

ДОЦЊА ЗАЛОЖНОГ ДУЖНИКА КАО ОКИДАЧ ЗА ПРИНУДНО НАМИРЕЊЕ

У овом раду аутор у ценџар инџересовања сџавља ђраво које обезбеђени ђоверилац сџиче када zaloђодавац задоцни у извршењу своје уђоворне обавезе,¹ с акценџом на ђравне сџстеме јуђоисџичне Евроје.² Овом ђриликом нџсмо исџтраживали овлашћења која у ђаквој сџиуацији сџоје на расџолајању хџиђиџкарном ђоверџоцу, већ смо у ценџар ђажње ђосџавили обезбеђење на ђокреџним сџварима. Поред обезбеђења које насџаје заснџвањем ођраничених сџварних ђрава: *pignus*, реџисџрована zaloђа³ и ђраво реџенџије, ђрава јуђоисџичне Евроје ђознају и средсџива код којих се својина корџсџи у сврху обезбеђења: *pactum reservati domini*, лџзинџ⁴ и фџдуџијарни ђренос.⁵ У ђосџуџку ђред судом zaloђу је мођуће сџићи на основу сџоразума сџранака, ђе ђоџџисани

- 1 Чџни се да је глобална криза изнова наметнула вечџту тему о праву ђоверџоца у односу на дужника који не извршава уђовор. „When the debtor shows signs of financial distress and finally when the loan becomes „non-performing.“ Вид.: F. Dahan and E. Kirk, Debt enforcement in insolvency: what we know and what we do not (yet) know, Debt enforcement in times of uncertainty, Part II, *Law in transition* 2010, стр. 58. (4.9. 2011.)
- 2 Израз „права јуђоисточне Европе“ у овом раду упуђује на правне сџстеме: Србије, Хрватске, БиХ, Црне Горе, Македоније и Албаније, (у даљем тексту и: регионална права).
- 3 За српско право М. Константиновић, Хџпотека на стоџи, „Анали Правноџ факулџџџа у Беођраду“ бр. 3–4 1982, 365–381; Н. Тешић, Реџисџрована zaloђа, Београд 2007. За хрватско право: Е. Чулиновић – Херц, Уђоворно осџурање ђражбџне залајањем ђокреџних сџвари без ђредаје сџвари у ђосјед вјеровника, Ријека 1998; За БиХ: М. Повлакић, Модерне ђенденџије у развоју средсџива обезбеђења ђоџражџвања са ђосебним осврџом на безђосједовну (реџисџирану zaloђу), докторска дисертација, Сарајево 2001.
- 4 За Србију: М. Ђурђевић, Правне карактерџстџке и битни елементи уђовора о финансијском лџзингу, „Правни живџџ“ бр. 11/2002, стр. 545–557; За БиХ: М. Повлакић, Леасџнг као средство осџурања ђтражџвања, „Водишњак Правноџ факулџџџа у Сарајеву“, XLV–2002, стр. 351–368.
- 5 За хрватско право: Ј. Барбић, Судско и јавнобџлежничко осџурање пријеносом власништва на ствари и преносом права, Зборник радова: Ново овршно и стечајно право Загреб, 1996, стр. 99–140; За Црну Гору: З. Рашовић, Упис фџдуџијарног уђовора и фџдуџијарне својџне, „Анали Правноџ факулџџџа у Беођраду“ бр. 1–6/2000, стр. 389–411. За Македонију: А. Јаневски, Обезбеђење ђтражџвања преносом својџне на ствари и преносом права по закону о обезбеђењу ђтражџвања, Зборник радова „Акџуелности ђрађанскоџ и ђрџовачкоџ законодавсџва и ђравне ђраксе“, бр. 6, Мостар 2008, стр. 70–80. У српском праву ово питање џије уређено законом али се питање пуноважности фџдуџијарног обезбеђења у више наврата постављало у судској пракси. Опширније Н. Тешић, Фџдуџијарни пренос својџне као средство обезбеђења ђтражџвања, „Правни живџџ“ бр. 10/2002, стр. 107–115.

зайисник има снају судској поравнања и основ је за упис у регистар.⁶ Поред тога у српском праву као средство обезбеђења постоји судско заложно право на пописаним стварима, које извршни поверилац стиче уписом заложној права у одговарајући Регистар.⁷

Кључне речи: Доцња залогодавца. – Оптерећено добро. – Успостављање државине. Извршна исправа. – Судско намирење. – Вансудско намирење.

PLEDGOR'S DEFAULT AS TRIGGERING EVENT PROMPTING FORECLOSURE

Summary

Without a doubt, there is 'more than one truth' when it comes to foreclosure. For the creditor, the whole procedure flows (too) slowly, because the debtor is protected as a 'polar bear'. On the other hand, the debtor believes that there is „no justice', because the creditor is allowed to 'rip his clothes off'.

Even a quick glance at the banking practice in Southeast Europe makes it clear that the credit transactions are regularly accompanied with the appropriate combination of real and personal security, without any exception. Depending on the amount of a loan and borrower's creditworthiness, the banks, as a rule, order proper 'security cocktail' that includes: the registered pledge and hypothek, bill of exchange and owner's personal guarantee for the debts of his company.

Despite the frequent sense that creditors are 'over secured', it seems that their disappointment is steadily increasing. Consequently, lawmakers in the Southeast

6 Чл. 276, ст. 1 и ст. 2 Закон о обезбеђењу и извршењу, („Службени гласник РС“, бр. 31/2011 и 99/2011 – др. закон).

7 Може се уочити да у овом сегменту Закон о извршењу и обезбеђењу доноси важне измене у односу на решења Закона о извршном поступку, („Сл. гласник РС“, бр. 125/2004“). Судска залога је по „старом закону“ настајала пре уписа у регистар: потписивањем записника пред судом, (код тзв. поравнања у циљу обезбеђења, енгл. „security settlement“), (чл. 270 ЗИП), односно, кад судски извршитељ потпише записник о попису ствари, (код судске залог, енгл. judicial lien), (чл. 75, ст. 1 ЗИП), чини се да је решење по којем и у овим случајевима упис залог има конститутивно дејство прихваћено у новом Закону о извршењу и обезбеђењу у том смислу далеко конзистентније у погледу начела публицитета залог. „На основу записника о попису, на пописаним стварима извршни поверилац стиче право уписа заложног права“, (чл. 87, ст. 1 Закон о извршењу и обезбеђењу), док заложно право извршни поверилац стиче уписом у одговарајући јавни регистар, (чл. 9, ст. 3 Закон о извршењу и обезбеђењу). Слично је и у погледу залог која настаје на основу споразума пред судом, где се заложно право стиче тренутком уписа споразума странака у одговарајући регистар, (чл. 267, ст. 3 Закон о извршењу и обезбеђењу). Осим тога, на овај начин се доследно спроводи и начело приоритета, јер се редослед тако уписане судске и споразумне залог рачуна од дана уписа у регистар залог. „Кад је попис извршен у корист више извршних поверилаца, ред првенства у стицању заложног права одређује се према дану кад је извршен упис у одговарајући регистар...“ О заснивању залог споразумом пред судом и судском одлуком по Закону о извршном поступку опширније Н. Тешић, Security Rights in Movables and Claims (Republic of Serbia), Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat, 2010, Volume II, GIZ, стр. 90.

Europe are once again required to review and revise the regulations governing this area of law and harmonize the substantive rules on the creation of security right and its publicity with the procedural rules governing the realization of the secured creditor's right in execution procedure and bankruptcy.

In their quest for an adequate legal structure the laws from this region must avoid the evident risk of transformation from the legal regimes that favors debtor, ('debtor-friendly') into the systems tailored to meet exclusively the needs of the creditor, ('creditor-friendly'). Only the security rights' framework that strikes an appropriate balance of interests of creditors and debtors, ('credit market-friendly') allows the credit market to function effectively and continually without large earthquakes and breakdowns.

Key words: Pledgor's default. – Encumbered asset. – Repossession. – Writ of execution. – Court foreclosure. – Extrajudicial foreclosure

1. УВОД

Ако на тренутак оставимо по страни психолошки ефекат који обезбеђење потраживања има по дужника, онда се може рећи да обезбеђење постаје актуелно управо у ситуацији када дужник престане са плаћањем. Тада се на страни повериоца активира овлашћење које је до тада било притајено – право на принудно намирење (*ius distrahendi*).⁸ У правној књижевности се истиче да је могућност повериоцевог приоритетног намирења из оптерећеног добра суштинска одлика обезбеђења. Међутим, за банке као најчешће повериоце то је „последњи корак,“ који треба избегавати.⁹ Чини се да разлог томе лежи, с једне стране, у околности да су банке у послу „продаје новца“, а не нпр. опreme или робе на којој је установљено обезбеђење. С друге стране, разлог за избегавање принудног уновчења оптерећеног добра често лежи у дуготрај-

8 „Правна природа залогопримачевог права је таква да он може да бира на који начин ће наплатити своје потраживање, да ли захтевом за исплату главног потраживања, или реализацијом ручне залог, односно продајом покретних ствари и наплатом потраживања из вредности истих.“ Тако у српском праву: Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 13471/2005 од 16. 2. 2006. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен бр. 2/2006. Ово право повериоца није дакле његова дужност да се искључиво намири само из предмета залог. Вид.: З. Рашовић, Вансудско намирење имаоца регистроване залог, „*Liber Amicorum Thomas Meyer*“, 2009, стр. 260.

9 Тренутак у коме се овај аспект обезбеђења испоји по правилу означава и „крај заложног права“. М. Орлић у О. Станковић, М. Орлић, *Савремено право*, Београд 1999, стр. 232. Како је за престанак права уписног у регистар неопходна и екстабулација. Закон предвиђа да је за подношење захтева за брисање заложног права активно легитимисан и купац покретне ствари која је продата у извршном поступку. Основ брисања је закључак којим се утврђује да је купопродајна цена исплаћена. Чл. 99 Закон о извршењу и обезбеђењу. Међутим, сходно начелу аутономије воље брисање залог није нужност. Другим речима, купац предмета залог и заложни извршни поверилац могу се споразумети да заложно право остане и после предаје оптерећеног добра, а да купац преузме дуг извршног дужника према заложном извршном повериоцу, у износу који би му припао у извршном поступку. У том случају куповна цена се смањује за износ преузетог дуга. Упоредити: чл. 110 Закон о извршењу и обезбеђењу.

ној и замршеној процедури. Може се рећи да су услови за успешну наплату потраживања из оптерећеног добра, слични у регионалним правима и уопште у упоредном праву.¹⁰ Неки од ових услова се тичу уговора о обезбеђењу, (енгл. „security agreement“), а неки оптерећеног добра, (енгл. „encumbered assets“). Разлика се прави и по томе да ли поверилац своје право остварује у суду, или вансудски и да ли се наплаћује из цене остварене продајом оптерећеног добра (енгл. „foreclosure by sale“), или оптерећено добро може задржати за себе, (енгл. „strict foreclosure“).

2. ДОЦЊА ДУЖНИКА („DEBTOR'S DEFAULT“)

По правилу, поверилац стиче право на уновчење оптерећеног добра када дужник задоцни.¹¹ Међутим, у неким правима околност да дужник касни с плаћањем није довољна. Тако је у српском праву обезбеђени поверилац чије је потраживање доспело дужан да препоручним писмом обавести дужника и залогодавца, (када то није исто лице) о намери да потраживање намири из вредности предмета заложног права,¹² као и да затражи да се у Регистар залогa упише да је започео поступак намирења.¹³

У неким случајевима, поверилац може захтевати принудно намирење и пре доспелости. У српском праву, код пигнуса поверилац недоследног потраживања које је угрожено може захтевати превремену продају, с тим да се цена остварена продајом депонује у суду.¹⁴ Такво би се правило могло ана-

10 Чини се да је код услова за принудно намирење ипак могуће пронаћи заједничку нит и поред „импресивне разноврсности“ обезбеђења у регионалним правима. Тако: С. Jessel-Holst, Реформа права о обезбеђењу потраживања покретним стварима у југоисточној Европи, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, стр. 96.

11 Дужник долази у доцњу кад не испуни обавезу у року одређеном за испуњење. Ако рок за испуњење није одређен, дужник долази у доцњу кад га поверилац позове да испуни обавезу, усмено или писмено, вансудском опоменом или започињањем неког поступка, чија је сврха да се постигне испуњење обавезе. чл. 324 ЗОО.

12 У пракси српске Агенције за привредне регистре, („Business Registres Agency“), се допушта и достављање обавештења, (о доспелости и почетку поступка намирења), преко курира ангажованог од банке, али се као уручење дужнику прихвата и доказ о два неуспела достављања. С друге стране: „За упис забележбе да је започео поступак намирења није довољно то што је заложни поверилац телефоаксом доставио залогодавцу обавештење о започињању поступка намирења“. Вид.: „Примена закона у пракси“ <http://www.apr.gov.rs>.

13 Вид.: Решење Вишег трговинског суда, Иж. 2154/2008 од 25. VIII 2008. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен бр. 2/2009.

14 Чл. 982, ст. 1. Закон о облигационим односима, („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља) (даље ЗОО), с тим да јавнобележнички депозит има исто правно дејство, режим и карактер као и судски депозит, односно да се на јавнобележнички депозит сходно се примењују закон и други прописи који уређују судски депозит. Вид.: чл. 174 и чл. 175, Закон о јавном бележничтву, („Сл. гласник РС“, бр. 31/2011).

логно применити и у погледу регистроване залогe. Ако оптерећено добро губи вредност, те прети опасност да постане недовољно за намирење, суд би, ако дужник не пружи додатно обезбеђење, на захтев повериоца, могао донети одлуку о превременој продаји и депоновању продајне цене или довољног дела цене у суду. Уговорници могу предвидети и неки другу околност као узрок доспећа обавезе, нпр. повреда уговорене забране отуђења или поновног залагања.¹⁵

Поређење:

Хрватска: Закон предвиђа забрану отуђења и оптерећења од тренутка пријема захтева за упис у Службу уписа.¹⁶ Ипак, клаузула о превременом допећу, (енгл. „acceleration clause“), чини се може наћи своју примену када је уговорено „лебдеће обезбеђење“, а дужник не извршава уредно обавезу „допуне“. Ако није другачије уговорено, дужник је према природи своје делатности „дужан уредно надомјештати отуђене или однесене покретнине“ у простору који је обухваћен обезбеђењем.¹⁷

3. ПОДОБНОСТ ОПТЕРЕЋЕНОГ ДОБРА ЗА НАМИРЕЊЕ („SUITABILITY FOR ENFORCEMENT“)

Регионална права као један од услова за реализацију *ius distrahendi* истичу подобност за намирење. Овај квалитет оптерећеног добра је по својој природи сложен и има неколико сегмента:

3.1. Постојање („existence“)

Да би дошло до извршења неопходно је најпре да оптерећено добро у тренутку намирења постоји, односно да је настало, ако је заложена будућа ствар, (енгл. „after acquired property“), или опстао до намирења ако је заложена постојећа ствар. Ако је оптерећено добро постојало у тренутку закључења уговора, па је из разлога за које дужник не одговора пропало, обезбеђење престаје, односно успоставља се на потраживању накнаде штете или осигурањој суми ако је оптерећено добро било осигурано.¹⁸

15 Заложни дужник може отуђити и оптеретити предмет залогe, ако није супротно уговорено. Вид.: Чл. 23 – 26 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, „Службени гласник РС“ бр. 57/03, 61/05 (даље: ЗОЗП). Чини се да у овом контексту стране могу предвидети да се обезбеђење потраживање сматра доспелим и ако дужник смањује вредност или на други начин погоршава стање оптерећеног добра.

16 Чл. 19 Закон о уписнику судских и јавнобилежничких осигурања тражбина вјеровника на покретним стварима и правима „НН“, бр. 121/05 (даље: ЗУ).

17 Чл. 38, ст. 5. ЗУ.

18 Залогa престаје само ако је њен предмет у потпуности исчезао, тако да на његово место није ступила друга ствар или право. Ако је предмет заложног права био осигуран, заложно право се успоставља, по самом закону, на потраживању износа (накнаде) осигурања. Чл. 52, ст. 2. чл. 938. ЗОО. Опширније о обавези осигурања оптерећеног добра вид.: Н. Тешић, (2007), стр. 165.

3.2. Одређеност („individuality“)

Оптерећено добро у тренутку намирења мора бити издвојено од остатка имовине дужника.¹⁹ Код *pignus*-а индивидуалност оптерећеног добра постоји од почетка. Међутим код оних обезбеђења где је предмет променеиве садржине (енгл. „revolving movable assets“)²⁰ нпр. ако је предмет залог збирна ствар,²¹ или је креирано лебдеће обезбеђење,²² дужник задржава право располагања (*ius disponendi*) у погледу објекта које чине оптерећено добро, а купац стиче својину без ограничења.²³ Стога је природно да се најкасније у предлогу за извршење изврши фиксирање, тј. коначна индивидуализација оптерећеног добра.²⁴ Чини се да поверилац захтевом за приоритено намирење може обухватити и приходе („proceeds“) оптерећеног добра.²⁵

Поређење:

Србија: такво уговарање „извршном дужнику омогућава нормално пословање, ради стицања добити и измирења обавеза према изврш-

- 19 Суд одређује извршење односно обезбеђење оним средством и на оним предметима који су наведени у извршном предлогу, односно предлогу за обезбеђење. Чл. 20, ст. 1 Закон о извршењу и обезбеђењу.
- 20 Такав начин обезбеђења можемо звати „отворено обезбеђење“, („open security“), тако да његову антитезу представља затворено обезбеђење, („locked security“), код кога дужник не може без ограничења располагати оптерећеним добром.
- 21 Ову могућност изричито дозвољава српско право: „Заложити се могу и покретне ствари одређене по врсти, ако је уговором о залози одређена количина или број и начин на који се могу разликовати од других ствари исте врсте“. Предмет заложног права може бити и збир покретних ствари, као што је роба у одређеном складишту или продавници, опрема која служи за обављање привредне делатности и друго, у складу са уговором. Чл. 9, ст. 2, 3 ЗОЗП.
- 22 Хрватско право познаје такво обезбеђење које по називу личи на енглески „floating charge“, а по садржини више одговора институту из старије праксе у САД – „field warehousing“. Неопходно је да се заложене ствари налазе у или на одређеном простору (складишту, силосу и сл.) у власништву дужника или које дужник користи по другом правном основу. Вид.: Т. Јосиповић, Нова стварноправна осигурања тражбина у Републици Хрватској у Т. Јосиповић, (ред.) *Стварноправна уређења транзицијских земаља – Сјтање и перспективе*, Загреб 2009, стр. 458– 459.
- 23 Тако у српском праву у случају отуђење предмета заложног права важи правило да прибавилац стиче право својине оптерећено уписаним заложним правом. Међутим, ако залогодавац предмет заложног права продаје у оквиру своје редовне делатности, купац стиче право својине без терета. Чл. 23, ст. 5 и ст. 6. ЗОЗП
- 24 Предлог за извршење мора бити у складу са извршном исправом. Вид.: Б. Познић, В. Ракић, стр. 494. У српском праву суд одређује извршење оним средством и на оним предметима који су наведени у извршном предлогу. чл. 20, ст. 1. Закон о обезбеђењу и извршењу. С тим да суд може, на предлог извршног повериоца или по службеној дужности, у току поступка, закључком одредити друго средство и на другим предметима извршења, односно обезбеђења, уместо оних који су претходно одређени чл. 20, ст. 1. Закон о обезбеђењу и извршењу.
- 25 С тим да појам приходи овде подразумева плодове, (према правилу о екстензивности), али и износ накнаде штете или осигуране суме која је у имовину дужника ступила на место оптерећеног добра, (према правилу о реалној суброгацији).

ном повериоцу уз истовремено довољно и ненарушено обезбеђење самог повериоца.²⁶

Хрватска: Ако је заснована „лебдећа“ залога, дужник је овлашћен отуђивати уз обавезу да надомешта делове укупности,²⁷ али су предмет извршења оне ствари које се приликом пленидбеног пописа затекну у простору на који се уговор о обезбеђењу односи.²⁸

БиХ: објекат залога може бити и цјелокупна имовина дужника,²⁹ међутим, суд одређује оврху, оним средством и на оним предметима који су наведени у овршном приједлогу.³⁰

ЦГ: предмет залоге може бити прилично широко описан у самом уговору,³¹ али у предлогу за извршење поред осталих података мора бити одређен и предмет извршења.³²

Албанија: допуштен је залог скупа добара, где се залаже сва или део имовине у компанији, које делује као једна целина, повезана заједничком функцијом.³³

3.3. Власништво креатора обезбеђења („property of security provider“)

Лице које заснива обезбеђење је, по правилу, власник оптерећеног добра, међутим у неким случајевима залога се може стећи и од невластника.³⁴ Ово нарочито у ситуацији, када је креатор обезбеђења државином на оптерећеном добру створио код повериоца уверење о свом капацитету за креирање обезбеђења. У правном систему где савесно стицање залоге није могуће намирење

26 Вид.: Решење Вишег трговинског суда, Иж. 39/2009 од 23.1.2009. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен бр. 2/2009.

27 Чл. 38, ст. 4. ЗУ.

28 Чл. 38, ст. 6. ЗУ. Опширније вид.: Т. Јосиповић, стр. 459.

29 „Опис опће имовине може бити у следећем облику: „сва покретна имовина у власништву дужника у вријеме потписивања уговора о залогу и сва покретна имовина стечена након потписивања уговора о залогу, за вријеме његовог трајања“, чл. 12, ст. 3 Правилника о залози, („Службени гласник БиХ“, број 53/04 Вид и: чл. 3 Оквирни закон о залозима, („Службени гласник БиХ“, број 28/04, 54/04) (даље: ОЗЗ), Тако и М. Повлакић, Регистрирана залога у БиХ, *Зборник радова „Активност и истраживања у области правне праксе“*, бр. 6, Мостар 2008, стр. 374.

30 Чл. 5, ст. 1 Закон о извршном поступку пред Судом Босне и Херцеговине, („Службени гласник БиХ бр. 18/03) (даље: ЗИП БиХ).

31 Вид.: чл. 3. Закон о залози као средству обезбеђења потраживања, („Сл. лист РЦГ“, бр. 38/02) (даље: ЗОЗСОП).

32 При чему је „занимљив изузетак“ одредба да „покретне ствари на којима је предложено извршење не морају бити ближе наведене у предлогу.“ Члан 37, ст. 4. Закон о извршном поступку, „Службени лист РЦГ“, бр. 23/2004.

33 Чл. 547, ст. 2 Грађанског законика Албаније.

34 У Хрватској се питнус стиче од невластника, ако су испуњене претпоставке за стицање својине од невластника, чл. 317 у вези са чл. 118 Закона о власништву и другим стварним правима, „НН“ 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09 (даље: ЗВ).

се доводи у питање ако прави власник у међувремену реивиндицира оптерећено добро или истиче приговор. За успешно намирење је нарочито спорна ситуација када дужник отуђи оптерећено добро, без одговарајућег обавештења повериоца, или промене у Регистру, поверилац тада тешко долази до сазнања ко је нови власник оптерећеног добра, односно пасивно легитимисан као реални дужник.³⁵

Поређење:

Србија: Лице које тврди да у погледу предмета извршења има право које спречава извршење, може све до окончања извршног поступка да изјави приговор судији, којим тражи да се извршење на том предмету прогласи недопуштеним. Ако извршитељ спроводи извршење, судија приговор доставља и њему.³⁶

Хрватска: свако треће лице које сматра да на објекту залогa има право које спречава извршење може истаћи приговор и тражити да се извршење прогласи недопуштеним.³⁷ Проблем се јавља и у ситуацији ако је залогодавац по залагању располагао предметом залогa, поверилац ће након што сазна ко је нови власник морати против њега проводити оврху. Он „извршну исправу има против бившег заложног дужника, (бившег власника заложене ствари)“, па је јасно да су ризици којима је изложен поверилац у случају располагања заложеном ствари „врло велики“.³⁸

ЦГ: Лице које тврди да у погледу предмета извршења има право које спречава извршење може, све до окончања извршног поступка, ... против повериоца покренути парнични поступак, којим може на страни туженог бити обухваћен и дужник који оспорава његово право, ради проглашења да је извршење на том предмету недопуштено. Покретање поступка не спречава спровођење извршења.³⁹

3.4. Преносивост и тржишна вредност („transferability and „market value“)

Оптерећено добро може постојати у тренутку пленидбе, с тим да је из неког разлога доспело ван промета или је изгубило тржишну вредност. Намирење повериоца је могуће само ако је оптерећено добро *in commercio*.⁴⁰ Чини

35 У српском праву „залогодавац и нови власник предмета заложног права солидарно одговарају заложном повериоцу за штету која може настати због њиховог пропуста да у Регистар залогa упишу заложно право на терет новог власника.“ Чл. 23, ст. 4. ЗОЗП.

36 Чл. 50, ст. 1 Закон о извршењу и обезбеђењу.

37 Чл. 55. ОЗ. Ако се у извршном поступку утврди да је власник предмета залогa неко треће лице, а не онај с којим је закључен уговор о обезбеђењу, повериоци који су у своју корист уписали заложна или фидуцијарна права у Уписник нису заштићени. Овде се дакле не примењују аналогно правила о стицању заложног права од невластника која важе за *ипсус*. Т. Јосиповић, стр. 462.

38 Вид.: Т. Јосиповић, стр. 461.

39 Чл. 59 Закон о извршном поступку ЦГ.

40 Србија: „Предмети извршења не могу бити ствари изван промета, као ни друге ствари које закон искључује.“ Чл. 19, ст. 5. Неке ствари су у циљу заштите достојанства дужника изузете

се да су регионална права уједначена у ограничењу да предмети извршења не могу бити ствари изван промета,⁴¹ оружје и опрема намењена одбрани и безбедности државе.⁴² Могуће је замислити ситуацију да је ствар на којој је, (у складу с законом), засновано обезбеђење постала ствар која не може бити предмет извршења, нпр. предмет регистроване залог је рачунарска опрема у компанији која је финасијски уздрмана, а власник компаније одлучи да ове рачунаре као део опреме за видео надзор испоручи државним органима. Обезбеђени поверилац неће моћи да се наплати из оптерећеног добра, јер је оно постало *res extra commercium*. Регионална права такође деле правило, да се на имовини стране државе, не може одредити извршење односно обезбеђење без претходне писмене сагласности надлежног органа, осим ако је страна држава изричито пристала на извршење односно обезбеђење.⁴³ Разлог тзв. недовољности залог, (*insufficientiae pignoris*), може бити природна кварљивост оптерећеног добра, али и његова употреба која није у складу с уговором. Међутим, то могу бити и објективне, често непредвидиве околности, нпр. оптерећено добро је роба за коју се накнадно утврди да је штетна по здравље људи. Ако надлежни орган наложи повлачење такве робе из промета или њено уништење, јасно је да се она не може уновчити ни у извршном поступку. У регионалним правима дужник се штити и правилом да се оптерећено добро не може продати испод одређене минималне вредности.

Поређење:

Србија: У погледу продајне цене у поступку продаје у српском праву важи правило да судски извршитељ, односно извршитељ врши процену на основу тржишне цене такве ствари у месту пописа. Суд, односно извршитељ може одлучити и да се процена изврши на основу писмене или усмене информације о цени добијеној од одговарајућих организација, институција или правних, односно физичких лица. Извршни поверилац и извршни дужник могу споразумно утврдити вредност ствари.⁴⁴ На првом надметању почетна цена износи 60% од процењене вредности. Ако на првом надметању није дошло до про-

од извршења, иако су ствари у промету, нпр. одећа, обућа и сл., вид. Чл. 82, ст. 1, тачка 1 и тачка 2 Закон о извршењу и обезбеђењу; Хрватска: „Правила о заштити овршеника, о изузећу од оврхе и о ограничењу оврхе на одређеним предметима оврхе не примјењују се код судског и јавнобилежничког добровољног осигурања“ Чл. 267, ст. 5. Овршни Закон 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05, 67/08 (даље ОЗ).

41 Правни поредак може ствари које би по својим фактичким особинама могле да буду у промету, прогласити за *res extra commercium*, што је чест случај код средстава за рад државних органа. Нпр. ствари које служе за обављање делатности суда, тужилаштва, управних органа и сл. Вид.: Одредницу „Средства државних органа“ у Лексикону грађанског права, Номос, Београд 1996, стр. 678.

42 Србија: Чл. 19, ст. 6 Закона о извршењу и обезбеђењу. Хрватска: Чл. 4, ст. 4, 5, 6 ОЗ. БиХ: Чл. 4, ст. 4. ЗИП БИХ.

43 У Србији и код међународних организација Вид.: чл. 22 Закон о извршењу и обезбеђењу. У Хрватској је овај орган Министарство правосуђа РХ вид.: Чл. 18 ОЗ. Црна Гора: чл. 13 ЗИП ЦГ.

44 Чл. 92 Закон о извршењу и обезбеђењу.

даје суд, односно извршитељ ће констатовати да прва продаја није успела и на лицу места ће заказати нову продају, која се мора одржати у року од најмање 15 дана, а највише 30 дана. Почетна цена на другом надметању не може бити нижа од 30% од процењене вредности.⁴⁵

Хрватска: код судске продаје се пази на то да се постигне најповољније уновчење ствари,⁴⁶ али је минимална цена одређена као 1/3 процењене вредности.⁴⁷

4. УСПОСТАВЉАЊЕ ДРЖАВИНЕ („REPOSSESSION“)

Чини се да савремено тржиште, на одређени начин, фаворизује уговарање бездржавинског обезбеђења, на које се надовезује вансудско намирење. Стога је први корак у реализацији права на намирење успостављање повериочеве активне власти, (контроле) над оптерећеним добром.⁴⁸

Државина повериоца може бити остварена и посредно: преко администратора,⁴⁹ или другог лица које поверилац ангажује да се стара о оптерећеном добру или да га уновчи.

Генерална предност бездржавинског обезбеђења, која се огледа у могућности дужника да истовремено користи употребну и обезбеђујућу вредност оптерећеног добра се у случају доцње дужника претвара у своју супротност. Успостављање повериочевог актуалног поседа на оптерећеном добру је неоуралгична тачка сваког бездржавинског обезбеђења.⁵⁰ Регионална права генерално не допуштају самопомоћ у одузимању оптерећеног добра дужнику, (енгл. „self help repossession“), већ се овај тежак задатак остварује у преко суда.

Поређење:

Србија: по достављању обавештења дужнику и залогодавцу, кад то није исто лице, и трећем лицу код кога се ствар налази, заложни поверилац има

45 Чл. 97, ст. 1 – 4 Закон о извршењу и обезбеђењу.

46 Чл. 141. ст. 1. ОЗ.

47 Чл. 142. ст. 2. и 3. ОЗ.

48 Поступак вансудске продаје подразумева остварење одређених формалних услова као што је државина залогопримца. З. Рашовић, (2009), стр. 268.

49 „Ако је предмет заложног права због своје природе неподобан за пренос у државину, или ако је то у интересу заложног повериоца, суд на предлог заложног повериоца, одређује администратора, који се стара о предмету до тренутка намирења.“ Вид.: чл. 41, ст. 6. ЗОЗП

50 Дужник у поседу на релативно једноставан начин, (нпр. оштећењем кључног дела заложене машине), може обесмислити даље покушаје намирења. У Србији је такво поступање дужника кривично дело, (за које се гоњење предузима по приватној тужби), али је јасно да евентуална казна изречена дужнику нема утицаја на имовински губитак повериоца. Чл. 220 Кривични законик, („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009 и 111/2009).

право да предмет заложног права узме у државину.⁵¹ Ако дужник одбије да му препусти предмет залогa, поверилац може поднети одговарајући захтев за одузимање предмета залогa (енгл. „motion for repossession“).⁵² Ако је уз овај захтев поверилац приложио уговор о залози и оверен извод из регистра, суд ће донети решење којим предмет залогa одузима од залогодавца и предаје заложном повериоцу.⁵³

Хрватска: Ако је креирано добровољно судско и јавнобилежничко заложно право, вјеровник није у поседу и нема право на офанзивну самопомоћ. Међутим, споразум има снагу судске нагодбе,⁵⁴ па сходно томе и својство извршне исправе.

БиХ: „у случају повреде обавезе из уговора о залогy од стране заложног дужника, заложни вјеровник може одузети осигурање особно и без помоћи судског овршитеља, али само након што је заложни дужник дао писмени пристанак на то. За ваљаност овога пристанка није потребна јавнобилежничка обрада, односно овјера, нити овјера код суда или опћинске службе.“⁵⁵

ЦГ: У случају неиспуњења обавезе залогопримац има право да ступи у државину заложене ствари.⁵⁶ Ако залогопримац одлучи да покрене поступак пред судом, има право да се обрати надлежном суду предлогом за доношење рјешења о извршењу на основу којег ће заложена ствар бити одузета и преда-та залогопримцу.⁵⁷

Македонија: Да би могао да релизује своје право тако што ће ствар сам продати и то преко нотара или извршиоца, или преко других лица која су за то овлашћена има право да тражи да му се предају ствари у посед.⁵⁸

51 Чл. 40 ЗОЗП. Заложни поверилац може принудно захтевати предмет залогa, тек пошто прибави оверени извод на коме је назначено да је у Регистар извршен упис забележбе о почетку поступка намирења.

52 „Ако залогодавац добровољно не изврши своју обавезу предаје предмета заложног права заложном повериоцу, заложни поверилац може суду поднети захтев за доношење решења о одузимању предмета заложног права од залогодавца или лица у чијој се државини предмет заложног права налази и предаји тог предмета заложном повериоцу у државину,“ (чл. 41, ст. 1 ЗОЗП). Супротно овом решењу, које искључује самопомоћ код успостављања државине на предмету залогa, Нацрт законика о праву својине и другим стварним правима, (чл. 521, ст. 2.), предвиђа за српско право могућност успостављања непосредне државине на предмету залогa уз поштовање правила о дозвољеној самопомоћи.

53 Против решења о одузимању предмета заложног права од залогодавца или лица у чијој се државини предмет заложног права налази, залогодавац може, у року од три дана од дана пријема решења, уложити приговор, (који не одлаже извршење), да повериочево потраживање или заложно право не постоји, или да је дуг исплаћен, о чему мора поднети писмене доказе. Вид.: чл. 41, ст. 7 ЗОЗП.

54 Чл. 263, ст. 2. ОЗ.

55 Чл. 26, ст. 3 ОЗЗ. С тим да је ова клаузула ништава, ако је уговорена пре доцње дужника чл. 5 Оквирни закон о залозима.

56 Чл. 20, ст. 2 ЗОЗСОП.

57 Чл. 20, ст. 3 ЗОЗСОП.

58 А. Јаневски, стр. 79.

5. ИЗВРШНИ НАСЛОВ („EXECUTIVE TITLE“)

Потрага за равнотежом између потребе дужника да оптерећено добро искоришћава и након креирања обезбеђења и захтева повериоца, да се у случају доцње дужника, у што краћем року из истог оптерећеног добра принудно намири, условили су један нови приступ извршним исправама.⁵⁹ У неким регионалним правима се одговарајући извод из регистра, *ex lege* проглашава извршном исправом, а у другим судски записник, јавнобележнички акт или солимитизирана приватна исправа о споразуму странака о креирању залоге доспећем потраживања постају извршне исправе.⁶⁰ На овај начин се „прескаче омражена фаза намирења,“ у којој заложни поверилац кроз парнични поступак мора прибавити извршну исправу у циљу принудне продаје оптерећеног добра.⁶¹

Поређење:

Србија: Сходно ЗОЗП, оверени извод, (енгл. „authenticated excerpt“), из Регистра залоге изједначава се са извршном исправом.⁶² Међутим, пред судовима у Србији се поставило питање: да ли је оверени извод из Регистра извршни наслов само у посебном поступку успостављања државине на предмету залоге, или извршна исправа (уопште), тако да се на основу овог извода може тражити намирење у извршном поступку. „На основу решења о ујису заложној права у Регистар залоге, као и Извода о прелазној забележби зајоченој пословица намирења из предмета залоге, извршни поверилац може предложом заснованим на извршној исправу захтевајући од суда да доноси решење о одузимању предмета заложној права Није није прописано да се на основу наведеног решења може захтевајући принудна судска продаја заложених ствари, као и намирење повериоца из вредности добијене продајом тих ствари.“⁶³ Може се рећи да је према ЗОЗП оверени извод из Регистра доказ да лице у чију корист је установљено обезбеђење, по самом закону, има мирну држа-

59 Потреба за ефикаснијом наплатом потраживања у ЕУ је условила и исцрпно дефинисање појма извршне исправе. „Enforceable title“ means any decision, judgment or order for payment issued by a court or other competent authority, whether for immediate payment or payment by installments, which permits the creditor to have his claim against the debtor collected by means of forced execution; it shall include a decision, judgment or order for payment that is provisionally enforceable and remains so even if the debtor appeals against it.“ Вид: чл. 2, ст. 1, т. 5. Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on Combating Late Payment in Commercial Transactions.

60 Т. Јосиповић, стр. 443.

61 Време неопходно за окончање парнице или арбитражног поступка повећава ризик ишчежавања дужникових добара, (енгл. „increases the risk that debtors will „tunnel“ all assets before the creditors can seize them“). Z. Mylovanova, F. Rackwitz, O. Volynets, Debt enforcement and insolvency in Ukraine, *Debt enforcement in times of uncertainty, Part II, Law in transition 2010*, стр. 84, <http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit10e.pdf>, (4. 9. 2011.)

62 Чл. 41, ст. 3 ЗОЗП. Вид: Решење Вишег трговинског суда, Иж. 2651/2006 од 11.XII 2006. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен бр. 1/2007. Тако и А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2009, стр. 808.

63 Тако у српском праву Решење Вишег трговинског суда, Иж. 689/2009 од 18. III 2009. године – Судска пракса трговинских судова – Билтен бр. 2/2009.

вину на оптерећеном добру.⁶⁴ Суд у посебном извршном поступку, на основу овог извода, доноси решење којим налаже предају оптерећеног добра повериоцу, усклађујући тако стварно стање са оним *ipso iure*. Другим речима, оверени извод из Регистра омогућава повериоцу да уз помоћ судског извршитеља успостави актуелни посед на оптерећеном добру, како би га потом уновчио изван суда. Оверени извод из Регистра, међутим, није извршна исправа на основу које поверилац може тражити попис и процену, односно судску продају ствари и намирење,⁶⁵ чак и ако се предлог за извршење односи на оптерећено добро наведено у изводу из Регистра.⁶⁶ Закон о извршењу и обезбеђењу отклања ову дилему, уређујући ово питање на недвосмислен начин. Овај Закон као извршну исправу изричито наводи и извод из регистра заложних права на покретним стварима и правима, као и извод из регистра финансијског лизинга, који садржи податке о уговору о финансијском лизингу и предмету финансијског лизинга.⁶⁷ Сам извод мора испуњавати опште услове да би као извршна исправа била подобна за извршење. Прецизније, неопходно је да су назначени извршни поверилац и извршни дужник, предмет, врста и обим испуњења обавезе, осим ако овим законом није другачије одређено, (чл. 17, ст. 1 Закон о извршењу и обезбеђењу). Природно извршну исправу може представљати само, тзв. позитиван извод – документ који садржи податке о одређеном заложном праву које је уписано у Регистар, а не и, тзв. негативни извод којим се потврђује да Регистар не садржи податке о залози на одређеној ствари или праву. Међутим, овде се може приметити да закони који уређују креирање обезбеђења на жигу,⁶⁸ индустријском дизајну⁶⁹ и хартијама од вредности,⁷⁰

64 „Ако дужник не испуни своју обавезу о доспелости, заложни поверилац стиче право на државину по самом закону,” (чл. 35, ст. 1 ЗОЗП).

65 О извршним радњама на покретним стварима чл. 83 Закона о извршењу и обезбеђењу.

66 Системско смештање правила о томе да је извод из Регистра извршна исправа у део ЗОЗП који носи наслов „посебан поступак за стицање државине на предмету заложног права“ упућује на намеру законодавца да извршност овог извода ограничи само на принудно успостављање актуелне државине на оптерећеном добру.

67 Чл. 13, ст. 1, тачка 3. Закон о извршењу и обезбеђењу. Поред тога извршна исправа је 1) правноснажна одлука суда и судско поравнање, као и други акти странака који су законом изједначени са судским поравнањем; 2) правноснажна, односно коначна одлука донета у управном и прекршајном поступку и поравнање у управном поступку, ако гласе на испуњење новчане обавезе и ако посебним законом није другачије одређено; 4) уговор о хипотеци, односно заложна изјава, сачињена сагласно прописима којима се уређује хипотека; 5) усвојен план реорганизације у стечајном поступку, чије је усвајање потврђено одлуком суда; 6) извршна одлука која је потврђена као Европска извршна исправа; 7) друга исправа која је законом одређена као извршна исправа, чл. 13 Закона о извршењу и обезбеђењу.

68 Закон о жиговима „Сл. гласник РС“, бр. 104/09 ступио су на снагу 24.12.2009. године.

69 Закон о правној заштити индустријског дизајна, „Сл. гласник РС“, бр. 104/09 ступио су на снагу 24.12.2009. године.

70 Код оних хартија од вредности које се уписују у одговарајући регистар, права трећих лица на хартијама од вредности стичу се и преносе уписом тих права и њихових корисника на рачун хартија од вредности законитих ималаца у Централном регистру. Чл. 19 Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, („Сл. гласник РС“, бр. 47/2006).

дакле, уписом у друге одговарајуће регистре не садрже правило да је извод из ових регистара извршна исправа, као и да се ни Закон о извршењу и обезбеђењу о томе не изјашњава.

Хрватска: код судског добровољног zaloжног права потписани записник о споразуму странака о обезбеђењу има снагу судског нагодбе.⁷¹ Док код јавнобележничког осигурања исту снагу има овршни јавнобележнички акт.⁷²

БиХ: потврда о регистрацији представља извршни наслов.⁷³ Обзиром да регистрацију врши сам поверилац, код покретања извршног поступка је неопходно да он осим потврде о регистрацији извршном суду достави и уговор о залози, доказујући тако да право постоји и да су испуњене претпоставке за извршење.

ЦГ: „уговор о залози на основу кога је залога перфектуирана, има снагу извршне исправе у односу на zaloжену ствар и приходе zaloжене ствари, у складу с уговором о залози и законом.“⁷⁴

Македонија: за ваљаност уговора и његову регистрацију није нужна форма јавне исправе, али јесте за прибављање извршног наслова. Уколико странке желе извршни наслов, онда је нужно да дужник у форми нотарске исправе пристане на принудно извршење, приликом закључења уговора или касније по упису у Регистар.⁷⁵ Код обезбеђења преносом својине записник у коме је садржан споразум о обезбеђењу након доспелости потраживања има својство извршне исправе.⁷⁶

6. НАЧИН НАМИРЕЊА

6.1. Судско намирење („court foreclosure“)

У регионалним правима, обезбеђени поверилац се, традиционално, намирује продајом предмета залог у судском поступку.⁷⁷ Систем какав је до скоро постојао у српском праву по коме је само судски извршилац непосредно предузимао поједине радње извршења,⁷⁸ уз асистенцију полиције,⁷⁹ није ишао

71 Чл. 263, ст. 2 ОЗ.

72 Чл. 54 и чл. 59, ст. 1 Закон о јавном биљежничству, НН 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09.

73 Вид.: чл. 26, ст. 1. ОЗЗ.

74 Вид.: чл. 20, ст. 3. ЗОЗСОП. Вид.: 3. Рашовић, (2009), стр. 270.

75 Међутим, ако стране не изврше његов упис у јавну књигу уговор губи својство извршне исправе, члан 22. Закона за договорен залог Македоније.

76 А. Јаневски, стр. 79.

77 Тако о начелу „официозности“ Т. Јосиповић, стр. 435.

78 Србија: чл. 28, ст. 1, т. 7. (некадашњег) ЗИП; Хрватска: Чл. 2, ст. 1, т. 10 ОЗ. Албанија: извршење спроводи канцеларија извршиоца („Zyga e Permbarimit“), која је централизовани државни орган под надзором Министарства правде Law No. 8730, Опширније А. Gornezi, E. Bashari, Enforcement of Contracts in Albania, u S. Messmann, T. Tajti (eds.), *The Case Law of Central and Eastern Europe*, Volume I 2009, European University Press, стр. 78–79.

79 У Хрватској је полиција и правосудна полиција дужна поступати по налогу судског овршитеља. Судски овршитељ може, по потреби, наложити и употребу силе према особи која омета оврху. (Чл. 44, ст. 1 ОЗ).

у корак са потребама тржишта за брзом и ефикасном процедуром принудног намирења.⁸⁰

С једне стране, поверилац има обавезу да предујми трошкове поступка, иако не може бити сигуран у коначану наплату,⁸¹ а с друге стране сложеност судског намирења омогућава „вештом и креативном“ дужнику опструкцију и успоравање у свим фазама поступка.⁸² На појединачном плану, поверилац који не може да оствари право на намирење у разумном року трпи значајне економске последице.⁸³ На општем плану, уобичајно време које повериоци троше за намирење потраживања у неком правном систему детерминише економију те земље у целини. Овај временски оквир је значајан фактор за процену ризика и у директној вези са ценом и доступношћу кредита.⁸⁴ Отуда се чини целисходним решење Закона о обезбеђењу и извршењу, по коме извршење одређује суд, а спроводи га суд или извршитељ.⁸⁵ Чини се да ће отварање могућности намирења и преко извршитеља⁸⁶ допринети доследнијем спровођењу прокламованог начела хитности у поступку извршења.⁸⁷

6.2. Вансудско намирење („extra judicial foreclosure“)

6.2.1. Самостално организовање продаје

У савременом праву је сазрело схватање по коме је погрешно сматрати да је добро једино судско намирење. Напротив, опште је мишљење да „затрпаност“

80 Тако према подацима Министарства правде Србије у Србији 90.000 предмета чекало на судско извршење дуже од две године, В. Цвијић, Приватни извршитељи спроводе судске одлуке, Блиц Онлине, 11. 01. 2010. <http://www.blic.rs/Vesti/Hronika/171854/Privatni-izvrshitelji-sprovode-sudske-odluke>.

81 Србија: чл. 34, ст. 2 Закон о извршењу и обезбеђењу. Хрватска: чл. 14, ст. 1, 2 ОЗ; Црна Гора: чл. 33, ст. 1, 2 ЗИП ЦГ.

82 Опширније: Н. Fleisig, М. Safavian, N. De La Pena, *Reforming Collateral Laws to Expand Access to Finance*, World Bank Publications, 2006, стр. 43.

83 „Сваки пут кад поверилац оде у суд суочава се са ризиком одугљачења, губитка приоритета и додатним трошковима.“ Н. Fleisig, М. Safavian, N. De La Pena, стр. 49.

84 Намирење потраживања се широм света може оценити нефикасним, (енгл. „debt enforcement around the world is highly inefficient“). Ова неефикасност има свој корен у одугљачењу и великим административним трошковима, а у неким случајевима и у израженом формализму процеса намирења. Ова неефикасност је често последица и неодговарајућег система обезбеђења. (енгл. „The inefficiency is also related to such structural aspects of debt enforcement as ineffective collateral systems“). Вид.: S. Djankov, O. Hart, C. McLeish, A. Shleifer, „Debt enforcement around the world“, *Journal of Political Economy*, vol. 116, no. 6, 2008, стр. 1146, <http://www.doingbusiness.org/documents/debtEnforcement.pdf>, (4. 9. 2011).

85 Вид.: Чл. 2, ст. 2 Закон о извршењу и обезбеђењу. У предлогу за извршење мора се назначити да ли ће извршење спроводити суд или извршитељ. Вид.: чл. 35, ст. 8 Закона о извршењу и обезбеђењу.

86 Извршитељ је физичко лице које именује министар надлежан за правосудје да у статусу службеног лица спроводи извршење у границама решења о извршењу и да врши друга овлашћења која су му овим законом поверена. Чл. 11, ст. 1, т. 8 Закон о извршењу и обезбеђењу.

87 Србија: Поступак извршења и обезбеђења је хитан. Чл. 6. ст. 1 Закон о извршењу и обезбеђењу. Хрватска: Чл. 13, ст. 1. ОЗ.

судова успорава намирење,⁸⁸ и да судове треба растеретити.⁸⁹ У државама, за које се може рећи да имају развијен систем судова, такви поступци по правилу трају од једне до три године.⁹⁰ Чини се, стога, да је за право обезбеђења потраживања кључан одговор на питање под којим условима поверилац може приступити вансудском намирењу. Српски ЗОО нуди ову могућност код *pignus*-а, ако је дужник пропустио да намири потраживање настало из уговора у привреди, заложни поверилац није дужан обраћати се суду, него може приступити продаји заложене ствари на јавној продаји по истеку рока од 8 дана од упозорења учињеног дужнику, као и залогодавцу, кад то није исто лице, да ће тако поступити.⁹¹ Залогопримац има право да из цене, постигнуте продајом заложене ствари, наплати пре осталих поверилаца залогодавца своје потраживање, дужну камату, трошкове учињене за очување заложене ствари и трошкове око наплате потраживања.⁹² Могућност вансудског намирења, на сличан начин, допушта и ЗОЗП. Другим речима, ако је залогодавац предузетник или компанија у српском праву је дозвољено да се у тренутку креирања обезбеђења, (енгл. „at the time a security interest is created“), уговори могућност вансудског намирења, при чему вредност оптерећеног добра не мора бити одређена у уговору. Ако оптерећено добро има тржишну или берзанску цену, уговором о обезбеђењу може се предвидети да заложни поверилац има право да га прода по тој цени, или да га по тој цени задржи за себе.⁹³ Ако оптерећено добро нема тржишну или берзанску цену, заложни поверилац га може продати на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца, кад то није исто лице.⁹⁴ Како су банке обично повериоци сматрамо да би у циљу боље заштите дужника требало усвојити нешто виши стандард за процену прихватљивости понашања повериоца који организује вансудску продају. Суд овде мора ценити да ли су начин, време, место и услови под којима је извршена продаја трговачки разумни.⁹⁵ Поверилац је дужан да дужнику врати евентуалну разлику у вредности која преостане након намирења дуга и свих трошкова успостављања државине, чувања оптерећеног добра и продаје.⁹⁶

88 T. Taiti, *Comparative Secured Transactions Law*, Budapest 2002, стр. 357.

89 У Хрватској је тако у циљу веће ефикасности јавним бележницима поверена надлежност у поступку извршења на темељу вјеродостојне исправе. Вид.: Ј. Борчић, Јавни бележници и поступак оврхе, *Зборник ПФЗ*, 59, (6) 2009, стр. 1251–1320.

90 Поверилац је нарочито рањив када су за обезбеђење употребљене покретне ствари које су, по правилу, кварљиве и брзо губе вредност, (енгл. „perishable or rapidly depreciating“). Тако у Н. Fleisig, M. Safavian, N. De La Pena, стр. 19.

91 Чл. 981, ст. 1 ЗОО.

92 Тако у српском праву: Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6946/2004 од 14. VI 2004. године.

93 Чл. 27, ст. 2. ЗОЗП.

94 Чл. 27, ст. 5 ЗОЗП.

95 Према препорукама UNCITRAL-а, поверилац у поступку намирења треба да поступа у доброј вери, односно трговачки разумно. Вид.: Recommendations no. 63, UNCITRAL Recommendations, Addendum A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1.

96 З. Рашовић, (2009), стр. 280.

Код физичких лица, која уговор закључују изван привредне делатности, уговарање вансудског намирења и даље није допуштено, осим по доспелости потраживања, (енгл. „once default has occurred“).⁹⁷ И друга регионална права дају повериоцу могућност вансудског намирења, с тим што се у хрватском праву такође води рачуна о томе да ли је извор из кога потраживање потиче трговачки уговор.

Поређење

Србија: Поверилац није обавезан да дужнику остави додатни рок, пре него приступи успостављању државине на предмету залог, међутим он може приступити вансудској продаји предмета заложног права, тек по истеку рока од 30 дана од уписа почетка намирења у Регистар залог.⁹⁸ Пре него поверилац приступи продаји, дужнику се доставља одговарајуће обавештење о месту и времену продаје. ЗОЗП не предвиђа изричито могућност намирења кроз давање оптерећеног добра у закуп.⁹⁹ Ипак, нека оптерећена добра су по својој природи, нарочито погодна за такав вид намирења. На пример, предмет залог је аутобус који у том тренутку на тржишту не може да се прода по разумној цени, али је мноштво организатора путовања заинтересовано да такво возило узме у закуп током туристичке сезоне.¹⁰⁰

Хрватска: код *ripnis*-а је вансудско намирење изузетак и може се остварити кад је заложни дужник на то изричито пристао у писаном облику,¹⁰¹ или ако се ради о трговачком уговору, (осим ако изричито приликом креирања залог то право није искључено).¹⁰² Вансудско се намирење се, по правилу, врши путем јавне продаје, али је могуће уговорити другачије, или ако је у датим околностима то „једини могући начин за остварење права на намирење“¹⁰³. Кад ствар или право имају берзанску или тржишну цену, поверилац је овлашћен продати оптерећено за ту цену из слободне руке, преко лица које је јавно овлашћено за продају на берзи (брокера), односно за јавне продаје таквих ствари или права.¹⁰⁴ Ако је оптерећено добро новац, или тражбина која је наплаћена, поверилац је овлашћен задржати за себе одговарајући износ.¹⁰⁵

ЦГ: Ако ствар остане непродата, избор једног начина продаје не искључује друге начине продаје.¹⁰⁶

97 Чл. 28, ст. 4 ЗОЗП.

98 Чл. 44, ст. 1 ЗОЗП.

99 Супротно томе, у праву Црне Горе је таква могућност изричито предвиђена, те залогопримац, након успостављања државине, може продати, дати у закуп или на други начин располагати заложеном стварју. Видети: чл. 20, ст. 11. ЗОЗСОП.

100 У праву САД поверилац у случају доцње дужника може оптерећено добро дати у закуп или њиме располагати на други трговачки разуман начин. Вид.: W. H. Lawrence – W. H. Henning – R. W. Freyeremuth, *Understanding Secured Transactions*, LexisNexis, 2000, стр. 442.

101 Чл. 337, ст. 1, 2 ЗВ.

102 Чл. 337, ст. 2. ЗВ.

103 чл. 337, ст. 3. ЗВ.

104 чл. 337, ст. 4. ЗВ.

105 Чл. 337, ст. 5. ЗВ.

106 Вид.: З. Рашовић, (2009), стр. 277–278.

БиХ: У свом приједлогу за оврху, заложни вјеровник мора предложити: да судски овршитељ одузме осигурање у сврху његове продаје од стране заложног вјеровника; или да судски овршитељ одузме и прода осигурање.¹⁰⁷

6.2.2. Поверавање йродаје йтрећем лицу

Поверилац може уновчење заложене ствари поверити трећем лицу, које се редовно бави таквом делатношћу. На основу одговарајућег споразума треће лице ће организовати јавну продају путем надметања, или ће у име и за рачун залогодавца продати предмет залоге по тржишној или берзанској цени.¹⁰⁸ Ако залогодавац претрпи штету, поверилац одговара за избор организатора продаје, (*culpa in eligendo*). Заложни поверилац и лице коме је поверена продаја предмета залоге солидарно одговарају залогодавцу за штету која му је евентуално прузрокована приликом такве продаје.¹⁰⁹

Поређење

Хрватска: Суд може организацију продаје поверити јавном биљезнику¹¹⁰ и јавном комисионару.¹¹¹ Код фидуцијарног обезбеђења, поверилац, *ex lege* може отуђити на њега пренесену ствар или право, након доспелости своје тражбине, али само преко јавног биљезника.¹¹²

ЦГ: Залогопримац може продати ствар уз ангажовање адвоката, односно агенције за промет такве врсте ствари.¹¹³

Македонија: Према закону „продажбу“ не спроводи суд, већ нотар или извршилац.¹¹⁴

7. НАМИРЕЊЕ ПРИСВАЈАЊЕМ („ENFORCEMENT BY APPROPRIATION“)

У модерном праву обезбеђени поверилац се, по правилу, намирује продајом оптерећеног добра.¹¹⁵ Вишак вредности остварене продајом – *superfluum* (хипероча) враћа се креатору обезбеђења.¹¹⁶ С друге стране, ако износ до-

107 Чл. 26, ст. 2 ОЗЗ.

108 Вид.: чл. 46, ст. 3 и чл. 47, ст. 7. ЗОЗП.

109 Чл. 47, ст. 8. ЗОЗП.

110 Чл. 141, ст. 2 ОЗ.

111 Чл. 143а, ст. 1. ОЗ. Послове јавног комисионара организује и спроводи Хрватска господарска комора. Чл. 143б, ст. 1. ОЗ.

112 Чл. 274ф, ст. 1, 3. ОЗ. Притом се на одговарајући начин примјењују правила о продаји, односно уновчењу оптерећеног добра као предмета извршења (чл. 274г, ст. 1. ОЗ).

113 Вид.: З. Рашовић, (2009), стр. 278.

114 ЗОП садржи одредбе о намирењу које се примењују ако стране нису другачије уговориле А. Јаневски, стр. 78.

115 У праву САД поверилац у случају доцње дужника има на располагању: продају оптерећеног добра, (енгл. „foreclosure by sale“), али и присвајање ради намирења, (енгл. „strict foreclosure“). Вид.: UCC §§ 9–620, 9–622.

116 Чл. 100, ст. 2 Закон о извршењу и обезбеђењу. „Ако се залога прода више него ли дуг са приложјем (добити, трошковима) износи, превишак ће се вратити дужнику; ако ли извађени

бијен продајом оптерећеног добра није довољан за покривање главног дуга, камате и трошкова, поверилац може захтевати од дужника остатак – *religium*, али тужбом *actio in personam*. Споразум по коме би залогопримац могао присвојити оптерећено добро уместо исплате дуга се углавном сматра допуштеним ако је закључен по доспелости потраживања.¹¹⁷

Поређење

Србија: У тренутку доспелости потраживања, заложни поверилац и залогодавац се могу споразумети да ће предмет заложног права прећи у својину повериоца уместо исплате дуга, (вансудско присвајање).¹¹⁸ Ако се у извршном поступку ствар није могла продати на другом рочишту за јавно надметање или непосредном погодбом у року који је одредио суд, на предлог извршног повериоца, суд или извршитељ ће доделити ствар извршном повериоцу, (присвајање у судском поступку).¹¹⁹ У таквој ситуацији, сматра се да је извршни поверилац намирен у висини која одговара износу од 30% од процене вредности ствари.¹²⁰

Хрватска: Заложни поверилац се, по правилу, намирује из вредности остварене продајом заложене ствари, уз обавезу враћања остатка вредности њеном власнику.¹²¹ Код обезбеђења фидуцијарним преносом ствари, односно права, ако нотар не успе у продаји, обезбеђени поверилац постаје пуноправни власник, односно ималац права, која су на њега фидуцијарно пренета.¹²² Нарочито је пријатељски настројен према повериоцу Закон о финансијском осигурању. Према овом Закону, поверилац, може вансудски уновчити заложене финансијски инструмент или га присвојити без обавештења дужника, чекања да протекне неки додатни рок или јавне продаје.¹²³

ЦГ: У случају неиспуњења обавезе, залогопримац може понудити да прими заложену ствар ради потпуног или дјелимичног испуњења обезбијеђеног потраживања.¹²⁴

од продаје новци не намирују свега дуга са приложјем, та недостијж остаје на дужнику; она се намирује као сваки прости дуг.“ Вид.: чл. 180, ст. 2. Општи имовински законик за Црну Гору.

117 Решење Врховног суда НР Босне и Херцеговине Gzz. 13/57 Збирка судских одлука, књига II, св. 1 одлука бр. 80.

118 Чл. 28, ст. 4. ЗОЗП.

119 Чл. 102, ст. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу. Опширније: S. Doklešić, Z. Vig, *Enforcement of Contracts in Serbia* у S. Messmann, T. Tajti (eds.), *The Case Law of Central and Eastern Europe*, Volume II 2009, European University Press, стр. 899.

120 Чл. 102, ст. 2 Закона о извршењу и обезбеђењу.

121 Чл. 336, ст. 3 ЗВ.

122 Чл. 277, ст. 7 ОЗ. Дужнику у овој ситуацији не остаје могућност на повраћај евентуалног вишка вредности, јер се узима да вредност присвојеног добра одговара износу главне тражбине камата, других трошкова и пореза. Т. Јосиповић, стр. 453.

123 Чл. 5, ст. 4, ЗФО.

124 Чл. 20, ст. 16 ЗОЗСОП.

БиХ: Након повреде обвеза из уговора о залогу, заложни вјеровник може особи, која има право на обавијест,¹²⁵ предложити да задржи осигурање у сврху намирења тражбине или дијела тражбине која је осигурана залогом.¹²⁶

Македонија: Ако дужник не одреди цену, не одреди нотара или извршиоца који треба да изврши продају, и не да изјаву да је сагласан да се изврши продаја, односно ако нотар или извршилац не успе да прода ствар или право у року од три месеца, сматраће се да је поверилац пуноважни власник ствари (ималац права), за цену која одговара износу обезбеђеног потраживања са каматама и трошковима.¹²⁷

*
* *

Чини се да је намирење повериоца из оптерећеног добра и уопште извршни поступак једна од оних животних ситуација које подразумевају „више истина“. За повериоца поступак тече (пре)споро, зато што је дужник заштићен као „бели медвед“. С друге стране, за дужника „нема правде“, зато што му поверилац „гули кожу“ и уништава га.¹²⁸

Ако се баци и летимичан поглед на банкарску праксу у региону југоисточне Европе, постаје јасно да послове кредитирања редовно прати одговарајућа комбинација стварноправних и облигационоправних обезбеђења. У зависности од износа кредита и бонитета клијента, „коктел обезбеђења“ који банке наручују обично подразумева: регистровану залог и хипотеку, али и бланко менице са клаузулом „без протеста“, јемство физичког лица за обавезе његове компаније, наменски орочен депозит, итд. И поред честе појаве „преобезбеђености“ поверилаца, чини се да је њихово незадовољство „никад веће“, те да регионална права морају још једном проћи кроз прописе који регулишу ову област и на примерен начин, системски, ускладити правила материјалног права о заснивању и публицитету обезбеђења са процесним правилима која регулишу остварење права повериоца у извршном поступку и стечају. У потрази за адекватним правним оквиром, регионална права морају избећи замку да се од правних система која фаворизују дужника, („debtor-friendly“) преобразе у системе скројене искључиво по мери повериоца, („creditor-friendly“). Само право обезбеђења које погађа одговарајући баланс интереса повериоца и дужника, („credit market-friendly“) омогућава тржишту кредита да континуирано функционише без великих потреса и ломова.

125 „Најмање 15 дана прије продаје осигурања, особа која је рјешењем о оврси одређена да прода осигурање мора дати обавијест о продаји заложном дужнику, свакој особи за коју зна да има право на том осигурању, као и свакој особи која је прије издавања обавијести у ваљаној регистрацији о продаји, означена као заложни вјеровник.“ Чл. 29, ст. 1 ОЗЗ.

126 О намирењу задржавањем ствари чл. 33, ст. 1. ОЗЗ.

127 А. Јаневски, стр. 79.

128 За повериоца чије потраживање је угрожено, од значаја је не само колико ће наплатити, већ и брзина и једноставност поступка намирења из оптерећеног добра, (енгл. „how much, how fast and how simple the whole process will be“). F. Dahan, E. Kutenicova, J. Simpson, „Enforcing secured transactions in central and eastern Europe – an empirical study“, *Law in transition*, (Spring 2004), str. 6, <http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit041c.pdf>, (4. 9. 2011.).