи да се то односи и на имовину стечајног дужника која се налази у иностранству. У зависности коју концепцију¹⁵ међународног стечаја прихвата земља признања, лако се може десити да захтјев за признање одлуке буде одбијен, нарочит уколико односи суд процијени да је било ријечи о прекомјерном основу надлежности.

Претпостављамо да је законодавац имао намјеру да ублажи овако постављен основ искључиве надлежности, тако што је предвидио да је пословно дјеловање мјесто гдје је регистрован његов организациони дио.

Нажалост, законодавац није био довољно прецизан, те се сада пред судом и странкама појављује још једна дилема: значење синтагме „организациони дио“. Наиме, законодавац у дијелу у којем објашњава значење појмова коришћених у тексту, нити у у некој другој одредби, не говори о евентуалном значењу израза „организациони дио“. На прву, „организациони дио“ би нас свакако могао асоцирати на пословну јединицу, имајући у виду одредбе Закона о привредним друштвима Републике Српске.¹⁶

¹³ Стечајни поступак са иностраним елементом сам је по себи компликован, јер подразумева комуникацију органа најмање двије државе, те је сам поступак општења између тих тијела специфичан. Они неминовно морају да сарађују, уколико желе да испуне циљ стечајног поступка и заштите интересе учесника истог. С обзиром на то да не постоје међународни инструменти који би били основ те сарадње, пракса се окренула новом механизму сарадње – стечајном протоколу. Стечајни протокол је једна врста споразума између учесника у стечајном поступку, којим се регулишу питања значајна за сам поступак. Више о томе вид. А. Вишекруна, „Остваривање сарадње у стечајним поступцима са елементом иностраности: пример протокола“, *Страни правни живот* 3/2018, 65–88.

¹⁴ ЗОС, чл. 84, ст. 1.

¹⁵ Правна наука је препознала три концепције међународног стечаја. Прва, универзална или либерална стечајна концепција, као што јој само име каже, заступа либералније ставове, па ће сва дејства стечаја, оствареног у једној земљи, бити призната у осталим земљама. Као мјеродавно право узима се *lex fori concursus*, премда је исто ограничено правилима *lex fori* и *lex rei sitae* која се користе приликом признања стране судске одлуке. С друге стране, имамо једну конзервативнију концепцију, која ограничава дејства стране стечајне одлуке на земљу поријекла. Ријеч је о територијалној концепцији. Над имовином стечајног дужника у иностранству, могуће је спровести извршни поступак на основу признања домаће одлуке о стечају, или, пак, покренути посебан стечајни поступак, тзв. секундарни стечај. Занимљиво је то да се код ове концепције предвиђа пуно дејство домаћих одлука о стечају у иностранству. Поред ове двије концепције, треба поменути и мјешовиту, која представља својеврсни компромис прве двије. Вид. В. Чоловић, *Међународни стечај*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2005, 35–37.

¹⁶ „Пословна јединица (огранак) привредног друштва је издвојени организациони дио привредног друштва посредством кога друштво обавља дјелатност у складу са законом.“ Вид. Закон о привредним друштвима – ЗПД, *Службени гласник РС*, бр. 127/07, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19, чл. 3.

Међутим, тешко да би израз „организациони дио“ из Закона о стечају, могао представљати пословну јединицу привредног друштва. Разлога је више. На првом мјесту, то не би имало никаквог смисла, јер би то значило да се пословној јединици даје извјесна предност у односу на, примјера ради, стварно сједиште правног лица. На другом мјесту, сам Закон о стечају предвиђа посебну надлежност домаћег правосуђа за спровођење стечајног поступка управо према пословној јединици (такозвани посебни стечајни поступак), при чему је то децидно речено у самом наслову члана 256 који регулише ово питање.¹⁷ При томе, под пословном јединицом, законодавац мисли на организациони дио стечајног дужника „без својства правног лица“. Тумачењем *a contrario*, можемо закључити да у дијелу који се односи на искључиву међународну надлежност, законодавац онда мисли на организациони дио стечајног дужника са својством правног лица. Дакле, било би нелогично да надлежност за посебан стечајни поступак заснива на истом основу на ком се заснива искључива надлежност домаћег правосуђа. На трећем мјесту, упоредно право на које се угледао домаћи законодавац, прије свега Закон о стечају Хрватске, такође не заснива искључиву надлежност према пословној јединици.

Узевши у обзир напријед наведено, можемо закључити да законодавац није изједначио појам организациони дио са пословном јединицом. То свакако може бити једно од значења, али не и једино значење. Према томе, одговор треба тражити на другом мјесту.

Да ли се ради о сједишту стечајног дужника? Сједиште привредног друштва, према Закону о привредним друштвима Републике Српске, представља мјесто из ког се управља пословима друштвом и које је као такво означено оснивачким актом и уписано у регистар друштава. Закон о стечају у дијелу у којем говори о искључивој међународној надлежности, више пута помиње сједиште стечајног дужника. Најприје, уколико је сједиште стечајног дужника уписано у Републици Српској, то ће бити један од услова за искључиву међународну надлежност домаћег правосуђа, премда је доказано да се организациони дио дужника налази у иностранству. Ради се о ситуацији када се према праву државе у којој стечајни дужник има организациони дио, не може отворити стечајни поступак на основу мјеста гдје је регистрован његов организациони дио.¹⁸ С друге стране, када је уписано сједиште стечајног дужни-

¹⁷ Наиме, наслов члана ЗОС-а, који регулише посебну врсту надлежности домаћег правосуђа за спровођење стечајног поступка са међународним елементом гласи: „Међународна надлежност према пословној јединици, односно имовини страног стечајног дужника у Републици Српској“. Вид. ЗОС, чл. 256.

¹⁸ Вид. ЗОС, чл. 255, ст. 3.

ка у иностранству, а његов организациони дио у Републици Српској, искључива међународна надлежност припада домаћем суду на чијем се подручју налази организациони дио стечајног дужника.¹⁹ Имајући у виду напријед наведено, можемо закључити да се сједиште стечајног дужника може, али и не мора подударити са „организационим дијелом“ стечајног дужника, као основом искључиве надлежности.

Шта је онда законодавац мислио приликом конструкције члана 255?

Да бисмо одговорили на ово питање треба погледати у законодавства која су служила као узор домаћем законодавцу: прво региона – Републике Србије и Републике Хрватске и право ЕУ.

Закон о стечају Републике Србије из 2009, који је у више наврата мијењан, у члану 174а, каже: „Суд Републике Србије искључиво је надлежан за покретање, отварање и спровођење стечајног поступка против стечајног дужника чије је средиште главних интереса на територији Републике Србије. Средиште главних интереса треба да одговара месту одакле дужник редовно управља својим интересима и које је као такво препознато од стране трећих лица. У недостатку супротног доказа, претпоставља се да стечајни дужник има средиште главних интереса у месту где се налази његово регистровано седиште.“²⁰

Стечајни закон Републике Хрватске из 2015. године, предвиђа искључиву међународну надлежност суда Републике Хрватске против дужника чије је средиште пословнога дјеловања на подручју Републике Хрватске, при чему се средиштем пословнога дјеловања сматра мјесто у којем дужник има уписано сједиште.²¹

Што се тиче права Европске уније, тј. Уредбе ЕУ о поступку у случају инсолвентности из 2015. године,²² најприје треба напоменути да она не предвиђа искључиву међународну надлежност, већ међународну надлежност за главни стечајни поступак. У вези с тим, предвиђен је сличан критериј као у Републици Србији. Наиме, судови државе чланице на чијем се државном подручју налази средиште дужникових главних интереса, надлежни су за покретање главног поступка у случају инсол-

¹⁹ Вид. ЗОС, чл. 255, ст. 5.

²⁰ Вид. Закон о стечају – ЗОС Р. Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 104/09, 99/11, 71/12, 83/14, 113/17, 44/18 и 95/18, чл. 174(а).

²¹ Стечајни закон – СЗ Р. Хрватске, *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 71/15, 104/17, чл. 392, ст. 1 и 2.

²² Уредба (ЕУ) 2015/848 Европског парламента и Вијећа од 20. маја 2015. о поступку у случају инсолвентности – Уредба ЕУ 2015/848, *Службени лист Европске Уније*, Л 141. О Уредби ЕУ 2015/848 и о томе колико је она заиста измјењена у односу на раније законодавство, вид. G. McCormack, “Something old, something new: recasting the European Insolvency Regulation“, *The Modern Law Review* 79(1)/2016, 121–146.

вентности.²³ При томе, средиште главних интереса је мјесто одакле дужник редовно врши управљање својим интересима²⁴ и које је као такво препознато, тј. утврдиво од стране трећих страна.²⁵ Претпоставка је, у недостатку других доказа, да је средиште главних интереса мјесто статутарног сједишта привредног друштва или правног лица, главно мјесто пословања појединца који извршава независну пословну или професионалну активност, те мјесто уобичајеног боравишта других појединаца.²⁶

Имајући у виду напријед наведена рјешења, чини се да је законодавац Републике Српске имао намјеру извршити рецепцију хрватскога законодавства, што је видљиво и из преосталих ставова који регулишу искључиву међународну надлежност,²⁷ али и међународни стечај у цјелини. Међутим, остаје нејасно зашто је домаћи законодавац пропустио да допише одредницу „средиште“ пословног дјеловања, као што то стоји у хрватском закону. На тај начин свакако би се ограничила могућност заснивања искључиве надлежности, те се не би могло говорити о прекомјерном основу као што је то сада случај. С друге стране, нејасно је зашто се домаћи законодавац одређило да пословно дјеловање опише као мјесто у којем је регистрован организациони дио стечајног дужника, наспрам рјешења у Хрватској које сматра да је средиште пословног дјеловања мјесто у ком дужник има уписано сједиште. У вези с тим, намеће се још једно логично питање, а то је зашто је домаћи законодавац уопште дирао у претходно рјешење везано за искључиву надлежност домаћег правосуђа. Присјећања ради, Закон о стечајном поступку Републике Српске из 2002. године пред-

²³ Вид. Уредба ЕУ 2015/848, чл. 3, ст. 1.

²⁴ Нетачан је званичан превод на хрватски језик поменуте Уредбе. Наиме, у верзији Уредбе на хрватском језику стоји : „Средиште главних интереса јест мјесто гдје дужник обавља редовито пословање те које може бити провјерено од трећих страна.“ С друге стране, изворни текст на енглеском језику гласи овако: „The centre of main interests shall be the place where the debtor conducts the administration of its interests on a regular basis and which is ascertainable by third parties.“ Постоји значајна разлика између синтагми „мјесто гдје дужник обавља редовито пословање“ и „мјесто одакле дужник редовно врши управљање својим интересима“. У првом случају, неопходно је да се послови дужника редовно обављају у неком мјесту, а имајући у виду да дужник може редовно пословати у више земаља, губи се смисао ове одредбе, тј. пронаћи једно надлежно правосуђе за спровођење главног стечајног поступка. У другом случају ријеч је о мјесту из којег се редовно управља пословним интересима, и као такво оно је најближе стварном сједишту дужника, независно од мјеста регистрације или слично. Оно се свакако може подударити са регистрованим сједиштем, али то не мора бити случај. Било како било, мјесто гдје дужник редовно послује и мјесто одакле дужник редовно управља својим интересима, могу, али и не морају указивати на исто подручје, те се овде ради о омашки која би могла проузроковати погрешно засновану надлежност хрватског правосуђа.

²⁵ Вид. Уредба ЕУ 2015/848, чл. 3, ст. 1

²⁶ Вид. Уредба ЕУ 2015/848, чл. 3, ст. 2, 3 и 4

²⁷ Упореди ЗОС, чл. 255, ст. 3, 4 и 5 и СЗ Р. Хрватске, чл. 392, ст. 3, 4 и 5.

виђао је искључиву надлежност суда Републике Српске против стечајног дужника чије је средиште пословног дјеловања на подручју Републике Српске, при чему се претпостављало да је средиште пословног дјеловања стечајног дужника у мјесту у којем он има уписано своје сједиште.²⁸ Дакле, рјешење које је у потпуности идентично са данашњим хрватским и које је бар било довољно прецизно и јасно.

Закључак који се нама намеће као једини логичан јесте тај да је законодавац под синтагмом „организациони дио“, мислио на средиште пословног дјеловања. То се да закључити из упоредне анализе одредби ставова 3 и 5 члана 255 домаћег Закона о стечају са одредбама ставова 3 и 5 члана 392 хрватскога Стечајног закона, као и конструкције правила која су раније била на снази на територији Републике Српске. Могуће је да је намјера законодавца била избјећи ситуацију у којој се мјесто уписаног сједишта не поклапа са мјестом пословног дјеловања, међутим, понуђени текст није донио чак ни сувисло рјешење, напротив, прије својеврстан зачарани круг. Домаћи суд искључиво је међународно надлежан за спровођење стечајног поступка против дужника чије је пословно дјеловање на домаћој територији. Пословно дјеловање је мјесто у којем је регистрован дужников организациони дио. Организациони дио је мјесто у којем се налази средиште пословног дјеловања. А шта је средиште пословног дјеловања? Опет се враћамо на претпоставку, свакако обориву, да је то мјесто у којем дужник има уписано сједиште.

Треба нагласити да је рјешење из сусједне Хрватске, премда јасније у односу на домаће, далеко од доброг. Питање је колико оно одсликава принцип „центра пословних интереса“, које у ствари предствала основни принцип права ЕУ, са којим све земље региона теже да уједначе своја законодавства.

Дакле, поента је била помјерити нагласак са средишта пословног дјеловања на средиште главних интереса, тј. средиште пословних интереса. Пословно дјеловање представља широк појам, а нама је потребан критериј који може издвојити правосуђе једне државе које оправдано може засновати искључиву међународну надлежност. Свакако, дало би се приговорити да је тешко идентификовати једно мјесто из којег се врши редовно управљање главним пословним интересима, нарочито у данашње вријеме, када је популаран тзв. рад од куће, те је сасвим могуће да примјера ради, чланови Управног одбора раде са пет различитих континената, а не из једног мјеста. Но, зато је неопходно да мјесто из којих се редовно управља главним интересима препознатљиво од стране трећих лица, што захтјевају како Уредба ЕУ, тако и стечајно законодавство Републике Србије. У недо-

²⁸ Закон о стечајном поступку – ЗСП 2002, *Службени гласник РС*, бр. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10 и 16/10, чл. 195, ст. 1.

статку других доказа, ријеч је о уписаном сједишту. Међутим, мјесто из којег се редовно управља главним инетерсима више одговара појму стварног сједишта. Стварно сједиште, с друге стране, одређује се на различите начине, али у принципу, ријеч је о мјесту у којем се стварно налазе просторије главне управе, дакле мјесто из којег се редовно врше акти пословодства, а уколико је ријеч о мултинационалним компанијама, којима се правља из више мејста истовремено, неопходно је препознати хијерахијски виши орган управљања друштвом.²⁹ У правној теорији је заузет став да питање гдје је центар његових интереса фактичко питање.³⁰ У том смислу, то треба схватити не као чињенично питање, у смислу правне кавлификације, него као питање које представља својеврстан чињенични концепт. Нажалост, учесницима у поступку остаје могућност да манипулишту одлучујућим чињеницима у своју корист, а на штету стечајних повјерилаца. У вези с тим, могућа је ситуација такозваног „стечајног туризма“, тј. да предузећа мијењају чињенице на којима се заснива средиште њихових главних интереса, на начин да на предстојећи стечај примјене либералнији режим од редовног.³¹ Било како било, питање начина одређивања центра тј. средишта главних интереса, још увије је отворено и свакако представља изазов како судску праксу, тако и за правну науку.

На крају, треба изнијети још једну замјерку на домаћи Закон о стечају. Наиме, за разлику од Уредбе ЕУ, стечајно законодавство Републике Српске, не садржи пресумпцију у погледу мјеста пословног дјеловања за физичко лице.³² То свакако може имати утицаја и на одређивање мјеродавног права. Домаћи суд би се највјероватније одредјелио на пребивалиште као одлучујућу чињеницу за одређивање средишта пословног дјеловања, но свакако треба размислити о уобичајеном боравишту физичког лица, нарочито у контексту харамонизације домаћих прописа са правом Европске уније.

2.2. Надлежност домаћег суда у посебном стечајном поступку – надлежност на основу пословне јединице

Закон о стечају прописује и два посебна основа за надлежност домаћег правосуђа за спровођење стечајног поступка са иностраним еле-

²⁹ Више о теорији стварног сједишта и начину одређивања истог вид. Д. Марковић-Баловић, „Сукоб Закона о привредним друштвима“, *Правни живот* 11/2013, 143–158.

³⁰ Вид. В. Чоловић, С. Алексић, „Координација стечајних поступака – са посебним освртом на трансфер средстава стечајне масе и стечај повезаних друштава“, *Годишњак Факултета правних наука* 6/2016, 8.

³¹ Вид. I. Ramsay, *Personal Insolvency in the 21st Century*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2017, 179.

³² Правна наука својевремено је упутила исту примједбу хрватском Закону о стечају из 2015. године. Вид. Ј. Гарашкић, „Најзначајније новине Стечајног закона из 2015. године“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 1-38/2017, 180.

ментом. Треба напоменути да се у тим случајевима стечајни поступак односи само на имовину која се налази на територији Републике Српске, односно ради се о посебном стечајном поступку.

Најприје, домаћи суд биће надлежан за спровођење стечајног поступка против стечајног дужника, ако он има организациони дио без својства правног лица на територији Републике Српске. Премда законодавац то није децидно одредио, овде се свакако ради о пословној јединици стечајног дужника.³³ У тексту закона није дефинисано када ће се сматрати да постоји пословна јединица на територији Републике Српске, за разлику од србијанског рјешења које садржи слично упутство. Наиме, према важећим прописима Републике Србије, „под сталном пословном јединицом, подразумева се било које место пословања у којем стечајни дужник обавља економску делатност употребом људске радне снаге, добара и услуга.“³⁴ Чињеница је да законодавац у тексту закона није навео ситуације у којима би било оправдано засновати надлежности домаћег суда на основу пословне јединице стечајног дужника на територији Републике Српске. Разлог је вјероватно тај што ће се овакве одлуке извршавати на домаћој територији из имовине која се ту затекне, а у циљу намирења домаћих повјерилаца, дакле без претензије признања у страној држави.

Надлежност на основу пословне јединице, предвиђена је и у упоредном законодавству, како у Србији,³⁵ тако у Хрватској³⁶ и Европској унији.³⁷

Други случај када домаћи суд може засновати надлежност, премда нису испуњени услови за искључиву надлежност, тиче се ситуације када стечајни дужник нема организациони дио нити пословну јединицу на територији Републике Српске, али зато има имовину. Међутим, надлежност ће постојати само ако су испуњени одређени услови који су постављени алтернативно и то: (1) уколико се у држави у којој стечајни дужник има организациони дио не може отворити стечајни поступак због услова предвиђених у законодавству те земље, премда постоји стечајни разлог по нашем праву, (2) уколико према праву државе у којој се налази организациони дио стечајног дужника у стечајну масу не улази имовина која се налази на територији других земаља, (3) уколико је у

³³ То потврђује и став трећи истог члана, у ком се говори о мјесној надлежности, па ће тако за спровођење стечајног поступка, бити надлежан стечајни суд на чијем подручју се налази *пословна јединица* (прим. аут.) стечајног дужника, односно имовина, уколико нема пословну јединицу на територији РС.

³⁴ Вид. ЗОС Р. Србије, чл. 174(б), ст. 2.

³⁵ Вид. ЗОС Р. Србија, чл. 174(б), ст. 1.

³⁶ Вид. ЗС Р. Хрватске, чл. 393.

³⁷ Вид. Уредба ЕУ 2015/848, чл. 3, ст. 2.

захтјеву за признање стране одлуке о отварању стечајног поступка предложено отварање посебног стечајног поступка у Републици Српској. Закон помиње и четврти услов, па је домаћи суд надлежан отворити стечајни поступак кад дужник има само имовину на домаћој територији „када се отварање стечајног поступка у Републици Српској предлаже на основу члана 239 овог закона“.³⁸ Међутим, овде се најприје ради о редакцијској грешци, имајући у виду на шта се члан 239 односи.³⁹ С друге стране, заваримо ли у хрватски Стечајни закон,⁴⁰ постаје јасно да је домаћи законодавац мислио на члан 288, који предвиђа да је могуће затражити отварање стечајног поступка у Републици Српској, иако је у иностранству отворен главни стечајни поступак, ако постоје разлози због којих би се приједлог за признање стране одлуке могао одбити.⁴¹

Према томе, неопходно је да поред имовине стечајног дужника која се налази на домаћој територији, буде испуњен неки од наведених услова, па би тек она домаћи суд могао засновати надлежност за отварање посебног стечајног поступка.

Хрватски Стечајни закон предвиђа готово истовјетну комбинацију услова за отварање посебног стечајног поступка по основу чињенице да се имовина стечајног дужника налази на територији Хрватске.⁴² Законодавство Србије такође предвиђа могућност заснивања надлежности домаћег суда на основу имовине стечајног дужника, с тим што је потребно да се испуни један од три услова, које предвиђа и Закон о стечају Републике Српске, са изузетком услова који се односи на отварање посебног стечајног поступка у оквиру поступка признања и извршења стране стечајне одлуке.⁴³

Треба напоменути да, у случају када је у иностранству већ отворен стечајни поступак, а домаћи суд заснива своју надлежност по основу пословне јединице или имовине дужника, суд неће испитивати стечајне разлоге.⁴⁴ Међутим, поставља се питање да ли најприје треба признати

³⁸ Вид. ЗОС, чл. 256, ст. 2, тач. 3.

³⁹ Спорни члан односи се на основна дејства стечајног плана, те би било потпуно бесмислено тражити у њему разлог за покретање посебног стечајног поступка од стране домаћег суда.

⁴⁰ Који садржи слично правило.

⁴¹ Вид. ЗОС, чл. 288. Премда се у овом раду не бавимо тематиком признања страних одлука о стечајном поступку, сматрамо да овај члан треба кориговати у смислу да би отварање домаћег стечајног поступка било могуће, ако је извјесно да ће се захтјев за признање стране одлуке одбити. Иста грешка направљена је и у ранијем пропису, те је члан 196 ранијег Закона о стечајном поступку из 2002. године упућивао на члан 233, умјесто на члан 228.

⁴² Вид. ЗС Р. Хрватске, чл. 393.

⁴³ Вид. ЗОС Р. Србије, чл 174(б).

⁴⁴ ЗОС, чл. 256, ст. 6.

страну одлуку о отварању стечајног поступка. Уколико се домаћи суд ослања на одлуку страног суда о отварању стечајног поступка, те због тога не улази у оцјену стечајних разлога, онда страна одлука производи одређена дејства премда није призната или би чак њено признање могло бити одбијено, што свакако не иде у прилог тренутном рјешењу неразматрању стечајних разлога. О овоме су очигледно мислиле наше комшије, те се тако у законодавству Републике Србије не помиње могућност неразматрања стечајних разлога, премда је у иностранству већ отворен стечајни посупак, док Стечајни закон Републике Хрватске уистину предвиђа ту могућност, али захтјева претходно признање стране одлуке о отварању стечајног поступка од стране суда Републике Хрватске.⁴⁵

Што се тиче ове материје, можемо констатовати да нису вршене никакве значајније измјене у односу на ранији пропис, чак су и грешке остале исте⁴⁶, изузев што се помиње други критериј за главни стечајни поступак. У складу са тим, остаје примједба дата још за ранији пропис, а то је да законодавац није јасно раздвојио главни од посебног стечајног поступка, у смислу да ни у новом закону нису јасно раздвојена дејства тих поступака.⁴⁷

3. МЈЕРОДАВНО ПРАВО

Друга ствар о којој је нужно говорити тиче се предвиђеног рјешења у погледу мјеродавног права за спровођење стечајног поступка. Законодавац је правила у вези са одређивањем мјеродавног права смјестио у опште одребе међународног стечаја, а оне се тичу основног начела, излучних и разлучних права и мјеродавног права за уговор о раду.

Основно начело за одређивање мјеродавног права дато је у члану 257: „Стечајни поступак и његово правно дејство примјењује се на право државе у којој је поступак отворен.“ Сматрамо да напријед наведену норму треба тумачити тако да се на стечајни поступак и његово правно дејство, примјењује право државе у којој је поступак отворен, а не обрнуто, дакле *lex fori concursus*. Овакво рјешење било је предвиђено и у ранијим прописима.⁴⁸ Свакако је неопходно приступити измјени спорног члана, јер, премда је јасно да је ријеч о несрећној формулацији,⁴⁹ нема потребе да се она задржава у Закону о стечају већ неколико

⁴⁵ Вид. ЗС Р. Хрватске, чл. 393, ст. 5.

⁴⁶ Вид. фн. 41.

⁴⁷ Вид. В. Чоловић, (2005), 209–210.

⁴⁸ „Стечајни поступак и његови правни учинци одређују се према праву државе у којој је поступак отворен, уколико овај закон не предвиђа шта друго.“ Вид. ЗСП 2002, чл. 197.

⁴⁹ У прилог томе вид. Н. Милијевић, *Закон о стечају*, ЈУ Службени гласних Републике Српске, Бања Лука 2018, 58: „Страни стечајни поступак и његови правни учинци одређују се у правилу према праву државе у којој је поступак отворен.“

година. Овакав начин одабира мјеродавног права за дејства стечајног поступка у присуству иностраног елемента, показује да је домаћи законодавац задржао тзв. универзалистички приступ овом питању, који омогућава да се као мјеродавно право примјени право било које државе све док се ради о земљи која је покренула главни стечајни поступак, за разлику од тзв. територијалног приступа, гдј се као мјеродавно право примјењује искључиво домаће право. То има смисла, с обзиром да наша земља тежи привући што више страних инвестиција, а да би се у томе успјело, страни инвеститори свакако се морају осјећати комотно, у смислу да им, између осталог, одговара и стечајно законодавство.⁵⁰

Што се тиче упоредног права, примјена права државе у којој је поступак отворен превиђена је како у Републици Србији⁵¹ тако и у Републици Хрватској.⁵² Исто правило је предвиђено у Уредби ЕУ о инсолвентности. Наиме, у случају да Уредба не прописује другачије, мјеродавно право за поступке у случају инсолвентности и њихове учинке јесте право државе чланице на чијем су државном подручју такви поступци покренути (држава у којој је покренут поступак).⁵³

У погледу излучних и разлучних права, законодавац је превидио мјеродавно право када се ради о признању стране одлуке о отварању стечајног поступка. Тада ће се на излучна и разлучна права на предметима који се у моменту признања налазе на територији државе признања, примјенити право државе признања, под условом да се ти предмети у тренутку отварања страног стечајног поступка нису налазили на територији државе отварања поступка.⁵⁴ Мишљења смо да би ову билатералну колизиону норму требало замјенити једностраном колизионом нормом, која би, попут рјешења у Републици Србији,⁵⁵ одређивала мјеродавно право на излучна и разлучна права која се налазе на територији Републике Српске,

⁵⁰ О разлозима због којих се земље одлучују за територијални или универзалистички приступ реглесања мјеродавног права, али и међународне надлежности код међународног стечаја, те утицају економских прилика на поменута питања, вид. S. M. Franken, "Cross – border insolvency law: A comparative institutional analysis", *Oxford Journal of Legal Studies*, 34 (1)/2014, 97–131.

⁵¹ „На стечајни поступак и његова дејства примјењује се право државе у којој је стечајни поступак покренут, ако овим законом није другачије уређено“. Вид. ЗОС Р. Србије, чл. 175, ст. 1.

⁵² „Стечајни поступак и његови правни учинци одређују се према праву државе у којој је отворен стечајни поступак, ако одредбама овог одјељка није другачије одређено.“ Вид. ЗС Р. Хрватске, чл. 395.

⁵³ Вид. Уредба ЕУ 2015/848, чл. 7, ст. 1.

⁵⁴ Вид. ЗОС, чл. 258.

⁵⁵ „У случају признања страног поступка у складу са овим законом, на излучна и разлучна права на стварима или правима која се налазе на територији Републике Србије примјењују се прописи Републике Србије.“ Вид. ЗОС Р. Србије, чл. 175, ст. 2.

у вријеме признања стране одлуке о отварању стечајног поступка, гдје би требало примијенити домаће право. Нема потребе да домаћи пропис регулише начин одређивања мјеродавног права на излучна и разлучна права, када поступак признања води страна држава, јер ће свака држава приликом одређивања мјеродавног права, поћи од сопствених колизионих норми. Поред тога, рјешење које је тренутно на снази могло би да изазове додатне компликације, с обзиром на то да треба доказати да се предмети на којима постоје излучна или разлучна права, нису налазили на територији државе отварања стечајног поступка, који је предмет признања у домаћој држави, у моменту отварања. У вези са тим, требало би да законодавац размисли о брисању поменутог услова.

Закон о стечају регулише и питање мјеродавног права у вези са уговором о раду. Тако ће „у погледу дејства стечајног поступка, на уговор о раду примјенити право државе у којој је уговор о раду закључен“.⁵⁶ Законодавац је одступио од ранијег правила, према којем је на дејства стечајног поступка на уговор о раду, било искључиво мјеродавно стечајно право државе које је мјеродавно за уговор о раду.⁵⁷

Што се тиче упоредног права, како право Републике Србије,⁵⁸ тако и право Републике Хрватске,⁵⁹ за дејства стечаја на уговор о раду, као мјеродавно предвиђају право мјеродавно за сам уговор о раду. Иста ситуација је и са Уредбом ЕУ, која у члану 13, предвиђа да ће се учинци поступка у случају инсолвентности на уговоре о раду и радне односе уредити „искључиво правом државе чланице које је мјеродавно за уговор о раду.“⁶⁰

Рјешење које је тренутно на снази занемарује интерес радника, имајући у виду да мјесто закључења уговора може бити насумично и као такво нема довољно јаку везу са самим радним односом. Можда не би било лоше да је законодавац предвидио специјалну клаузулу одступања, у смислу да се на уговор о раду, примјени неко друго право уколико се покаже да је у знатно тјешњој вези у односу на мјесто закључења уговора. Све у свему, извршена је дерогација правила ЗРСЗ-а о мјеродавном праву за уговоре о раду, према ком се требало примјенити право државе у којој се рад обављао.⁶¹

⁵⁶ Вид. ЗОС, чл. 259.

⁵⁷ Вид. ЗСП 2002, чл. 199.

⁵⁸ „За дејство стечајног поступка на уговоре о раду, примјењује се право које је мјеродавно за уговор о раду.“ Вид. ЗОС Р. Србије, чл.175, ст. 3.

⁵⁹ „За уговоре о раду и радне односе искључиво је мјеродавно право државе које је мјеродавно за уговор о раду.“ Вид. ЗС Р. Хрватске, чл. 397.

⁶⁰ Вид. Уредба ЕУ 2015/848, чл. 13.

⁶¹ Вид. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима – ЗРСЗ, *Службени гласник СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82-1645, *Службени гласник РС*, бр. 21/92, чл. 20, ст. 1, тач. 19.

4. ЗАКЉУЧАК

Република Српска скоро већ двије деценије има своје сопствено стечајно законодавство, у оквиру чега регулише и међународни стечај. Евидентно је да је жеља законодавца била да стечајно законодавство прилагоди европским и регионалним тенденцијама, те је 2016. године донесен нови Закон о стечају.

Међутим, што се тиче питања међународног стечаја која су била предмет овог рада, аутор стиче утисак да је, умјесто једног корака напријед, домаћи законодавац направио два корака уназад. Прописи који су био раније на снази, бар што се тиче међународне надлежности домаћих органа за спровођење главног стечајног поступка, те мјеродавног права, били су далеко усклађенији са прописима региона и Европске уније, него што је то сада случај.

Поред тога, одредбе које регулишу напријед наведена питања, прилично су нејасно формулисане, што свакако може довести до тешкоћа у њиховом тумачењу и примјени. У том смислу, не би било лоше да се приступи измјени самом Закона.

Што се тиче искључиве надлежности домаћих судова за отварање стечајног поступка, неопходно је прецизирази постојећи критериј, као што је то учинио законодавац у Републици Хрватској. У том смислу, могла би се додати одредница „средиште“ код пословног дјеловања, те измјенити само објашњење шта то значи „средиште пословног дјеловања“. На тај начин, благим корекцијама, добило би се доста јасније рјешење. С друге стране, уколико би се ишло ка хармонизацији стечајног законодавства са правом Европске уније, онда би била потребна потпуна промјена критерија искључиве надлежности, у смислу да се критеријум пословног дјеловања замијени критеријумом средишта пословних интереса стечајног дужника. То би свакако било боље рјешење, мада нисмо сигурни колико би домаћи судови било вјешти у одређивању истог.

У вези са међународном надлежности домаћег суда за покретање посебног стечајног поступка, треба поновити да законодавац најприје треба јасно назначити да се ради о посебном стечајном поступку, а не критеријима за посебну надлежност домаћег суда за главни стечајни поступак, што би неука странка свакако могла помислити, гледајући тренутно рјешење. Друга ствар која не би била на одмет јесте да се прецизира да појам пословне јединице. Затим, неопходно би било најприје уредити услов из члана 256 става 2 тачке 3 члана тако да он сада заиста упућује на ситуацију када није могуће признати страну стечајну одлуку. У том смислу, не видимо зашто законодавац у потпуности не би про-

мјенио технику регулисања, па да умјесто упућивања на члан 288, на-просто каже „уколико није могуће признати страну одлуку“. И на крају, свакако је неопходно тражити претходно признање стране судске одлуке о покретању стечајног поступка, као предуслов ослобађања од обавезе испитивања стечајних разлога. Ово зато што, премда одлука о признању има декларативно дејство, страна судска одлука стиче правно дејство на домаћој територији тек након признања од стране домаћег суда.

Када говоримо о мјеродавном право, остајемо при ставовима и пре-порукама које смо изнијели напријед у тексту.

Општи утисак аутора је да је већина замјерки на текст Закона о стечају које су у тексту изнесене, последица специфичности стечајног поступка са иностраним елементом. Без обзира на то што се ради о стечајном поступку, требало је размишљати о општим начелима ме-ђународног приватног права чије су примарно интересовање управо приватноправни односи са иностраним елементом. У том смислу, изра-жавамо наду да ће законодавац врло брзо отклонити недостатке и да ће Република Српска имати закон који ће сутра бити модел за израђивање одредби међународног стечаја осталим земљама Балкана.

ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Библиографске референце

1. Вишекруна, Александра, „Остваривање сарадње у стечајним поступцима са елементом иностраности: пример протокола“, *Страни правни живот* 3/2018;
2. Гарашевић, Јасница „Најзначајније новине Стечајног закона из 2015. године“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци* 1-38/2017;
3. Јовановић-Zatilla, Милена, Чоловић, Владимир, *Стечајно право*, Београд 2007;
4. Марковић-Бајаловић, Дијана, „Сукоб Закона о привредним друштвима“, *Правни живот* 11/2013;
5. Милијевић, Недељко, *Закон о стечају*, ЈУ Службени гласник Републике Српске, Бања Лука 2018;
6. McCormack, Gerard, “Something old, something new: recasting the European Insolvency Regulation“, *The Modern Law Review* 79 (1)/2016;
7. Поповић, Борка, Даниловић, Дамјан, „Правни и рачуноводствени аспекти стечаја предузећа“, *Зборник радова Економског факултета у Источном Сарајеву* 7/2013;
8. Ramsay, Iain, *Personal Insolvency in the 21st Century*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2017;
9. Franken, Sefa M., “Cross – border insolvency law: A comparative institutional analysis“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 34 (1) /2014;

10. Чоловић, Владимир, „Искључива надлежност у стечајном поступку са елементом иностраности“, *Правни живот* 11/2000;
11. Чоловић, Владимир, Милијевић Недељко, *Стечајни поступак – теоретска разматрања, законски прописи, судска пракса и обрасци за практичну примјену*, Удружење правника Републике Српске, Бања Лука 2004;
12. Чоловић, Владимир, *Међународни стечај*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево 2005;
13. Чоловић, Владимир, Алексић Сениша, „Координација стечајних поступака – са посебним освртом на трансфер средстава стечајне масе и стечај повезаних друштава“, *Годишњак Факултета правних наука* 6/2016.

Правни прописи

1. Закон о стечају, *Службени гласник РС*, бр. 16/2016;
2. Закон о привредним друштвима, *Службени гласник РС*, бр. 127/07, 58/09, 100/11, 67/13, 100/17, 82/19;
3. Закон о стечају Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 104/09, 99/11, 71/12, 83/14, 113/17, 44/18 и 95/18;
4. Стечајни закон Републике Хрватске, *Народне новине Републике Хрватске*, бр.71/15, 104/17;
5. Закон о стечајном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10 и 16/10;
6. Закон о рјешавању сукоба закона са прописима других земаља у одређеним односима, *Службени гласник СФРЈ*, бр. 43/82 и 72/82 – 1645, *Службени гласник РС*, бр. 21/92;
7. Уредба (ЕУ) 2015/848 Европског парламента и Вијећа од 20. маја 2015. о поступку у случају инсолвентности – Уредба ЕУ 2015/848, *Службени лист Европске уније*, Л 141.

Senior Assistant Dragana Damjanović, LL.M.

Faculty of Law, University of East Sarajevo

INTERNATIONAL BANKRUPTCY IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SRPSKA: INTERNATIONAL JURISDICTION OF THE COURT AND APPLICABLE LAW

Summary

International bankruptcy in the law of the Republika Srpska is regulated by the Bankruptcy Act from 2016. Although the goal of the Bankruptcy Act 2016 was to pass a more efficient regulation that is harmonized with

solutions from the region, as well as with the law of the European Union, the author gets the impression that the new rules of international bankruptcy are much more vague and much worse than the Bankruptcy Procedure Act of 2002. This is especially evident in the part that regulates the international and special jurisdiction of the courts of the Republika Srpska, as well as the applicable law. In addition to the analysis of the rules of international bankruptcy, the author will try to point out the illogicalities of the same, especially having in mind the comparative regulations which, evidently, were a model for the domestic legislator.

Key words: *International bankruptcy; International jurisdiction; Special bankruptcy proceedings; Applicable law; Bankruptcy proceedings.*