

OPSTANAK KOLATERALA U STEČAJU: GRANICE PRAVNE ZAŠTITE

Advokat Bojana Drobniak, doktorand, Univerziteta u Beogradu, Pravni fakultet
ORCID: 0009-0007-0973-5029,
imejl: drobnjak@drobnjaklegal.com

Rezime: Banke, po pravilu, imaju dominantan položaj u stečajnim postupcima nad korisnicima kredita, što se naročito reflektuje u artikulaciji interesa različitih kategorija poverilaca. Podela na obezbeđene i neobezbeđene poverioce, uslovljena postojanjem sredstava obezbeđenja u predstečajnoj fazi, ne implicira automatsko sticanje prava na odvojeno namirenje nakon otvaranja stečaja, a njegovo priznanje je uslovljeno zakonskim pretpostavkama i sudskom ocenom. Rad preispituje pravni položaj kreditora kroz njihove višestruke uloge - kao razlučnih i založnih poverilaca, ali i kao saugovarača u potencijalno pobojnim pravnim radnjama. U tom okviru, posebna pažnja posvećena je domašaju primene instituta pobijanja pravnih radnji (*actio Pauliana*), kao i analizi neujednačenih kriterijuma za priznavanje prava na odvojeno namirenje, različitih tumačenja pravne prirode jemstva i nedoslednosti u oceni „vinosti“ banke u sudskoj praksi. Ukazuje se i na šire pravno-ekonomske implikacije nenaplativosti potraživanja, te na potrebu normativnog unapređenja i ujednačavanja sudske prakse u cilju jačanja pravne sigurnosti.

Ključne reči: stečaj, banka, kreditor, korisnik kredita, razlučno pravo, založno pravo, jemstvo, pobijanje pravnih radnji

JEL klasifikacija: G33, K22, G21

Uvod

Pitanje sudbine kolaterala jedno je od centralnih u analizi položaja banke kao kreditora nakon otvaranja stečajnog postupka, s obzirom da sredstva obezbeđenja (poput hipoteke i menice) predstavljaju osnovni instrument zaštite potraživanja u predstečajnoj fazi. Upravljanje kreditnim rizikom ne obuhvata samo procenu sposobnosti dužnika da redovno izmiruje obaveze, već i blagovremeno sagledavanje rizika nastupanja njegove platežne nesposobnosti, od kog trenutka obezbeđenje postaje jedini mehanizam očuvanja prava banke na odvojeno (prioritetno) namirenje. Istovremeno, ovaj pristup dovodi do suprotstavljanja moralnom hazardu, budući da se rizik često preuzima u uslovima asimetričnih informacija, što obezbeđenje čini *conditio sine qua non* održivog kreditiranja (Šabović, 2015). Iako se čini da zakon temeljito reguliše pitanje odvojenog namirenja u stečaju, praksa je ukazala na niz nedorečenosti, što nameće potrebu za intervencijom zakonodavca i ujednačavanjem sudske prakse. U tački preplitanja obligacionog i stečajnog prava, pojavljuju se složena teorijska i praktična pitanja koja se odnose na položaj poverilaca sa potraživanjima obezbeđenim realnim ili personalnim sredstvima obezbeđenja u trenutku nastupanja pravnih posledica stečaja. Pored toga što, u osnovi, uživaju pravo prvenstva u naplati, njihov položaj je uslovljen ispunjenjem brojnih formalnih elemenata. Prilikom primene ovih pravila, kroz uspostavljanje balansa između zaštite individualnih interesa i uvećanja stečajne mase, često se ispituju granice zakonitosti i pravičnosti. Stoga se, na razmeđi između normativnih rešenja i nedosledne sudske prakse, javlja dilema o tome u kojoj meri obezbeđenje „preživljava“ otvaranje stečaja, pod kojim uslovima i u kom obimu zadržava pravnu snagu u stečaju, kao i prema kojim se kriterijumima u praksi utvrđuje subjektivni odnos banke prema nameri dužnika da oštetiti druge poverioce.

Metodološki pristup u radu počiva na normativno-doktrinarnoj analizi relevantnih izvora domaćeg prava, uz osvrt na stavove sudske prakse i selektivno korišćenje uporednopravne metode. Istraživanje je primarno usmereno na identifikovanje nedostataka postojećih zakonskih rešenja, razmatranje njihovih efekata, te formulisanje odgovarajućih *de lege ferenda* predloga. U tom kontekstu, predmet razmatranja obuhvata pravni režim kolaterala u stečaju, sa posebnim naglaskom na priznavanje hipoteke kao osnova za odvojeno namirenje, tretman uslovno priznatih i osporenih potraživanja, kao i uslove pod kojima se pravne radnje kojima je obezbeđenje konstituisano u „rizičnom periodu“ pre otvaranja stečajnog postupka mogu pobijati. Izbor teme uslovljen je potrebom da se ukaže na slabosti postojećeg normativnog okvira u pogledu zaštite prava obezbeđenih poverilaca, pre svega banaka kao kreditora, kao i da se osvetli konfliktna zona između sigurnosti ugovaranja i očuvanja vrednosti stečajne mase. Pored korisnika kredita, analiza obuhvata i položaj jemca i trećeg lica koje na svojoj imovini konstituiše stvarnopravno obezbeđenje za tuđi dug (založni dužnik), a čija se procesna pozicija u stečajnom postupku suštinski razlikuje od položaja samog korisnika kredita.

U radu će biti detaljno razmotrena pitanja od fundamentalnog značaja za pravnu sigurnost kolaterala, i to: a) pitanje pravne snage neregistrovanog obezbeđenja, odnosno pravnog položaja kreditora ukoliko u trenutku nastupanja pravnih posledica stečaja nije doneto rešenje o upisu zaloge (sa naglaskom na hipoteku); b) uticaj otvaranja stečajnog postupka na pravni položaj jemca i založnog dužnika; v) domašaj primene Paulijanske tužbe u praksi, posebno kod pobijanja založne izjave i ugovora o jemstvu; g) pravo na naknadu štete usled „zakasnelog“ priznanja obezbeđenja: da li kreditor ima pravo na naknadu štete ukoliko pravo na odvojeno namirenje iz predmeta obezbeđenja bude priznato tek odlukom po vanrednom pravnom leku?

Sredstva obezbeđenja ugovora o kreditu - uporednopravni osvrt na pojedine institute američkog stečajnog prava

Pored obaveznih elemenata, ugovor o kreditu po pravilu sadrži i posebne klauzule usmerene na zaštitu interesa banke u slučaju docnje ili nastupanja platežne nesposobnosti korisnika kredita. U uporednopravnoj praksi razvijen je institut takozvanih „stečajnih klauzula“ (bankruptcy clauses), kojima se predviđa prevremena otplata, pa i automatska dospelost potraživanja i njihova naplata pre vremena predviđenog pravilima stečajnog postupka. Iako ovakve klauzule, sa jedne strane, mogu uspešno preduprediti rizik nenaplate, njihova primena, sa druge strane, bankama ostavlja prostor za prekomernu reakciju i u situacijama kada dužniku ne preti stečaj (vid. Wright, 2006). Uz ugovorne klauzule, u kreditnim poslovima ključnu ulogu imaju personalna i realna sredstva obezbeđenja, pri čemu je uobičajena njihova kumulativna ili alternativna primena radi jačanja položaja poverioca u slučaju povrede ugovornih obaveza. Heterogena priroda obezbeđenja omogućava poveriocu da bira između različitih zakonom predviđenih mogućnosti, što doprinosi većoj predvidivosti i sigurnosti namirenja. Prva asocijacija na kolateral jeste založno pravo na nepokretnosti u vlasništvu stečajnog dužnika, što banku stavlja u „privilegovan“ položaj razlučnog poverioca. Kada korisnik kredita ne poseduje imovinu koju može založiti, obezbeđenje se može ugovoriti u formi jemstva trećeg lica, koje se obavezuje da isplati dug ukoliko glavni dužnik to ne učini, i to u rokovima i dinamikom definisanim ugovorom o jemstvu, ili u formi založnog prava kojim treće lice konstituiše teret na svojoj imovini u korist banke (ZOO, čl. 997–1019). U situaciji kada je stečajni postupak otvoren u odnosu na založnog dužnika, banka stiče status založnog poverioca (ZOS, čl. 49 st. 5).

Imajući to u vidu, važno je jasno razlikovati zalogu, kao realno sredstvo obezbeđenja, od jemstva, kao personalnog sredstva obezbeđenja, tim pre što se u literaturi svojevremeno javila dilema da li ugovaranje zaloge za tuđi dug podrazumeva da je zalagodavac ujedno i jemac, odnosno da li se na takvu vrstu zaloge primenjuju pravila o jemstvu (prema: Hiber, Živković, 2016). Pretpostavka da zalagodavac prilikom zalaganja imovine za tuđi dug prećutno ugovara i prihvata jemstvo nema legitimno opravdanje (Ibid). Vlasnik založene stvari u trenutku namirenja ne mora biti isto lice koje je zaključilo ugovor o zalozi, s obzirom na to da založena nepokretnost i nakon uspostavljanja obezbeđenja može biti predmet pravnog prometa. Prema tome, jedino ispravno tumačenje, dominantno i u teoriji i u praksi, jeste da lice koji je založilo imovinu za tuđi dug ne postaje jemac i ne odgovara svojom celokupnom imovinom, već da se poverilac može namiriti isključivo iz založene stvari ili prava.

Iako reorganizacija u ovom radu ne predstavlja odvojen segment izučavanja, pojedini instituti razvijeni u američkom stečajnom pravu relevantni su kao uporednopravni primer zakonskih rešenja kojima se učvršćuje položaj kreditora po nastupanju pravnih posledica stečaja. U domaćem sistemu, takvu ulogu mogu imati banke, zbog čega je od posebnog značaja ispitati na koji način zakon može zaštititi njihov položaj. Otuda, osvrt na reorganizaciju ima isključivo ilustrativnu funkciju, budući da pokazuje način na koji jedan razvijen pravni sistem uređuje odnos između postojećih sredstava obezbeđenja, novih oblika finansiranja i položaja poverioca u stečaju.

Puno pravno dejstvo konstituisanog kolaterala upravo dolazi do izražaja u okolnostima insolventnosti. U stečajnoj regulativi Sjedinjenih Američkih Država razvijeni su mehanizmi koji predviđaju posebne podsticaje za poverioce, naročito banke, radi obezbeđivanja tzv. „novog novca“ dužniku, od čega u značajnom broju slučajeva neposredno zavisi uspeh reorganizacije (Miller, Jentz, 2006; Warren, Westbrook, 2020). U tom smislu naročito su značajni koncept administrativnog prioriteta

(eng. administrative priority) i superprioriteta (eng. superpriority), putem kojih sud može odobriti davanje novih zajmova „dužniku u posedu“, uz priznavanje prioritetnog statusa za naplatu u odnosu na ranije nastala potraživanja (Radović, 2018b). Dok administrativni prioritet podrazumeva da će potraživanje kreditora u eventualno kasnije otvorenom stečajnom postupku imati status poverioca stečajne mase, superprioritet ide korak dalje, predviđajući njegovo namirenje čak i pre ostalih poverilaca stečajne mase. Upravo mogućnost da određena potraživanja, pod zakonom propisanim uslovima, steknu povoljniji rang namirenja, čini ove institute relevantnim modelom za sagledavanje granica zaštite postojećeg kolaterala i položaja ranijih obezbeđenih poverilaca u domaćem stečajnom pravu. Istovremeno, komparativna vrednost navedenih rešenja ne isključuje činjenicu da njihova primena u američkom pravu nije jednostavna, niti oslobođena teorijskih i praktičnih osporavanja. Deo strane literature ukazuje da čak i u sistemima sa razvijenim pravilima prioriteta ostaju otvorena pitanja njihovog dejstva i odnosa prema ranije uspostavljenim pravima (Baird, 2017; Warren, Westbrook, Porter, Pottow, 2020), pri čemu Welch posebno apostrofira uticaj troškova pregovaranja i lobiranja na realni domet apsolutnog prioriteta (Welch, 1997), dok Adler i Triantis dodatno potvrđuju da je reč o materiji podložnoj kontinuiranom prilagođavanju potrebama savremenog poslovanja (Adler, Triantis, 2017).

Predlog za uvođenje srodnog prava prioriteta u Republici Srbiji potekao je od Evropske banke za obnovu i razvoj, i to za situacije kada banka unosi „novi novac“ u društvo u okviru usvajanja unapred pripremljenog plana reorganizacije (UPPR a). Po tom predlogu, uz saglasnost poverilaca koji poseduju dve trećine svih potraživanja prema stečajnom dužniku, u slučaju neuspeha UPPR a i otvaranja stečaja, potraživanja po osnovu naknadnog finansiranja tretirala bi se kao potraživanja stečajne mase (vidi: Nacrt analize postojećih prepreka za prodaju problematičnih kredita u Srbiji, 2015, <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/rs/pdf/2017/01/npl-resolution-in-serbia.pdf>). Polazeći od navedenog, može se uočiti da predstavljen koncept odražava tendenciju normativnog jačanja prioritetnog položaja poverilaca koji obezbeđuju likvidnost dužnika, dok domaće pravo za sada nije videlo prostor za preuzimanje ovog pravnog transplanta.

Banka kao razlučni poverilac u stečajnom postupku

Zaloga na nepokretnosti - hipoteka, predstavlja najzastupljeniji instrument realnog obezbeđenja kreditnog potraživanja, te je u ovom delu rada težište analize na razmatranju njenog pravnog režima u stečaju. Pravo na namirenje stiće se upisom u registar nepokretnosti na osnovu pravnosnažne odluke ili ugovora/založne izjave, koji služe kao osnov za upis. U okolnostima primene vanstečajnih pravila, zakon svrstava založnu izjavu i ugovor o hipoteci u izvršne isprave podobne za pokretanje izvršenja (Tešić, 2019). Povlašćen položaj razlučnih (i založnih) poverilaca ne narušava pari passu princip jednakog namirenja u drugim isplatnim redovima, s obzirom da zakon imperativnim normama definiše uslove pod kojima se priznaje odvojeno namirenje, a princip jednakosti odnosi se na poverioce istog isplatnog reda. Ukoliko razlučni poverilac ne bude namiren iz vrednosti opterećene imovine, dolazi do bifurkacije potraživanja, gde se ostatak potraživanja „preliva“ i namiruje u redu hirografernih poverilaca. Valja spomenuti i da, za razliku od založnih, razlučni poverioci imaju svog predstavnika u odboru poverilaca, čime neposredno kontrolišu tok postupka i rad stečajnog upravnika, dok je njihovo učešće u skupštini poverilaca propisano „samo do visine potraživanja za koju učine verovatnom da će se pojaviti kao stečajni poverioci“ (ZOS, čl. 35 st. 3). Zakon razlučnom poveriocu omogućava i pravo preče kupovine imovine koja se prodaje neposrednom pogodbom, a na kojoj je uspostavljeno razlučno pravo (ZOS, čl. 136g). Ističemo da se pojedina opšta pravila sticanja

prava na obezbeđenje, pravo preče kupovine i način namirenja, odnose kako na različne, tako i na založne poverioce (više u: Vasiljević, 2023).

Da bi kreditor stekao pravo na odvojeno namirenje iz nepokretnosti, potrebno je ispuniti nekoliko uslova: a) da na dan otvaranja stečajnog postupka postoji imovinskopravni zahtev prema stečajnom dužniku; b) da se nepokretnost koja je predmet obezbeđenja nalazi u stečajnoj masi; v) da je postojeće različno pravo punovažno u skladu sa vanstečajnim propisima; g) da je podneta uredna i blagovremena prijava u stečajnom postupku (Radović, 2022).

Prvi uslov odnosi se na samu pravnu prirodu razlučnog prava, koja ga suštinski razlikuje od založnog prava u stečaju. Razlučni poverilac je poverilac koji na dan otvaranja stečaja ima imovinskopravni zahtev prema stečajnom dužniku. Postojanje punovažnog potraživanja preduslov je za priznavanje razlučnog prava. Posebnost statusa razlučnog poverioca ogleda se u tome što je njegovo potraživanje obezbeđeno, te mu pripada pravo odvojenog namirenja iz vrednosti predmeta obezbeđenja. U slučaju da dođe do odricanja od razlučnog prava ili da se poverilac, bez svoje krivice, ne može u celosti ili delimično namiriti iz opterećene nepokretnosti, on ne gubi status poverioca već nenamireno potraživanje ostvaruje kao hirograferni (stečajni/neobezbeđeni) poverilac (ZOS, čl. 49 st.2).

Drugi uslov se odnosi na pravni položaj predmeta razlučnog prava, koji mora biti deo stečajne mase. U slučaju da je potraživanje kreditora obezbeđeno na imovini nekog trećeg lica, u stečajnom postupku otvorenim nad korisnikom kredita banka nema status razlučnog poverioca. Moguće je i da pre otvaranja stečajnog postupka dođe do otuđenja imovine na kojoj je ustanovljeno obezbeđenje, što ne dovodi do gašenja tereta na navedenoj imovini, ali takođe onemogućava ostvarivanje razlučnog prava u stečajnom postupku korisnika kredita.

Treći uslov podrazumeva postojanje punovažnog pravnog osnova po vanstečajnim propisima, koje može biti zasnovano na založnom pravu (založna izjava data od strane korisnika kredita, ugovoru/pravnom poslu, zakonu), pravu retencije ili pravu namirenja koje nastaje prilikom postupka prinudnog izvršenja.

Blagovremenost prijave potraživanja dalje predstavlja *conditio sine qua non* za sticanje statusa razlučnog poverioca. Ukoliko banka ne prijavi svoje potraživanje u prekluzivnom zakonskom roku, gubi pravo na namirenje u stečajnom postupku (vid. ZOS, čl. 111 st. 5). Ovo pravilo se ne primenjuje u odnosu na založnog poverioca. Pojedini autori sa razlogom izražavaju rezervu oko zakonskog rešenja u kome se različni poverilac stavlja u procesno lošiji položaj od založnog propisivanjem obaveze prijave potraživanja. Ovakav vid diskriminacije posebno je upitan usled činjenice da hipoteka kao obezbeđenje ne prestaje automatski neprijavlivanjem razlučnog potraživanja u stečaju (prema: Slijepčević, Radović, 2024).

U fazi ispitivanja prijavljenih potraživanja, njihovu osnovanost, visinu i isplatni red utvrđuje stečajni upravnik, koji sačinjava listu priznatih i osporenih potraživanja, kao i redosled namirenja razlučnih i založnih poverilaca. Pritom, potraživanje može priznati bezuslovno ili uslovno, osporiti njegov razlučni karakter uz priznanje kao stečajnog, ili ga osporiti u celini, odnosno delimično.

Uslovno priznavanje i osporavanje razlučnog prava

Uslovno potraživanje je zakonom definisano kao potraživanje vezano za raskidni ili odložni uslov (ZOS, čl. 87). Ukoliko odložni uslov ne nastupi do pravnosnažnosti rešenja o glavnoj deobi, pove-

rilac gubi svoje uslovno priznato pravo. Primenjeno na slučaj u kome banka u momentu otvaranja stečajnog postupka nema upisanu hipoteku, već samo zabeležbu da je podnet zahtev za upis, uočavaju se različiti pristupi u sudskoj praksi, što otvara pitanje pravne kvalifikacije takvog potraživanja i položaja poverioca. Ukoliko obezbeđenom poveriocu, za koga još nije doneto rešenje o upisu hipoteke, ne bude priznato bezuslovno pravo na odvojeno namirenje, mogu nastupiti dve situacije. U prvom slučaju, do upisa hipoteke dolazi tek nakon nastupanja pravnih posledica stečaja, a najkasnije do prodaje nepokretnosti koja je predmet obezbeđenja. U drugom slučaju, rešenje o upisu hipoteke ne bude doneto ni do momenta prodaje te nepokretnosti.

Izneta dilema je naizgled rešena stavom Vrhovnog suda da upis hipoteke koji je izvršen nakon otvaranja stečajnog postupka, a pre prodaje nepokretnosti, u pogledu konstituisanja razlučnog, odnosno založnog prava, proizvodi dejstvo retroaktivno. Polazeći od takvog procesnopravnog okvira, sud je dužan da kreditoru prizna bezuslovno pravo na odvojeno namirenje, uzimajući dan podnošenja urednog zahteva za upis kao relevantan momenat za ostvarivanje prioritnog prava. Iako je zakonsko rešenje koje propisuje da hipoteka nastaje upisom u nadležni registar nepokretnosti semantički jasno, takva interpretacija bila bi u suprotnosti sa zakonskim i ustavnim načelima koja štite poverioca u postupku. Sudska praksa nije uvek imala ovakvo viđenje. Prvostepeni i drugostepeni sudovi su normu o upisu hipoteke tumačili striktno jezički, odbijajući da priznaju banci status razlučnog poverioca u slučaju da u momentu otvaranja stečajnog postupka rešenje katastra nije doneto. Stav da potraživanje dobija status obezbeđenog danom podnošenja urednog predloga po kome je upis naknadno izvršen, zauzeo je Vrhovni sud (vidi: Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prevl 26/2018, od 27. septembra 2018.).

Retroaktivnost upisa kao većinski zastupan stav potpuno je ispravan, budući da ovde nije reč o pobjanju pravnih radnji, već o zakonito sprovedenom postupku koji je banka blagovremeno pokrenula, a koji je suspendovan usled neažurnosti upravnog organa koji postupak sprovodi. Međutim, usled postojanja pravne praznine može se desiti da praksa ne uvaži prethodno stanovište, u kom slučaju se kreditoru razlučno pravo priznaje uz uslov donošenja rešenja o upisu hipoteke do dana prodaje nepokretnosti. U slučaju da katastar ne upiše hipoteku do datog roka, banka gubi razlučno pravo usled neispunjenja uslova i prelazi u režim neobezbeđenog potraživanja, čime se značajno umanjuje verovatnoća naplate i obesmišljava svrha obezbeđenja (vid. ZOS, čl. 87). Postupak upisa hipoteke može biti vremenski produžen usled postojanja prethodno nerešenih zahteva, budući da se upis u katastar nepokretnosti i red prvenstva prava određuju prema trenutku podnošenja zahteva za upis (prior tempore potior iure). Sa aspekta pravne sigurnosti, potpuno je neopravdano dovesti poverioca u rizik da izgubi prioritno pravo koje mu ex lege pripada, i to samo zbog neažurnosti katastra nepokretnosti koji sprovodi upis (Zaključkom o listi utvrđenih i osporenih potraživanja Privrednog suda u Kraljevu, u predmetu St broj 23/2021 od 21. marta 2022. banci je priznato razlučno potraživanje ustanovljeno založnom izjavom iz 2020. godine, uz uslov da isto bude upisano do momenta prodaje imovine, a u skladu sa rokovima iz člana 49 Zakona o stečaju).

Uočava se da, uprkos u praksi pretežno zastupljenom stavu o pretpostavci upisa, sudovi i stečajni upravnici neretko analiziranu zakonsku normu tumače striktno jezički i uskraćuju pravo na odvojeno namirenje razlučnom (ili založnom) poveriocu koji u momentu otvaranja stečajnog postupka nema rešenjem upisanu zalogu. Kolizija pravnih stavova dovodi do dugotrajnih sudskih postupaka, umanjenja vrednosti kolaterala, kao i potencijalne nemogućnosti naplate potraživanja. Pored toga, vreme odlučivanja po reviziji značajno umanjuje verovatnoću naplate, ukoliko banci pravo na odvojeno namirenje bude priznato tek po vanrednom pravnom leku. Iz stava Vrhovnog suda proizilazi da

je zahtev za upis dovoljan za sticanje statusa razlučnog poverioca bez obzira što je rešenje o upisu doneto tek naknadno. Podsećamo da, iako naši sudovi učestvuju u kreiranju prava, u kontinentalnom sistemu konačnu reč ima zakon (za razliku od common law sistema, gde sudovi stvaraju pravo i kroz precedente ga prilagođavaju konkretnim slučajevima, bez potrebe za čestom intervencijom zakonodavca). Stoga, ovakvo stanovište ne pruža potpunu pravnu sigurnost obezbeđenom poveriocu. Mišljenja smo da, usled kolizije između jezičkog i teleološkog tumačenja norme, postoji potreba za jasnim zakonskim regulisanjem primene principa retroaktivnog dejstva nastanka razlučnih i založnih prava u momentu podnošenja urednog zahteva, i pretpostavke upisa zaloge u slučaju otvaranja stečajnog postupka, nezavisno od toga da li je rešenje o upisu doneto do momenta prodaje ili uopšte nije doneto, a kako je učinjeno uvođenjem pretpostavke upisa rešenja o izvršenju Zakonom o izvršenju i obezbeđenju (ZIO, čl. 155 st. 2). Dodatno, propisivanjem obaveze prioritarnog postupanja u rešavanju ovih predmeta po reviziji, kao naročito hitnih, takođe bi se značajno smanjilo rizik od nastupanja štete.

Banka kao založni poverilac u stečajnom postupku

Zakon o stečaju prvobitno nije poznao pojam založnog poverioca. Međutim, usled potrebe za normativnim uređenjem pravnog položaja poverilaca čija su potraživanja obezbeđena na imovini lica sa kojima nisu u obligacionopravnom odnosu, ova kategorija je kroz izmene i dopune zakonom regulisana 2014. godine. U samoj zakonskoj definiciji jasno se navodi da založni poverioci nisu hirografni niti različni, upravo da bi se ukazalo na specifičnost njihovog položaja. Kod obezbeđenja kreditnog posla, garanciju u vidu zaloge neretko pruža treće lice koje nema dužničko poverilački odnos sa bankom. Sa stanovišta poverioca, usvajanje stava da se zalagodavac za tuđ dug istovremeno smatra jemcem predstavljalo bi pogodnost, jer bi svoje potraživanje mogao da prijavi kao različni poverilac i u stečaju nad zalagodavcem i u stečaju nad glavnim dužnikom (vid. Hiber, Živković, 2016). Kao što je ranije objašnjeno, ne podrazumeva se da je zalagodavac ex lege jemac korisniku kredita. Stoga, od davanja zaloge kao obezbeđenja za tuđi dug, treba razlikovati jemstvo kao sredstvo personalnog obezbeđenja. Ugovor o jemstvu stvara obligacioni odnos između kreditora i trećeg lica, koji lično garantuje za dugovanje u obimu kao i glavni dužnik, a na čijoj imovini banka može imati i zalogu. Ukoliko banka, na dan otvaranja stečaja, raspolaže potraživanjem prema stečajnom dužniku po osnovu ugovora o solidarnom jemstvu, a istovremeno ima zalogu na imovini tog istog dužnika, njen status kao razlučnog poverioca je nesporn, jer istovremeno postoji i lična i stvarnopravna odgovornost dužnika. Nasuprot tome, ukoliko je stečajni dužnik isključivo založni dužnik, dakle garantuje imovinom bez uspostavljene solidarne obaveze, banka nema položaj razlučnog već založnog poverioca, što podleže drugačijem režimu ostvarivanja prava u stečaju (vid. Bilten sudske prakse privrednih sudova 4/2018, 16. pitanje).

Iako i založni poverioci imaju pravo odvojenog namirenja, što ih naizgled stavlja u isti režim, postoje određene specifičnosti koje ih bitno razlikuju od razlučnih poverilaca, a koje po dosadašnjoj praksi banku dovode u nepovoljniji položaj uz veći rizik nenaplativosti iz obezbeđenja ili od pobijanja pravne radnje. Kao što smo istakli, osnovno obeležje založnog poverioca odnosi se na nepostojanje dužničko-poverilačkog odnosa sa stečajnim dužnikom. Navedeno znači da banka nema potraživanje prema založnom dužniku (već prema korisniku kredita) i, ukoliko se iz nekog razloga ne može naplatiti iz predmeta obezbeđenja, svoje potraživanje ne može prijaviti kao stečajni poverilac. Razlika između korisnika kredita kao glavnog dužnika i založnog dužnika može da se uspostavi ab initio, ukoliko treće lice u vreme zaključenja kreditnog posla da banci obezbeđenje na svojoj stvari za račun korisnika kredita, ili pak ex post, primenom prava sledovanja, ukoliko treće lice kasnije stekne

svojinu na nepokretnosti na kojoj postoji realno obezbeđenje.

Drugo obeležje predstavlja uskraćivanje ovlašćenja založnom poveriocu da pokrene stečajni postupak, što je logična posledica prirode njegovog potraživanja. Prava koja imaju založni poverioci su stvarnopravnog karaktera, a postojanje tih prava u odnosu na stečajnog poverioca ne čini ih poveriocima u obligacionom smislu. Banci kao založnom poveriocu svakako ne bi bilo u interesu da inicira stečajni postupak, s obzirom da je naplata potraživanja izvesnija van stečaja (Ajnspiler Popović, 2015). Samim tim, ukoliko se ispune uslovi za namirenje iz obezbeđene nepokretnosti, banka je ovlašćena da pokrene sudski ili vansudski postupak namirenja.

Za razliku od razlučnih prava, založna prava nastala izvršenjem ili obezbeđenjem radi prinudnog namirenja ili obezbeđenja potraživanja prema trećem licu u poslednjih šezdeset dana od dana otvaranja stečajnog postupka, ne prestaju da važe, što predstavlja njihovo treće obeležje. Pobijanje pravnih radnji je jedino pravno sredstvo kojim se može osporavati ovako stečeno pravo (vid. Radović, 2018a).

Četvrto obeležje, usled nepostojanja obligacionopravnog odnosa sa stečajnim dužnikom, jeste nepostojanje zakonske obaveze založnog poverioca da prijavi potraživanje u stečaju. Zakon propisuje dužnost založnog poverioca da u roku za prijavu potraživanja obavesti stečajnog upravnika o postojanju založnog prava uz dostavljanje dokaza o njegovom postojanju i izjave o visini potraživanja prema trećem licu - glavnom dužniku. Za razliku od drugih poverilaca, kod kojih je rok za prijavu potraživanja prekluzivan i čije propuštanje dovodi do gubitka prava, rok za dostavljanje obaveštenja založnog poverioca ima samo instruktivni karakter, usled čega prijava podneta po isteku tog roka ne isključuje mogućnost namirenja. Međutim, postoji mogućnost da stečajni upravnik neće moći da utvrdi postojanje i obim založnog prava, zbog čega je obaveštenje o njegovom postojanju od značaja i za poverioca i za stečajnog dužnika. Založni poverilac ne gubi status ako ne obavesti stečajnog upravnika o svom pravu, ali se može naći u nepovoljnom položaju što će ograničiti njegovu mogućnost da štiti svoja prava u stečajnom postupku. Ako pak dostavi obaveštenje u roku, stiče status stranke u postupku sa svim zakonom priznatim pravima (više o pravima i obavezama založnog poverioca u: Ajnspiler Popović, 2015).

Peto obeležje koja zavređuje posebnu pažnju odnosi se na uslov dospelosti potraživanja po ugovoru o kreditu. Kod založnog prava ne važi pravilo o automatskoj dospelosti potraživanja na dan otvaranja stečajnog postupka. Naime, založni kao i razlučni poverilac, ima pravo odvojenog namirenja na nepokretnosti, koje ostvaruje u stečajnom postupku na imovini koja je u stečajnoj masi. Međutim, otvaranjem stečajnog postupka dospevaju samo potraživanja prema stečajnom dužniku, a ne i potraživanja prema trećim licima. Otuda, imajući u vidu sve obrazložene karakteristike, priznanje založnog prava moramo razlikovati od njegove realizacije. Pitanje dospelosti potraživanja založnog poverioca prema glavnom dužniku ne utiče na priznanje založnog prava u stečaju, dok, sa druge strane, predstavlja ključni element za njegovu i odvojeno namirenje poverioca po prodaji nepokretnosti. Ukoliko potraživanje prema glavnom dužniku (nad kojim nije pokrenut stečajni postupak) nije dospelo do završne deobe, stečajni upravnik nema osnova da namiri založnog poverioca, jer bi to značilo da on izmiruje dug dužnika pre dospeća i bez da su ispunjeni zakonski uslovi za realizaciju založnog prava (vid. Bilten privrednih sudova 3/2017, 10. i 11. pitanje). Sa druge strane, ukoliko je do završne deobe potraživanje prema glavnom dužniku dospelo ali nije namireno, založni poverilac će biti namiren iz prethodno rezervisanih sredstava.

Valja spomenuti i situaciju u kojoj je stečajni postupak otvoreni i nad glavnim i nad založnim dužni-

kom. U takvim okolnostima, založni poverilac koji ima obezbeđenje na imovini založnog dužnika istovremeno može biti i učesnik u stečajnim postupcima oba dužnika, koji su, u velikom broju slučajeva povezana lica. Pretpostavka dospelosti potraživanja na dan otvaranja stečaja u odnosu na glavnog dužnika reflektuje svoje dejstvo i na stečajni postupak založnog dužnika, uz obavezu poverioca da obavesti stečajnog upravnika o svakoj eventualnoj naplati potraživanja od druge ugovorne strane.

Posmatrajući izloženo, očigledna je opasnost za banku kao kreditora kada je obezbeđenje dato od strane trećeg lica, u kom slučaju u odnosu na založnog poverioca ne nastupa pravna posledica dospelosti potraživanja. Ako pođemo od hipoteze da do okončanja glavne deobe potraživanje prema glavnom dužniku ne dospe, sredstva iz prodajne cene postaju deo stečajne mase i biće raspoređena drugim poveriocima. Time banka gubi mogućnost odvojenog namirenja, pravo na učešće u postupku stečaja nad založnim dužnikom, i ostaje u rizičnom položaju sa neobezbeđenim potraživanjem prema korisniku kredita. Odgovarajuće rešenje se postiže zaključenjem ugovora o solidarnom jemstvu uz konstituisanje založnog prava na imovini jemca, pri čemu se, u slučaju pokretanja stečaja nad jemcem, položaj banke kao poverioca tretira na način identičan njenom položaju u stečaju nad glavnim dužnikom. Nasuprot tome, otvaranje stečajnog postupka nad glavnim dužnikom nema dejstvo na ugovor jemstvu, usled čega poverilac zadržava pravo da od jemca zahteva ispunjenje celokupne obaveze.

Pobijanje pravnih radnji

Pored prava da ostvare svoja potraživanja u stečajnom postupku, poverioci putem instituta pobijanja pravnih radnji kojima se umanjuje ili onemogućava uvećanje stečajne mase ostvaruju posrednu kontrolu nad dužnikovim pravnim poslovima. Naime, radnjama preduzetim u periodu pre otvaranja stečaja dužnik može uticati na obim imovine koja će kasnije činiti osnov za isplatu poverilaca. To se odnosi i na pravne poslove kojima se ustanovljava obezbeđenje, budući da opterećena imovina, po pravilu, ne može služiti za ostvarenje prava svih poverilaca. Samim tim, pravna sigurnost obezbeđenog poverioca može biti narušena mehanizmom pobijanja, kojim se i formalno valjano konstituisano obezbeđenje dovodi u opasnost ukoliko je nastalo tokom pobojnog roka i u okolnostima koje zakon prepoznaje kao sporne. Posebno kada je reč o osporavanju punovažnosti ugovora o jemstvu ili založnog prava trećeg lica, pobijanje pravnih radnji predstavlja osnovno pravno sredstvo koje stoji na raspolaganju stečajnom upravniku i aktivno legitimisanim poveriocima. Gledano iz ugla interesa poverilaca, ono predstavlja borbu protiv moralnog hazarda učesnika pravnog posla i jedno od bitnijih oblika zaštite njihovih potraživanja. Sa druge strane, nedovoljna preciznost zakonskih uslova može uzrokovati gubitak zakonito i legitimno stečenih prava. Upravo i rizik da se kreditni plasman ne izmiri proizilazi iz nedoslednosti sudske prakse i paušalnog tumačenja elementa „vinsti“ kod, našim zakonom prihvaćene dolazne Paulijanske tužbe (vid. Drobniak, 2025).

Institut pobijanja, poznat kao Paulijanska tužba, potiče iz rimskog prava, gde je bio ustanovljen kao sredstvo zaštite poverilaca od prevarnih radnji dužnika preduzetih radi umanjenja njegove imovine. Stečajno pobijanje ne teži ka potpunom oduzimanju pravnog dejstva pobojujnoj radnji, već ka njegovom obesnaživanju u odnosu na stečajnu masu. Dok je za vanstečajno pobijanje karakterističan individualistički pristup u kome je cilj preusmeravanje dejstva pravnog posla ka konkretnom poveriocu, u okviru stečajnog postupka predmet pobijanja su pravni poslovi i druge pravne radnje kojima se narušava ravnomerno namirenje hirografernih poverilaca, odnosno kojima se poverioci oštećuju ili se pojedini stavljaju u pogodniji položaj, kako bi se oduzelo dejstvo pravnoj radnji prema stečaj-

noj masi, tačnije svim poveriocima stečajne mase. Pobijena pravna radnja ostaje punovažna prema trećim licima, što je i suštinska razlika u odnosu na institut ništavosti u kome pravna radnja ostaje bez dejstva prema svim učesnicima u pravnom prometu (Slijepčević, Radović, 2023). Interes za pobijanje je po pravilu izražen u slučaju da je imovina stečajnog dužnika nedovoljna za namirenje poverilaca. Ukoliko bi imovina stečajnog dužnika bila dovoljna za namirenje njegovih poverilaca, pobjinom radnjom ne bi bio narušen princip ravnomernog namirenja čime bi izostala uzročno-posledična veza između pobjjne radnje i posledice nemogućnosti namirenja drugih poverilaca.

Zakonom o stečaju predviđena su četiri osnova za pobijanje: 1) uobičajeno namirenje; 2) neuobičajeno namirenje; 3) neposredno oštećenje poverilaca i 4) namerno oštećenje poverilaca.

Kao najčešće u praksi zastupljen osnov, namerno oštećenje poverilaca zavređuje posebnu pažnju. „Pravni posao odnosno pravna radnja zaključeni odnosno preduzeti u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili posle toga, sa namerom oštećenja jednog ili više poverilaca, mogu se pobijati ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za nameru stečajnog dužnika“ (ZOS, čl. 123 st. 1). Naše pravo je prihvatilo tzv. doložnu Paulijansku tužbu, prema kojoj namera postoji ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za nameru oštećenja, nasuprot kulpoznoj Paulijanskoj tužbi koja je bila zastupljena u predratnom pravu, gde je bilo dovoljno da je druga strana morala znati za nameru oštećenja, što predstavlja niži stepen svesti. Primenjeno na obezbeđene ugovore o kreditu, subjektivni uslov bi podrazumevao dokazivanje nesavesnosti banke u odnosu na postojanje namere stečajnog dužnika, što faktički označava direktni ili eventualni umišljaj o prozrokovanju ili postojanju stečaja. Sa druge strane, kod obezbeđenja koje je dato povezanom licu godinu dana pre otvaranja stečajnog postupka, ili vraćanja zajma povezanom licu u istom periodu, zakonodavac pravi jasnu razliku između poverilaca, isključujući banke kao subjekte čija je redovna delatnost davanje kredita iz režima pobijanja ukoliko su postupale u okviru uobičajene poslovne aktivnosti (ZOS, čl. 123 st. 2, st. 3). Polazeći od istog cilja i značaja položaja banaka, smatramo da bi bilo opravdano prihvatiti pretpostavku savesnosti kreditora u postupcima pobijanja pravnih radnji po osnovu namernog oštećenja poverilaca, pri čemu bi teret dokazivanja suprotnog bio na strani koja zauzme drugačiji stav, dok bi se u okviru ocene savesnosti u dokaznom postupku predvidele obavezno pribavljanje mišljenja institucije nadležne za nadzor i kontrolu nad radom banaka, o čemu će biti reči u nastavku rada.

Pobijanje ugovora o jemstvu

Jemstvo predstavlja jedno od najzastupljenijih sredstava obezbeđenja u bankarskim kreditnim poslovima, ali ujedno i jedan od pravnih poslova koji su najčešće predmet pobijanja u stečajnom postupku. Njegova pravna priroda, odnos jemca i glavnog dužnika, kao i pitanje da li je jemstvo uključeno uz naknadu ili besteretno, postaju centralna tačka sporova u kojima se ispituje postojanje uslova za pobijanje. Pravna priroda ugovora o jemstvu dugo je bila tačka spoticanja teorije i prakse. Prema jednom stanovištu, ovaj ugovor se smatra dobročinim pošto jemac preuzima obavezu, dok uglavnom ne ostvaruje nikakvu korist od poverioca. Nasuprot tome, drugi ga smatraju teretnim, jer je kauza na strani jemca stvaranje obaveze koja se na koncu može realizovati kroz naknadni regres od dužnika (Hiber, 2015). Sudska praksa je isprva zastupala tezu da je u pitanju dobročin pravni posao. Kad su u pitanju bankarski poslovi i davanje zaloge za obezbeđenje duga trećeg lica (korisnika kredita), u pojedinim odlukama zastupano je i stanovište da se, ukoliko davalac zaloge nije primio adekvatnu protivvrednost, zaloga smatra dobročinim pravnim poslom (Bilten sudske prakse privrednih sudova 4/2015, 42. pitanje. „... davanje zaloge na nepokretnosti u korist banke od strane

privrednog društva kao obezbeđenje tuđeg potraživanja, ukoliko davalac zaloge nije za to primio adekvatnu protivvrednost, predstavlja besteretno raspolaganje. Kako se radi o besteretnom raspolaganju, to ima uslova za pobijanje navedene pravne radnje...“). Vrhovni sud je zauzeo stav da se u privredi ugovor o jemstvu tretira kao teretni pravni posao, uz pretpostavku direktne ili indirektno dobiti za jemca, dok bi se suprotno stanovište moralo dokazivati (vid. Rešenje Vrhovnog kasacionog suda 23/2015 od 15. septembra 2015. god.). Zaključujemo da se ugovor o jemstvu ne može posmatrati odvojeno od trilateralnog odnosa između poverioca, jemca i dužnika. Akcesorna priroda jemstva označava njegovu zavisnost od osnovnog ugovora između poverioca i dužnika. Samim tim, nije osnovano smatrati ugovor o jemstvu a priori dobročinim. Međutim, i pored utemeljenog stava da je ugovor o jemstvu u privredi teretan, aktuelna primena prava neretko polazi od njegove dobročine pravne prirode u kreditnim poslovima, bilo da pretpostavlja intentio liberalis jemca prema korisniku kredita kao eksplicitnu nameru darežljivosti, ili smatra da jemac „olako“ drži da neće biti pozvan da dug isplati.

Prilikom razmatranja kauze ugovora o jemstvu u kontekstu pobijanja obezbeđenja kreditnog posla, otvara se više složenih pitanja. Najpre, postavlja se pitanje na koji način i kojim dokaznim sredstvima se utvrđuje da je poverilac, u konkretnom slučaju banka, znao ili je morao znati za nameru dužnika da ošteti ostale poverioce. Dodatno, sporno je ko je ovlašćen da vrši ocenu savesnosti postupanja po usvojenim procedurama procene kreditne sposobnosti korisnika kredita i jemca, na osnovu kojih dolazi do odobrenja kredita i prihvatanja kolaterala. Upravo u ovakvim situacijama dolazi do punog izražaja težina standarda dokazivanja i značaj pravilne pravne kvalifikacije samog ugovora, pre svega u pogledu toga da li je reč o teretnom ili dobročinom pravnom poslu.

Kroz analizu sudske prakse, razmotrićemo odluke čiji je predmet pobijanje ugovora o solidarnom jemstvu i založnih izjava stečajnog dužnika zaključenih u Sudska praksa je isprva zastupala tezu da je u pitanju dobročin pravni posao. Om roku radi obezbeđenja kreditnog posla, u kome su centralna pitanja postojanje namere oštećenja poverilaca i svesti banke o pretećoj nelikvidnosti dužnika. U našem primeru, nakon što je prvostepeni sud odbio tužbeni zahtev polazeći od stava da je jemstvo teretni pravni posao i da je banka postupala u skladu sa pravilima struke i sopstvenim internim procedurama, drugostepeni sud je zauzeo drugačiji stav, tretirajući jemstvo kao posao bez naknade i pripisujući banci uslovnu nameru, uz obavezu vraćanja naplaćenih sredstava (Presuda Privrednog suda u Pančevu P br. 195/19, od 4. februara 2022.; Presuda Privrednog apelacionog suda Pž br. 3486/22, od 26. maja 2022.). Posebno je značajno što su u dokaznom postupku sprovedena dva ekonomsko-finansijska veštačenja, koja su dala međusobno oprečne zaključke o postupanju i savesnosti banke prilikom zaključenja predmetnog ugovora. Odlučujući po vanrednom pravnom leku, Vrhovni sud je kvalifikovao jemstvo kao pravni posao uz naknadu i potvrdio da je banka, u skladu sa važećim bankarskim standardima, sprovedla adekvatnu analizu kreditne sposobnosti dužnika i podobnosti jemstva, čime je pobijani pravni posao ostavio na snazi. Ovakva revizijska odluka uspostavila je jasnu granicu između dužne pažnje kreditora i nedozvoljenog proširenja njegove odgovornosti, odbacujući pretpostavku svesti banke o nameri oštećenja poverilaca bez čvrstih dokaza i doprinosi pravnoj sigurnosti i stabilnosti kreditnih odnosa (iz obrazloženja: „banka kao finansijska institucija, koja između ostalog obavlja kreditne poslove, pri odobravanju kredita ispoštovala propisanu metodologiju koju sačinjava svaka banka u skladu sa svojom poslovnom politikom [...] Činjenica da je ugovorom o solidarnom jemstvu, založnim izjavama [...] opterećena imovina pravnog prethodnika stečajnog dužnika kao zavisnog društva prema banci [...] ne dovodi do zaključka o postojanju znanja banke kao saugovarača stečajnog dužnika o nameri da opterećenjem svoje imovine ošteti svoje poverioce“. Presuda Vrhovnog kasacionog suda P vž 1842/2023, od 23. juna 2023. god.).

I pored toga što je analizirana odluka po reviziji legitimna i zakonski argumentovana, njen domašaj je značajno umanjen zbog „zakasnele“ pravne zaštite. Razlog se ogleda u činjenici da su stečajni upravnik i stečajni sud vezani pravnosnažnom presudom, te zakon stečajnom upravniku, ukoliko su ispunjeni i ostali procesni uslovi, nalaže sprovođenje deobe. Samim tim, velika je verovatnoća da u momentu nastupanja pravde, neće biti dostupne imovine za namirenje obezbeđenog poverioca. Navedeno pokazuje da nedostatak pravovremene zaštite banku kao poverioca izlaže značajnom riziku, usled čega se reforma zakonskog okvira nameće kao nužan preduslov efikasnije zaštite u stečajnom postupku (Drobňak, 2025).

Ograničenje sudske zaštite i odgovornosti za povredu prava obezbeđenog poverioca

Iz dosadašnje analize položaja poverilaca i sigurnosti njihovog obezbeđenja uočavaju se brojni problemi proistekli iz sukoba između jezičkog i teleološkog tumačenja zakonskih normi, usled čega pitanje obima pravne zaštite koju banke, kao i drugi obezbeđeni poverioci, uživaju u stečajnom postupku, predstavlja predmet brojnih teorijskih i praktičnih neslaganja u savremenom stečajnom pravu. Kao što smo zaključili, iako po zakonski zasnovana sredstva obezbeđenja formalno garantuju pravo na odvojeno namirenje, praksa pokazuje da je otvaranje stečajnog postupka često momenat suspendovanja tog prava. Umesto da položaj obezbeđenog poverioca ostane neupitan, on se često relativizuje usled neujednačene sudske prakse, neusaglašenog tumačenja materijalnog prava i institucionalne rezervisanosti prema prioritetu naplate, što dovodi do situacija u kojima zasnovano pravo može izgubiti dejstvo, bilo subordinacijom u opšti ispladni red, bilo pobijanjem pravnog posla kojim je obezbeđenje uspostavljeno. Uprkos tome, nema osnova osporavati pravo aktivno legitimisanih lica da zahtevaju utvrđenje da određeni pravni posao ne proizvodi dejstvo prema stečajnoj masi, ili da poverilac nije ispunio zakonom propisane uslove za ostvarivanje prava na odvojeno namirenje. Ono što, međutim, ostaje sporno jeste permanentna neusklađenost sudske prakse, koja poverioca dovodi u položaj pravne neizvesnosti budući da kašnjenje u ostvarivanju formalno priznatog prava može ugroziti njegovu realizaciju. Takvo stanje, u krajnjem ishodu, dovodi u pitanje očuvanje vrednosti potraživanja u uslovima dužnikove neplatežnosti, kao osnovnu funkciju sredstva obezbeđenja.

U prethodnom poglavlju prikazani su primeri neujednačenog postupanja sudova prilikom priznavanja razlučnog prava u situaciji kada rešenje o upisu zaloge nije doneto pre nastupanja pravnih posledica otvaranja stečaja. I pored stava Vrhovnog suda, u našem pravnom sistemu sudska odluka ne predstavlja formalan izvor prava, te sudovi odlučuju na osnovu diskrecionog prava i sopstvenog tumačenja zakona, koje de facto može varirati „od slučaja do slučaja“. S obzirom da pravnosnažnost odluke nastupa okončanjem postupka po žalbi, ukoliko je ona izjavljena, stečajni upravnik i stečajni sud vezani su takvom odlukom. Ovo zakonsko rešenje implicira da u periodu između nastupanja pravnosnažnosti i odluke po vanrednom pravnom leku treba sprovesti glavnu deobu. Posledično, eventualna raspodela sredstava poveriocu kome je razlučno pravo priznato tek po okončanju postupka po reviziji može se vršiti samo iz naknadno utvrđene ili pribavljene imovine. Stoga je stečajni upravnik, sa aspekta zakona, po pravnosnažnosti presude dužan da sačini nacrt rešenja o glavnoj deobi, bez odlaganja do donošenja odluke po vanrednom pravnom leku (Pitanje: Poverilac kome je osporeno potraživanje u toku stečajnog postupka, nije uspeo u parnici za utvrđivanje osnovanosti osporenog potraživanja, i parnični postupak je pravnosnažno okončan. Poverilac ulaže reviziju protiv presude i postupak po reviziju je u toku. Da li podneta revizija predstavlja razlog da se ne sačini

nacrt rešenja za glavnu deobu stečajne mase koja je stvorena unovčavanjem celokupne imovine stečajnog dužnika? Odgovor: ... Podneta revizija ne predstavlja razlog da stečajni upravnik ne sačini nacrt rešenja za glavnu deobu stečajne mase, jer je stečajni upravnik dužan da sačini nacrt rešenja za glavnu deobu u situaciji kada je unovčio celokupnu imovinu stečajnog dužnika ili kada ima raspoloživih sredstava koja su dovoljna da se pristupi deobi. Bilten sudske prakse privrednih sudova 3/2020, pitanje br. 26).

Pravni režim štete nastale gubitkom prava bez krivice poverioca takođe je nedovoljno jasno uređen. Dok se u pojedinim slučajevima primenjuju opšta pravila obligacionog prava, u drugim poverilac ostaje u potpunosti uskraćen za ostvarivanje naknade. Primera radi, u situaciji gubitka prava na odvojeno namirenje zbog neispunjenja uslova upisa hipoteke do prodaje nepokretnosti, šteta koja nastane mogla bi se sagledati kroz razliku između iznosa koji bi banka ostvarila kao hipotekarni i iznosa koji naplati kao hirograforni poverilac. U tom slučaju država bi bila pasivno legitimisana u sporu za naknadu štete, s obzirom da je državni organ nesavesnim radom uzrokovao gubitak mogućnosti odvojenog namirenja iz imovine koja je bila predmet obezbeđenja. Ovde treba biti oprezan sa primenom roka zastarelosti potraživanja, koji se računa tri godine počev od dana saznanja za nastanak štete. Sudovi su stanovišta da šteta ne nastaje od dana namirenja u stečajnom postupku (te taj dan nije početak računanja roka propisanog članom 376 ZOO), već kao relevantan uzimaju momenat saznanje poverioca da nije stekao svojstvo razlučnog poverioca, što bi bio dan prijema drugostepene presude kojom mu to svojstvo nije potvrđeno (vidi: Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev 3792/21 od 16. decembra 2021.). Nasuprot izloženom, mišljenja smo da šteta nastaje po okončanju glavne deobe, i to od momenta naplate u redu hirografornih poverilaca, s obzirom na hipotetičku mogućnost da dođe do delimičnog namirenja. Pitanje naplate u stečajnom postupku moglo bi biti prethodno pitanje za rešavanje zahteva, ili pak predmet veštačenja u sudskom postupku.

Kada primenimo prethodnu analizu na slučaj u kojem bi pravo banke kao razlučnog ili založnog poverioca bilo priznato tek odlukom po vanrednom pravnom leku i nakon deobe sredstava naplaćenih iz vrednosti nepokretnosti na kojoj je postojalo obezbeđenje (pod pretpostavkom da je deoba izvršena na osnovu pravnosnažne sudske odluke), postavlja se pitanje iz kojih sredstava i na koji način banka može učestvovati u raspodeli ostatka stečajne mase. S obzirom da se ne može zahtevati preispitivanje sredstava već raspodeljenih po osnovu pravnosnažne odluke, poverilac nesumnjivo stiže pravo da učestvuje samo u deobi preostale imovine, ukoliko takva imovina uopšte postoji. Budući da je reč o obezbeđenim, razlučnim, odnosno založnim poveriocima, kao nedoumica se može javiti i da li, na osnovu prava priznatog po vanrednom pravnom leku, ovi poverioci zadržavaju pravo prvenstva namirenja na preostaloj imovini, ili se namiruju srazmerno u okviru isplatnog reda hirografornih poverilaca. Tumačenjem stečajnih propisa ne bi bilo moguće dati prednost obezbeđenom poveriocu kome je pravo priznato tek odlukom po vanrednom pravnom leku, s obzirom na to da predmet njegovog obezbeđenja nije više deo stečajne mase, već je ustupljen kupcu bez tereta, i ne postoji osnov za davanje prioriteta u isplati niti uspostavljanje novog prava na odvojeno namirenje. To dalje znači da se on namiruje kao i ostali hirograforni poverioci.

Korisno je napraviti poređenje sa situacijom kada na jednom predmetu obezbeđenja postoji više hipotekarnih poverilaca sa različitim datumom upisa prava. U datom slučaju, stečajni upravnik pre isplate iz vrednosti obezbeđenja utvrđuje redosled namirenja i sačinjava obračun za svakog poverioca po pravu prioriteta. Do spora može doći ukoliko se redosled namirenja nepravilno utvrdi i isplata izvrši poveriocu čije pravo nije bilo prvo po prioritetu. Povraćaj neosnovano primljenog iznosa po osnovu sticanja bez osnova se, u konačnici, može zahtevati od poverioca kojem je iz stečajne mase

isplaćen novčani iznos koji pripada poveriocu sa pravom odvojenog namirenja višeg ranga, imajući u vidu da je pravni osnov takve isplate izgubio pravno dejstvo. Pitanje naplate zavisi od strukture i broja poverilaca kojima je predmetni iznos isplaćen. Ukoliko je u pitanju pravno lice koje nije pre zaduženo, postoji određena izvesnost naknade štete (vidi: Presuda Privrednog apelacionog suda PŽ br. 6533/19 od 12. maja 2021.). Međutim, sredstva mogu biti raspoređena poveriocu koji tokom trajanja postupka postane nelikvidan ili sredstva tuđi, kao i fizičkom licu, ili na više njih, u kom slučaju bi šteta faktički bila nenaknadiva.

Iz navedenog proizilazi zaključak da ne postoji odgovornost za neblagovremeno priznavanje zakonito i legitimno stečenog prava. Sudija, po Ustavu i zakonu, odlučuje samostalno i nezavisno, što onemogućava da se šteta naknadi u slučajevima različitog tumačenja prava. Nezavisnost sudija i samostalnost u odlučivanju predstavljaju temeljni postulat ustavnog poretka, zbog čega je bespredmetno postavljati pitanje odgovornosti za različito pravno shvatanje ili za način tumačenja pravne norme u odnosu na konkretno činjenično stanje. Odgovornost je isključena i u slučajevima pogrešne primene zakona, a samim tim i mogućnost potraživanja naknade štete. Stoga, za različite poverioce ne postoji efikasan pravni put za naknadu štete proistekle iz nedosledne primene zakona od strane sudova. Izuzetak postoji jedino u slučaju nezakonitog ili nepravilnog rada državnih organa, kada pasivnu legitimaciju u postupku ima Republika Srbija. Ipak, i granice ove odgovornosti u praksi se tumače izrazito restriktivno, što u značajnoj meri ograničava mogućnost poverilaca da ostvare naknadu štete.

Zaključna razmatranja

U radu je analiziran paradoks položaja banaka kao obezbeđenih poverilaca u stečajnom postupku: iako formalno uživaju prioritet u namirenju, obim njihove pravne zaštite u praksi se relativizuje usled neujednačenosti standarda tumačenja prava. Razjasnili smo i da nastupanjem pravnih posledica otvaranja stečaja, obezbeđeni poverioci ne stižu pravo na odvojeno namirenje ipso facto, već tek nakon ocene ispunjenosti zakonom propisanih uslova. Otuda, učvršćivanje položaja obezbeđenih poverilaca ne može biti samo rezultat selektivne intervencije zakonodavca, već sistemskog usklađivanja normativnih rešenja i sudske prakse.

Kao najranjiviji segment u strukturi kolaterala izdvajaju se ugovori o jemstvu. Razlog tome nije isključivo u tumačenju njihove pravne prirode, već i u načinu na koji sudovi pristupaju oceni savesnosti banke kod poboynih pravnih poslova. Umesto dosledne primene utvrđenih kriterijuma i pravno relevantnih indikatora, sudske odluke se često zasnivaju na dokazima nepotkrepljenoj oceni da je banka „morala znati“ za nameru dužnika da ošteti svoje poverioce. Pri tome, važno je naglasiti da, u duhu našeg zakona, oštećen može biti bilo koji poverilac čije je potraživanje nastalo i nakon izvršenja poboynje radnje. Ovakva arbitrarnost u oceni dokaza dovodi do situacije u kojoj se i formalno valjano obezbeđenje, u stečaju obesnažuje, kao da je reč o simulovanoj ili prevarnoj radnji. Posledično, pravna sigurnost biva narušena, dok poverioci ostaju bez adekvatne zaštite, iako su postupali zakonito i u dobroj veri.

U literaturi su prisutna i stanovišta koja zagovaraju ublažavanje uslova za pobijanje pravnih radnji. Eventualno prihvatanje kulpozne Paulijanske tužbe, odnosno ublažavanje strukture subjektivnog elementa na strani poverioca, ili pak potpuna objektivizacija uslova za pobijanje, značajno bi ugrozilo položaj banaka i otvorilo prostor za zloupotrebe od strane dužnika u stečaju. U tom slučaju, namera bi se dokazivala samo na strani dužnika, dok bi se kod poverioca zahtevala tek svest o mogu-

ćoj šteti, što bi značajno pojednostavilo postupak pobijanja. S obzirom na dužinu pobjojnih rokova, koji se računaju retroaktivno od dana podnošenja predloga za otvaranje stečaja, zakonodavni okvir mora odgovoriti na situacije u kojima dužnik u dužem predstečajnom periodu pribegava prikrivanju imovine ili selektivnom namirenju poverilaca. Iako je namerno oštećenje poverilaca najčešći osnov pobijanja, u praksi ono nosi određene rizike, naročito u pogledu ocene svesti i znanja saugovarača o dužnikovoj nameri, zbog čega se pravna zaštita često ostvaruje tek u postupku po vanrednim pravnim lekovima.

Produbljena analiza ovog pitanja ukazuje i na to da se ocena savesnosti banke, odnosno njenog znanja i svesti o nameri stečajnog dužnika, ne može valjano zasnivati na nalazu i mišljenju veštaka ekonomsko-finansijske struke. Pravilna ocena, naime, zahteva utvrđivanje da li je u konkretnom slučaju postupljeno u skladu sa važećim regulatornim standardima, internim procedurama i zakonski uspostavljenim pravilima bankarskog poslovanja. U pogledu unapređenja sudske prakse, sud bi morao pribaviti mišljenje institucije za nadzor i kontrolu nad radom banaka (Terzić, 2023), specijalizovane da da ocenu zakonitosti, pa samim tim i savesnosti njihovog postupanja. Nasuprot tome, ekonomsko-finansijsko veštačenje prvenstveno je usmereno na kvantitativnu analizu finansijskih tokova i rezultata, te po svojoj prirodi ne može obuhvatiti vrednosnu ocenu usklađenosti sa regulatornim pravilima i standardom pažnje u bankarskom poslovanju. Stoga bi ovo dokazno sredstvo valjalo uvesti kao redovnu praksu sudova u sporovima u kojima se ocenjuje savesnost na strani banke.

Izložena analiza upućuje na zaključak da je poželjno razmotriti uvođenje posebnog zakonskog tretmana poverilaca čija je osnovna delatnost davanje kredita, poput pravila koja važe za transakcije između povezanih lica sa stečajnim dužnikom u periodu od jedne godine pre otvaranja stečajnog postupka. Takav pristup podrazumevao bi eventualno skraćivanje rokova za pobijanje pravnih poslova po osnovu namernog oštećenja poverilaca, kao i pretpostavku savesnosti kreditora, u cilju postizanja ravnoteže između delotvorne kontrole zakonitosti i očuvanja pravne sigurnosti (ZOS u članu 123 stav 2 i 3 izuzima od pobijanja poverioce čija je redovna delatnost davanje kredita ili zajmova, u situaciji davanja i vraćanja kredita/zajma u poslednjoj godini pre dana otvaranja stečajnog postupka). Pored toga, potrebno je jasno propisati pretpostavku upisa zaloge na dan podnošenja urednog zahteva, čime bi se u potpunosti otklonila postojeća pravna nesigurnost. De lege ferenda opravdanim čini se i uvođenje standarda pribavljanja mišljenja institucije nadležne za nadzor i kontrolu nad radom banaka, u svim sudskim postupcima u kojima se ocenjuje savesnost banke, a posebno onim čiji je predmet pobijanje pravnih radnji u stečaju. Konačno, u pogledu deobe stečajne mase, iako zakon upućuje na raspodelu nakon pravnosnažnosti presude, osnovanim smatramo odlaganje sprovođenja deobe do okončanja postupka po vanrednom pravnom leku, čime se sprečava nastanak nenadoknadive štete i obezbeđuje delotvorna zaštita prava poverilaca.

Literatura

1. Adler, E. i Triantis, G. (2017). Debt Priority and Options in Bankruptcy: A Policy Intervention. *American Bankruptcy Law Journal*.
2. Ajnšpiler Popović, G. (2015). Pojam i položaj založnog poverioca. Zbornik radova sa Dvadeset trećeg savetovanja sudija privrednih sudova Republike Srbije. Privredni apelacioni sud, Beograd.
3. Baird, D. G. (2017). *Elements of Bankruptcy*. Foundation Press.
4. Drobnjak, B. (2025). Konflikt kolektivnog interesa i obezbeđenog potraživanja kroz pobijanje

ugovora o jemstvu u stečajnom postupku. Poslovni izazovi 2025. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.

5. Hiber, D. (2015). Pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postupku. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1/2015. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.

6. Hiber, D. i Živković, M. (2016). O odnosu (konkurenciji) zaloge i jemstva. Zbornik Liber Amicorum Gašo Knežević. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.

7. Miller, R. i Jentz, G. (2006). Business Law Today. 7th edition. Thomson, Mason, Ohio.

8. Radović, V. (2018a). Stečajno pravo – knjiga prva. 2. izdanje. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.

9. Radović, V. (2018b). Stečajno pravo – knjiga druga. 2. izdanje. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.

10. Radović, V. (2022). Komentar Zakona o stečaju. Službeni glasnik.

11. Slijepčević, D. i Radović, M. (2023). Pobijanje pravnih radnji i kompanijske tužbe kao instrumenti zaštite poverilaca u stečajnom postupku. Zbornik radova 36. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović. Kopaonička škola prirodnog prava.

12. Slijepčević, D. i Radović, M. (2024). Posledice neprijavlivanja obezbeđenog potraživanja na nepokretnosti u stečajnom postupku. Zbornik radova „Aktuelni problemi u radnom, građanskom, privrednom i procesnom pravu“. Glosarijum.

13. Šabović, Š. (2015). Kreditni rizik savremene banke. Ekonomski signali: poslovni magazin 10(2). Viša ekonomska škola u Peći.

14. Terzić, B. (2023). Odgovornost banke platioca u slučaju prevare sa autorizovanim platnim nalogom. Bankarstvo 4/2023. Udruženje banaka Srbije.

15. Tešić, N. (2019). O izvršnosti založne izjave. Pravni život 10/2019. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.

16. Vasiljević, Z. (2023). Pravne posledice otvaranja stečaja nad korisnikom kredita. Poslovni izazovi 2023. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.

17. Warren, E., Westbrook, J. L., Porter K., Pottow J. (2020). The Law of Debtors and Creditors: Text, Cases, and Problems. 8th edition. Wolters Kluwer.

18. Welch, I. (1997). Why is bank debt senior? A theory of asymmetry and claim priority based on influence costs. The Review of Financial Studies 10(4). Oxford University Press.

19. Wright, S. (2006). International loan documentation. Palgrave Macmillan, Hampshire-New York.

Pravni izvori

1. Evropska banka za obnovu i razvoj (2015). Nacrt analize postojećih prepreka za prodaju problematičnih kredita u Srbiji. Preuzeto 12. decembra 2025. sa <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/rs/pdf/2017/01/npl-resolution-in-serbia.pdf>.
2. Odgovori utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda. (2015). Bilten sudske prakse privrednih sudova 4/2015. Privredni apelacioni sud, Beograd.
3. Odgovori utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda. (2017). Bilten privrednih sudova 3/2017. Privredni apelacioni sud, Beograd.
4. Odgovori utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda. (2018). Bilten sudske prakse privrednih sudova 4/2018. Privredni apelacioni sud, Beograd.
5. Odgovori utvrđeni na sednicama Odeljenja za privredne sporove Privrednog apelacionog suda. (2020). Bilten sudske prakse privrednih sudova 3/2020. Privredni apelacioni sud, Beograd.
6. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Prev br. 26/2018, od 27. septembra 2018.
7. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž br. 6533/19, od 12. maja 2021.
8. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev br. 3792/21, od 16. decembra 2021.
9. Presuda Privrednog suda u Pančevu, P br. 195/19, od 4. februara 2022.
10. Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž br. 3486/22, od 26. maja 2022.
11. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Pvž br. 1842/2023, od 23. juna 2023.
12. Rešenje Vrhovnog kasacionog suda, Rev br. 23/2015, od 15. septembra 2015.
13. Zaključak o listi utvrđenih i osporenih potraživanja Privrednog suda u Kraljevu, St br. 23/2011, od 21. marta 2022.
14. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, Sl. glasnik RS br. 106/2015, 106/2016 - autentično tumačenje, 113/2017 - autentično tumačenje, 54/2019, 9/2020 - autentično tumačenje, 10/2023 - dr. zakon i 91/2025.
15. Zakon o obligacionim odnosima - ZOO, Službeni list SFRJ 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, Službeni list SRJ 31/93, Službeni list SCG 1/2003 - Ustavna povelja i Službeni glasnik RS 18/2020.
16. Zakon o stečaju - ZOS, Službeni glasnik RS 104/2009, 99/2011 - dr. zakon, 71/2012 - odluka US, 83/2014, 113/2017, 44/2018, 95/2018 i 44/25 - odluka US.

COLLATERAL IN BANKRUPTCY: THE LIMITS OF PROTECTION OF SECURED RIGHTS

Bojana Drobnjak, attorney, PhD student, University of Belgrade, Faculty of Law
ORCID: 0009-0007-0973-5029,
email: drobnjak@drobnjaklegal.com

DOI: 10.5937/bankarstvo2602042D

Received: 26.12.2025
Accepted: 22.04.2026

Summary: *Banks typically occupy a dominant position in bankruptcy proceedings involving borrowers, a fact underscored by the competing interests of various creditor classes. The distinction between secured and unsecured creditors, established in the pre-bankruptcy phase, does not grant an automatic right of separate satisfaction upon the commencement of proceedings; rather, such rights are contingent upon statutory requirements and judicial verification. This article re-examines the legal standing of creditors in their multifaceted roles - as secured creditors, pledge creditors, and counterparties in potentially avoidable transactions. Within this framework, particular focus is placed on the scope of the avoidance of pre-bankruptcy transactions (actio Pauliana), inconsistent criteria for recognising recovery rights, divergent interpretations of the legal nature of guarantee, and judicial inconsistency regarding the assessment of a bank's 'bad faith'. The article further explores the broader economic and legal implications of non-recoverable claims and argues for legislative reform and the harmonisation of judicial practice to enhance legal certainty.*

Keywords: bankruptcy proceedings, bank, creditor, borrower, right of separate satisfaction, security right, guarantee, avoidance of pre-bankruptcy transactions

JEL classification: G33, K22, G21

Introduction

The fate of collateral is one of the central issues in any analysis of a bank's position as a creditor in bankruptcy proceedings, given that security instruments, such as mortgages and bills of exchange constitute the principal means of protecting claims in the pre-bankruptcy phase. Credit risk management encompasses not only an assessment of the debtor's capacity to perform its obligations on a regular basis, but also a timely appraisal of insolvency risks. From the moment insolvency occurs, security becomes the sole mechanism for preserving the bank's right to separate satisfaction, and, consequently, its priority in recovery. At the same time, this approach mitigates moral hazard, as risk is often assumed under conditions of asymmetric information, rendering security a *conditio sine qua non* of sustainable lending (Šabović, 2015). Although the legislation appears to regulate separate satisfaction in bankruptcy with considerable care, judicial practice has revealed a series of ambiguities, thereby demonstrating a need for legislative intervention and the harmonisation of court rulings. At the intersection of the obligations and bankruptcy rules, complex theoretical and practical questions arise concerning the position of creditors whose claims are secured by in rem or personal security instruments at the moment when the legal effects of the commencement of bankruptcy arise. Although such creditors, in principle, enjoy priority in recovery, their standing remains contingent upon the fulfilment of numerous formal requirements. In practice, the limits of legality and fairness are frequently tested through the search for a balance between protecting individual interests and maximizing the bankruptcy estate. It is thus at the boundary between normative solutions and inconsistent judicial practice that the question arises as to the extent to which security 'survives' the commencement of bankruptcy proceedings, the conditions under which it does so, and the extent to which it retains its legal effect in bankruptcy, as well as the criteria used in practice to assess the bank's subjective knowledge regarding the debtor's intention to prejudice other creditors.

The methodological approach of this article is grounded in a normative-doctrinal analysis of Serbian law, accompanied by a review of judicial practice and a selective comparative method. The research is primarily directed towards identifying deficiencies in the existing legislative framework, assessing its effects, and formulating appropriate *de lege ferenda* proposals. Within this framework, the article examines the legal regime of collateral in bankruptcy, with particular emphasis on the recognition of a mortgage as the basis for separate satisfaction, the treatment of conditionally recognised and disputed claims, as well as the conditions under which security established during the 'suspect period' may be avoided. The selection of this topic is driven by the necessity to highlight the weaknesses of the existing normative framework regarding the protection of secured creditors, primarily banks, and to illuminate the zone of conflict between transactional certainty and the preservation of the bankruptcy estate. In addition to the borrower, the analysis extends to the position of the surety and the third party that constitutes in rem security over their own assets for another's debt (the pledge debtor), whose procedural position in bankruptcy proceedings differs fundamentally from that of the borrower.

The article specifically addresses several questions of fundamental importance for the legal certainty of collateral: (a) the legal force of unregistered security, namely the creditor's legal standing of the creditor when a decision on the registration of security right, particularly a mortgage, has not been issued by the time bankruptcy takes effect; (b) the impact of the commencement of bankruptcy proceedings on the legal standing of the surety and the pledge debtor; (c) the scope of the *actio Pauliana* in practice, especially regarding the avoidance of pledge statements and suretyship

agreements; and (d) compensation for losses caused by the 'belated' recognition of security, specifically, whether a creditor is entitled to damages when the right of separate satisfaction is recognised only following a decision rendered on an extraordinary legal remedy.

Security in Loan Transactions: A Comparative Perspective on Selected Institutions of United States Bankruptcy Law

In addition to its mandatory elements, a loan agreement as a rule contains specific clauses designed to protect the bank's interests in the event of default or the onset of the borrower's insolvency. Comparative practice has developed the institution of so-called "ipso facto clauses" (bankruptcy clauses), which provide for accelerated repayment and, in some instances, for the automatic maturity of claims and their recovery prior to the time provided for under the rules governing bankruptcy proceedings. Although such clauses may, on the one hand, successfully forestall the risk of non-payment, they, on the other hand, leave banks room for overreaction even in situations in which the debtor is not in fact threatened by bankruptcy (Wright, 2006). Alongside contractual clauses, personal security and in rem security rights play a central role in credit transactions, and their cumulative or alternative use is common practice to reinforce the creditor's position in the event of a breach of contractual obligations. The heterogeneous nature of security allows the creditor to select from various options prescribed by law, thereby increasing the predictability and certainty of recovery. The primary instrument in this context is a security right over immovable property owned by the bankruptcy debtor, which grants the bank the 'privileged' status of a secured creditor (i.e. a creditor with a right of separate satisfaction). Where the borrower lacks assets to encumber, security may take the form of a third-party suretyship, under which the surety undertakes, in accordance with the contractual terms governing maturity and performance, to satisfy the debt if the principal debtor fails to do so, or a security right whereby a third party creates an encumbrance over its own assets in favour of the bank (Law of Contract and Torts, Arts. 997-1019). Upon the commencement of bankruptcy proceedings against a third party acting as pledge debtor, the bank acquires the status of a pledge creditor (Law on Bankruptcy, Art. 49(5)).

Against this background, it is important to clearly distinguish a pledge, as an in rem security right, from suretyship, as a form of personal security, particularly because the literature has previously questioned whether creating a pledge for another's debt implies that the pledgor is also a surety, or whether the rules on suretyship apply to such a pledge (Hiber, Živković, 2016). The assumption that the pledgor tacitly assumes the obligation of a surety lacks any legitimate justification (Ibid). The owner of the pledged asset at the time of satisfaction need not be the party who originally concluded the pledge agreement, as encumbered immovable property remains an object of legal commerce even after the security is established. Therefore, the only defensible interpretation, and the one that prevails in both doctrine and practice, is that a person who pledges assets for another's debt does not become a surety and is not liable with their entire estate; rather, the creditor may seek satisfaction exclusively from the encumbered asset or right.

Although reorganisation is not the primary focus of this article, certain institutions of United States bankruptcy law serve as relevant comparative examples of legislative solutions that strengthen a creditor's position upon the onset of bankruptcy. In the Serbian system, banks may perform an analogous role, which is why examining the legal protections afforded to their status is of particular importance. The comparative reference to reorganisation therefore serves an illustrative function, in that it demonstrates how a developed legal system regulates the interplay between existing security,

new forms of financing, and the creditor's standing in bankruptcy.

The full legal significance of collateral emerges most clearly in these circumstances. United States bankruptcy law has developed mechanisms that provide special incentives for creditors, particularly banks, to supply the debtor with so-called 'new money', upon which the success of reorganisation often depends (Miller, Jentz, 2006; Warren, Westbrook, 2020). Of particular importance are the concepts of administrative priority and superiority, through which the court may authorise new loans to a 'debtor in possession' while granting them priority in recovery over pre-petition claims (Radović, 2018b). Whereas administrative priority grants the claim the status of a claim against bankruptcy estate, superiority goes a step further, allowing satisfaction even before other administrative expenses. These institutions serve as a useful comparative model for understanding the limits of protection afforded to existing collateral and the position of pre-existing secured creditors in Serbian bankruptcy law. Their comparative value does not alter the fact that their application in American law is neither straightforward nor free from theoretical and practical controversy. Scholarly discourse shows that, even in systems with developed priority rules, fundamental questions remain regarding their application and their interplay with previously established rights (Baird, 2017; Warren, Westbrook, Porter, Pottow, 2020). Welch, in particular, emphasises the impact of negotiation and lobbying costs on the actual reach of the absolute priority rule (Welch, 1997), whereas Adler and Triantis further observe that this is an area subject to constant adaptation to the needs of modern commerce (Adler, Triantis, 2017).

A proposal for the introduction of a comparable priority rule in the Republic of Serbia originated with the European Bank for Reconstruction and Development, specifically for situations where a bank injects 'new money' into a company within a pre-packaged reorganisation plan. Under this proposal, if creditors holding two-thirds of the total claims consent, claims arising from subsequent financing would, if the pre-packaged reorganisation plan fails and bankruptcy proceedings are opened, be treated as claims of the bankruptcy estate (Draft of Analysis of the existing impediments to the sale of NPLs in Serbia, 2015; https://mfin.gov.rs/upload/media/yclonv_6016d68d921a2.pdf). This proposal reflects a broader tendency in comparative law towards strengthening the priority position of creditors who preserve the debtor's liquidity, whereas Serbian law has thus far not embraced such a legal transplant.

The Bank as a Secured Creditor in Bankruptcy: The Right of Separate Satisfaction

The mortgage over immovable property is the most prevalent instrument of in rem security for credit claims; accordingly, this section focuses on its legal regime in bankruptcy. The right to satisfaction from a mortgage is acquired through registration in the real estate register based on a final judicial decision, or an agreement/pledge statement, serving as the basis for registration pursuant to the rules governing the notation of encumbrances. Outside of bankruptcy, the law classifies both the pledge statement and the mortgage agreement as enforceable documents suitable for initiating execution proceedings (Tešić, 2019). The privileged status of secured creditors and pledge creditors does not violate the *pari passu* principle of equal satisfaction in the remaining payment ranks, since the law establishes mandatory conditions under which separate satisfaction is recognised, while the principle of equality applies only to creditors within the same payment rank. If a secured creditor is not satisfied from the value of the encumbered asset, the claim is effectively bifurcated, and the deficiency 'flows over' into the rank of unsecured creditors. Notably, unlike pledge creditors,

secured creditors are entitled to representation on the creditors' committee, thereby allowing direct supervision of the proceedings and the work of the bankruptcy administrator, whereas their participation in the assembly of creditors, however, is not prescribed by law. The law grants the secured creditor a right of pre-emption in respect of assets sold by private treaty over which a right of separate satisfaction has been established (Law on Bankruptcy, Art. 136g). Certain general rules governing the acquisition of security, the right of pre-emption, and the method of satisfaction apply to secured and pledge creditors alike (Vasiljević, 2023).

For a creditor to acquire a right of separate satisfaction from immovable property, several conditions must be met: (a) on the day bankruptcy proceedings are opened, a claim against the bankruptcy debtor must exist; (b) the immovable property serving as collateral must form part of the bankruptcy estate; (c) the existing right of separate satisfaction must be valid under the applicable non-bankruptcy rules; and (d) a proper and timely proof of claim must have been filed in the bankruptcy proceedings (Radović, 2022).

The first condition concerns the very legal nature of the right of separate satisfaction, which fundamentally distinguishes it from a pledge right in bankruptcy. A secured creditor is one who holds a claim against the bankruptcy debtor as of the commencement date. The existence of a valid claim is a prerequisite for recognising the right of separate satisfaction. The specific position of the secured creditor lies in the fact that its claim is secured by collateral, and that it is therefore entitled to separate satisfaction from the proceeds of the collateral. If the creditor renounces this right or if, through no fault of its own, the claim is not fully satisfied from the encumbered property, the creditor retains its status and pursues the unsatisfied balance as an unsecured creditor (Law on Bankruptcy, Art. 49(2)).

The second condition pertains to the legal status of the asset subject to a right of separate satisfaction, which must form part of the bankruptcy estate. Where a creditor's claim is secured by the assets of a third party, the bank, in bankruptcy proceedings opened against the borrower, does not hold the status of a secured creditor and may lodge its claim only as an unsecured creditor. It is equally possible that, prior to the opening of bankruptcy, the asset over which security has been established is alienated. Although such alienation does not extinguish the encumbrance, it nevertheless prevents the enforcement of the right of separate satisfaction in the borrower's bankruptcy proceedings.

The third condition requires a valid legal basis under the applicable non-bankruptcy rules. Such basis may consist in a security right created by a pledge statement given by the borrower, a contract or other transaction, statute, a right of retention, or a right of satisfaction arising from enforcement proceedings.

Timely filing of the claim is a *conditio sine qua non* for acquiring the status of a secured creditor. If the bank fails to file its claim within the statutory preclusive period, it loses the right to satisfaction in the bankruptcy proceedings. This rule, however, does not apply to the pledge creditor (Law on Bankruptcy, Art. 111(5)). Some authors have expressed reservations about this legislative solution for placing the secured creditor in a procedurally less favourable position to the pledge creditor by mandating the filing of a claim. Such a distinction is particularly contentious given that a mortgage, as security, does not automatically extinguish merely because the secured claim was not filed in the bankruptcy case (Slijepčević, Radović, 2024). During the claims' examination phase, the bankruptcy administrator determines their legal basis, amount, and payment rank and prepares a list of recognised and disputed claims, as well as the

order of satisfaction of secured and pledge creditors. A claim may be recognised unconditionally or conditionally, its secured status may be disputed while the underlying claim is recognised as an unsecured claim, or it may be disputed in full or in part.

Conditional Recognition and Contestation of the Right of Separate Satisfaction

A conditional claim is defined by law as a claim dependent upon a resolutive or suspensive condition. If a suspensive condition does not occur by the time the decision on the final distribution of the bankruptcy estate becomes final, the creditor forfeits the conditionally recognised right (Law on Bankruptcy, Art. 87). This becomes problematic when, at the commencement of bankruptcy, a bank has not yet secured a registered mortgage but holds a notation of a pending application. In such cases, judicial practice reveals differing approaches, thereby raising the question of the proper legal characterisation of the claim and the creditor's position. Where a secured creditor, in whose favour no mortgage registration decision has yet been issued, is not granted an unconditional right of separate satisfaction, two scenarios may arise. Either the mortgage is registered after the legal consequences of bankruptcy have arisen, but no later than the sale of the immovable property constituting the collateral, or no decision on registration is issued by the time of the sale of that property.

This dilemma appears to have been resolved by the position of the Supreme Court, which has held that the mortgage registration effected after the opening of bankruptcy proceedings, but before the sale of the immovable property, produces retroactive effect with respect to the constitution of the right of separate satisfaction. Under this procedural framework, the court is required to recognise the creditor's unconditional right of separate satisfaction, treating the date of duly filed application for registration as the relevant moment for establishing priority. Although the statutory provision stipulates that a mortgage is created upon registration in the competent immovables register is semantically clear, such an interpretation would be contrary to the statutory and constitutional principles designed to protect the creditor in the proceedings. Judicial practice has not always adopted this view. Courts of first and second instance interpreted the rule on mortgage registration in a strictly literal manner, refusing to recognise the bank as a secured creditor where, by the commencement date, no cadastral decision had yet been issued. The Supreme Court adopted the view that a claim acquires secured status as of the date on which a proper application is filed, provided that registration is subsequently effected on that basis (Supreme Court of Cassation, Prev 26/2018, 27 September 2018).

The retroactive effect of registration, which appears to be the prevailing view, is entirely justified, because it is not a matter of avoiding transactions, but of protecting a lawfully initiated procedure which the bank set in motion in a timely manner and which was suspended due to the inefficiency of administrative authority responsible for its implementation. Owing, however, to the existence of a legislative lacuna, practice may fail to follow this position, in which case the creditor's right of separate satisfaction is recognised subject to the condition that the mortgage registration decision be issued by the date of sale of the immovable property. If the cadastre fails to register the mortgage within that period, the bank loses the right of separate satisfaction due to non-fulfilment of the condition, and the claim is relegated to the regime of unsecured claims, thereby significantly reducing the likelihood of recovery and undermining the purpose of the security (Law on Bankruptcy, Art. 87). Mortgage registration may be delayed due to previously pending applications, since registration in

the real estate cadastre and the order of priority are determined by the time of filing the application for registration (*prior tempore potior iure*). From the standpoint of legal certainty, it is entirely unjustified to expose the creditor to the risk of losing a priority right to which it is entitled *ex lege* merely due to the inefficiency of the real estate cadastre responsible for registration.

It is therefore evident that, despite the predominantly prevailing view in practice regarding the presumption of registration, courts and bankruptcy administrators frequently interpret the relevant statutory rule in a strictly literal sense and deny the right of separate satisfaction to a secured creditor, or even a pledge creditor, who, at the time bankruptcy is opened, does not yet have a formally registered security right. The collision of legal positions leads to protracted litigation, a reduction in the value of collateral, and the potential inability to recover the claim. In addition, the time required to decide upon revision reduces the likelihood of recovery even further where the bank's right of separate satisfaction is recognised only on the basis of an extraordinary legal remedy. The position of the Supreme Court indicated that a duly filed application for registration is sufficient for the acquisition of secured status, notwithstanding that the registration decision is issued. It is recalled that, although Serbian courts participate in the development of the law, in the civil law system the final word rests with the legislature. For that reason, such case law does not provide complete legal certainty to the secured creditor. In our view, due to the conflict between the literal and teleological interpretation of the statutory provision, there is a need for clear statutory regulation of the retroactive effect of the creation of secured and pledge rights as of the date of filing of a proper application, together with a presumption of registration in the event of the opening of bankruptcy proceedings, irrespective of whether the registration decision has been issued by the time of sale or not, as it is provided by the introduction of a presumption of registration of enforcement orders under the law (Law on Enforcement and Security, Art. 155(2)). In addition, prescribing priority treatment of revision proceedings in such cases as especially urgent would also substantially reduce the risk of loss.

The Bank as a Pledge Creditor in Bankruptcy Proceedings

Serbian bankruptcy law did not originally recognise the category of the pledge creditor. Yet, due to the need to regulate the legal standing of creditors whose claims are secured over the assets of persons with whom they are not in an obligatory legal relationship, this category was introduced by amendment in 2014. The statutory definition explicitly provides that pledge creditors are neither unsecured creditors nor secured creditors, precisely in order to underline the specificity of their position. In secured credit transactions, security in the form of a pledge is frequently provided by a third party that has no debtor-creditor relationship with the bank. From the creditor's perspective, acceptance of the view that a person who provides a pledge for another's debt is at the same time a surety would be advantageous, as it would enable the bank to file its claim as a secured creditor both in the bankruptcy of the pledgor and in the bankruptcy of the principal debtor (Hiber, Živković, 2016). However, as previously explained, it cannot be presumed that the pledgor is *ex lege* a surety of the borrower. The provision of a pledge as security for another's debt must therefore be distinguished from suretyship as a form of personal security. A suretyship agreement creates an obligatory relationship between the creditor and a third party, who personally guarantees the debt to the same extent as the principal debtor, and over whose assets the bank may hold a pledge. If, at the time bankruptcy is opened, the bank holds a claim against the bankruptcy debtor on the basis of a joint and several suretyships, and simultaneously holds a mortgage over that debtor's assets, its status as a secured creditor is undisputed, as both personal and proprietary liability coincide in the

same person. By contrast, where the bankruptcy debtor is solely a pledgor, and thus guaranteeing only with assets and without assuming personal liability, the bank does not hold the status of a secured creditor but that of a pledge creditor, which is subject to a different regime of rights in bankruptcy proceedings.

Although pledge creditors are also entitled to a right of separate satisfaction, which at first sight places them in the same general regime, there are features that significantly distinguish them from secured creditors and, in practice, place the bank in a less favourable position, with a higher risk of either non-recovery from the security or the avoidance of the transaction by which the security was created. As previously noted, the defining characteristic of the pledge creditor is the absence of a debtor-creditor relationship with the bankruptcy debtor. This means that the bank has no claim against the pledge debtor, but rather against its borrower as principal debtor, and therefore, if the collateral is insufficient, it cannot file its claim as a bankruptcy claim against the pledge debtor. The distinction between the borrower as principal debtor and the pledge debtor may arise *ab initio*, where a third party, at the time of concluding the credit transaction, provides the bank with security over its own assets for the borrower's account, or *ex post*, through the right of tracing, where a third party subsequently acquires ownership of immovable property already encumbered by an *in rem* security right.

A second feature is that pledge creditors lack the standing to initiate bankruptcy proceedings, which follows logically from the nature of its claim. The rights of pledge creditors are proprietary in nature, and the existence of such rights in relation to the bankruptcy debtor does not make them creditor in the sense of the law of obligations. It would, in any event, not ordinarily be in the bank's interest, as pledge creditor, to initiate bankruptcy proceedings, given that recovery is more certain outside bankruptcy (Ajnšpiler Popović, 2015). Where the statutory conditions are met, the bank may instead initiate judicial or extrajudicial proceedings for satisfaction from the encumbered immovable property.

A third feature is that, unlike rights of separate satisfaction, pledge rights created through enforcement or security measures for the compulsory collection or securing of claims against a third party within sixty days prior to the opening of bankruptcy proceedings do not cease to be valid. The avoidance of pre-bankruptcy transactions is the only legal mechanism for challenging such rights (Radović, 2018a).

A fourth feature, arising from the absence of an obligatory relationship with the bankruptcy debtor, is that the pledge creditor is under no statutory obligation to file a claim in bankruptcy proceedings. The law requires the pledge creditor, within the prescribed filing period, to notify the bankruptcy administrator of the existence of the pledge right, submit evidence thereof, and provide a statement of the amount of its claim against the third party - the principal debtor. Unlike other creditors, for whom the filing period is preclusive and whose failure to act results in loss of rights, the notification period for pledge creditor is merely instructive. Consequently, late notification does not preclude satisfaction. Nevertheless, the bankruptcy administrator may otherwise be unable to ascertain the existence and scope of the pledge right, which is why timely notification is significant for both the creditor and the bankruptcy debtor. The pledge creditor does not lose its status if notification is not submitted, but it may thereby find itself in a less unfavourable procedural position that restricts its ability to protect its rights in the proceedings. If, on the other hand, notification is submitted in due time, the pledge creditor acquires the status of a party to the proceedings, with all rights conferred

by law (see further Ajnšpiler Popović, 2015).

A fifth feature of particular concern is the maturity of the claim under the loan agreement. In the case of pledge rights, the rule of automatic maturity upon the commencement of bankruptcy proceedings does not apply. The pledge creditor, like the secured creditor, is entitled to separate satisfaction from immovable property forming part of the bankruptcy estate. Yet the opening of bankruptcy proceedings accelerates only claims against the bankruptcy debtor, not claims against third parties. Therefore, recognition of the pledge right must be distinguished from its realisation. The question of maturity of the pledge creditor's claim against the principal debtor does not affect the recognition of the pledge right in bankruptcy; maturity is, however, a decisive condition for the realisation of the pledge right and for separate satisfaction after the sale of the immovable property. If the claim against the principal debtor, against whom no bankruptcy proceedings have been opened, has not matured by the time of the final distribution, the bankruptcy administrator has no basis to satisfy the pledge creditor, as this would amount to payment of debt before maturity and without the statutory conditions for realisation being met (see Bulletin of Commercial Courts, 3/2017, Questions 10 and 11). Conversely, if the claim has matured by the time of final distribution but remains unpaid, the pledge creditor is satisfied from the previously reserved funds.

It is also worth mentioning the situation in which bankruptcy proceedings are opened, both against the principal debtor and against the pledgor. In such cases, a pledge creditor holding security over the assets of the pledgor may simultaneously participate in both bankruptcies, particularly where the debtors are related entities. The presumption of maturity on the date of opening of bankruptcy proceedings against the principal debtor extends its effects to the bankruptcy proceedings of the pledgor too, subject to the creditor's obligation to notify the bankruptcy administrator of any recovery obtained from the other contracting party.

Against this background, the risk to the bank as creditor is evident where security is provided by a third party, since in relation to the pledge creditor the legal consequence of automatic maturity does not arise. If the claim against the principal debtor does not mature by the time of final distribution, the proceeds of sale become part of the bankruptcy estate and are distributed to other creditors. The bank thereby loses the possibility of separate satisfaction, the right to participate in the bankruptcy proceedings against the pledgor, and remains exposed to an unsecured claim against the borrower. A more satisfactory solution is achieved by concluding a contract of joint and several suretyships alongside the establishment of a pledge over the surety's assets, since in the event of bankruptcy of the surety, the bank's position is treated in the same manner as in the bankruptcy of the principal debtor. By contrast, the opening of bankruptcy proceedings against the principal debtor has no effect on the suretyship agreement, meaning that the creditor retains the right to demand full performance from the surety.

The Avoidance of Pre-Bankruptcy Transactions

In addition to pursuing their own claims in bankruptcy, creditors exercise indirect control over the debtor's transactions through the avoidance of legal acts, which diminish or prevent the augmentation of the bankruptcy estate. By acts undertaken prior to the opening of bankruptcy proceedings, the debtor may affect the scope of assets that will subsequently form the basis for creditor distribution. This also applies to transactions by which security is created, since encumbered assets, as a rule, cannot serve for the satisfaction of all creditors. Accordingly, the legal certainty of the secured

creditor may therefore be undermined by the avoidance mechanism, through which even formally validly constituted security may be placed at risk if it was created within the suspect period and under circumstances the law deems problematic. Particularly where the validity of a suretyship agreement or a third party's security right is challenged, avoidance represents the principal legal remedy available to the bankruptcy administrator and to creditors with standing. From the standpoint of creditors' interests, it functions as a response to the moral hazard in contractual relations and as one of the key forms of protection of claims. On the other hand, insufficient precision in the statutory requirements may result in the loss of lawfully and legitimately acquired rights. The risk that a credit exposure will not be repaid likewise derives from inconsistent judicial practice and cursory interpretations of the 'bad faith' element within the framework of the intentional *actio Pauliana* adopted by Serbian law (Drobnjak, 2025).

The avoidance institution, known as the *actio Pauliana*, originates in Roman law, where it served to protect creditors against fraudulent acts of the debtor aimed at reducing its assets. The purpose of bankruptcy avoidance is not to deprive the challenged transaction of legal effect in an absolute sense, but to render it ineffective vis-à-vis the bankruptcy estate. Whereas out-of-bankruptcy avoidance is characterised by an individualistic approach aimed at redirecting the effects of the transaction to a specific creditor, in bankruptcy proceedings the subject of avoidance consists of transactions and acts that disrupt equal satisfaction of unsecured creditors, prejudice creditors, or place certain creditors in a more favourable position, in order to exclude their effect in relation to the bankruptcy estate, i.e. all creditors. An avoided transaction remains valid in relation to third parties, which constitutes the essential distinction from nullity, under which a legal act is deprived of effect towards all participants in legal commerce (Slijepčević, Radović, 2023). The interest in avoidance is, as a rule, most pronounced where the debtor's assets are insufficient for creditor satisfaction. If the debtor's assets were sufficient, the challenged act would not disturb the principle of equal satisfaction, and the causal link between the act and the inability of other creditors to recover would be absent.

The Law on Bankruptcy provides four grounds for avoidance: (1) ordinary satisfaction; (2) unusual satisfaction; (3) direct prejudice to creditors; and (4) intentional prejudice to creditors.

As the most frequently applied ground in practice, intentional prejudice to creditors warrants particular attention. 'A legal transaction or action, entered into or taken within five years before the filing of the petition for initiating bankruptcy proceedings or after that, with the intent to prejudice one or more creditors, may be contested if the bankruptcy debtor's counterpart knew of the bankruptcy debtor's intent.' (Law on Bankruptcy, Art. 123(1)). Serbian law thus adopts the intentional form of the *actio Pauliana*, under which intent exists where the counterpart knew of the intention to prejudice creditors, as opposed to the negligent form previously recognised in pre-war law, under which it was sufficient that the counterpart ought to have known of such intention. Applied to secured loan agreements, the subjective requirement would entail proof of the bank's bad faith in relation to the debtor's intention, which in practical terms corresponds to direct or eventual intent to cause bankruptcy or awareness of imminent insolvency. However, where security is granted to a related party within one year prior to the opening of bankruptcy proceedings, or where a loan to a related party is repaid within the same period, the legislator draws a clear distinction between creditors, excluding banks whose ordinary business consists in granting credit from the avoidance regime, provided that they acted within the scope of ordinary business activity (Law on Bankruptcy, Art. 123(2) and (3)). Proceeding from the same objective and the significance of the

position of banks, it would be justified to adopt a presumption of creditor's good faith in avoidance proceedings based on intentional prejudice, with the burden of proving the contrary resting on the party asserting otherwise. The assessment of good faith in evidentiary proceedings should also require the mandatory obtaining of the opinion of the authority competent for supervision and control of banks, a matter to which the article returns below.

Avoidance of the Contract of Guarantee

Guarantee is one of the most common forms of security in banking credit transactions, but at the same time one of the legal transactions most frequently subject to avoidance in bankruptcy proceedings. Its legal nature, the relationship between guarantor and principal debtor, as well as the question whether the guarantee is concluded for consideration or gratuitously, become the focal point of disputes in which the existence of avoidance conditions is examined. The legal nature of the contract of guarantee has long been a point of contention in both doctrine and practice. According to one view, the contract is gratuitous, since the guarantor assumes an obligation while ordinarily deriving no benefit from the creditor. According to another view, it is onerous, since the *causa* on the guarantor's side lies in the assumption of an obligation that may ultimately be realised by recourse against the debtor (Hiber, 2015). Judicial practice initially favoured the view that it is a gratuitous transaction. In banking transactions involving the provision of a pledge for the debt of a third party, namely the borrower, certain decisions even held that where the provider of the pledge had not received adequate counter-performance, the pledge should be regarded as a gratuitous transaction (Bulletin of Commercial Court Practice 4/2015, Question 42). The Supreme Court, however, adopted the view that in commercial transactions a contract of guarantee is to be treated as an onerous transaction, with a presumption of direct or indirect benefit to the guarantor, while the contrary must be proven (see Supreme Court of Cassation, Rev 23/2015, 15 September 2015).

The contract of guarantee cannot therefore be viewed in isolation from the trilateral relationship between creditor, guarantor, and debtor. The accessory nature of the guarantee reflects its dependence on the underlying contract between creditor and debtor. It is therefore not justified to treat a contract of guarantee as a inherently gratuitous. Yet, despite the well-founded view that in commercial practice the guarantee is an onerous transaction, current legal practice not infrequently proceeds from the assumption that guarantee in credit transactions is gratuitous, either by presuming an *intentio liberalis* on the guarantor's part towards the borrower, or by assuming that the guarantor merely expects that it will not be called upon to perform.

When examining the *causa* of the contract of guarantee in the context of the avoidance of security in credit transactions, several complex issues arise. Firstly, how and by what evidence is it established that the creditor - in this case, the bank - knew, or ought to have known of the debtor's intention to prejudice other creditors. Secondly, who is competent to assess whether the procedures governing the evaluation of the borrower's and guarantor's creditworthiness, on the basis of which the credit was approved and collateral accepted, were applied in good faith. It is precisely in such cases that the burden of proof and the proper legal classification of the contract, primarily as onerous or gratuitous, become fully apparent.

An instructive line of authority concerns avoidance of contracts of joint and several guarantee and pledge statements concluded by the bankruptcy debtor within the suspect period for the purpose of securing a credit transaction, where the central issues were the debtor's intention to prejudice creditors and the bank's awareness of the debtor's impending illiquidity. After the first-instance

court dismissed the claim on the ground that guarantee is an onerous transaction and that the bank acted in accordance with professional standards and internal procedures, the appellate court took the opposite view, treating the guarantee as a gratuitous transaction and attributing conditional intent to the bank, with the consequence that the bank was ordered to return the collected funds (Commercial Court in Pančevo, P 195/19, 4 February 2022; Commercial Appellate Court, PŽ 3486/22, 26 May 2022). Of particular significance is the fact that two expert reports in economics and finance were conducted, reaching contradictory conclusions regarding the bank's conduct and good faith at the time of concluding the transaction. Deciding on an extraordinary legal remedy, the Supreme Court classified the guarantee as an onerous transaction and confirmed that the bank, in accordance with the applicable banking standards, had carried out an adequate assessment of the debtor's creditworthiness and the adequacy of security, thereby leaving the challenged transaction in force. This revision decision clearly distinguished between the creditor's duty of care and an impermissible expansion of its liability, rejecting the presumption of the bank's awareness of an intention to prejudice creditors in the absence of solid evidence, thereby contributing to legal certainty and the stability of credit relationships.

Although this revision decision is legally sound, its practical effect is significantly reduced due to the 'belated' nature of legal protection. The reason lies in the fact that the bankruptcy administrators and courts are bound by the final judgment, and once the remaining procedural conditions are met, the law requires the administrator to proceed with distribution. There is therefore a substantial likelihood that, by the time justice is achieved, no assets will remain available for the satisfaction of the secured creditor. This demonstrates that the absence of timely protection exposes the bank, as creditor, to significant risk, which makes reform of the legislative framework a necessary precondition for more effective protection in bankruptcy proceedings (Drobňjak, 2025).

The Limits of Judicial Protection and the Absence of Liability for the Infringement of the Secured Creditor's Rights

The foregoing analysis of the position of creditors and the security of their collateral reveals numerous difficulties arising from the conflict between literal and teleological interpretation. The extent of legal protection enjoyed by banks, as well as by other secured creditors in bankruptcy proceedings, therefore remains the subject of theoretical and practical disagreement in contemporary bankruptcy law. As shown, although security validly constituted under the law formally guarantees a right of separate satisfaction, practice indicates that the opening of bankruptcy proceedings often marks the point at which that right is effectively suspended. Instead of remaining beyond question, the secured creditor's position is frequently relativised by inconsistent judicial practice, divergent interpretations of substantive law, and institutional reluctance to accord priority in recovery, thus resulting in situations in which a duly constituted right may be deprived of effect, whether through subordination to the general payment rank or through the avoidance of the transaction by which the security was created. None of this, however, justifies denying actively legitimised persons the right to seek a declaration that a given transaction produces no effect vis-à-vis the bankruptcy estate, or that the creditor has failed to satisfy the statutory conditions for the exercise of a right of separate satisfaction. The more serious concern lies in the persistent lack of uniformity in judicial practice, which places the creditor in a state of legal uncertainty as delay in enforcing a formally recognised right may jeopardise its practical realisation. Ultimately, such a situation calls into question the preservation of the value of claims in circumstances of insolvency, which is the core function of security.

The preceding section illustrated the lack of consistency in the courts' approach to recognise a right of separate satisfaction where no decision on registration had been issued before the legal consequences of bankruptcy arose. Notwithstanding the position of the Supreme Court, judicial decisions do not constitute a formal source of law in the Serbian legal system. Courts decide on the basis of their own interpretation of the statute, which may in practice vary from one case to another. Since a judgment becomes final upon the conclusion of appellate proceedings, where an appeal has been lodged, the bankruptcy administrator and the bankruptcy court are bound by it. This legislative framework implies that the main distribution is carried out in the period between finality and the decision on any extraordinary legal remedy. Consequently, any distribution to a creditor whose right of separate satisfaction is recognised only after the conclusion of revision proceedings may be effected solely from assets discovered or acquired thereafter. Once the judgment has become final, the bankruptcy administrator is therefore under a duty to prepare the draft decision on the main distribution without waiting the outcome of the extraordinary remedy (Bulletin of Commercial Court Practice 3/2020, Question 26).

The legal regime governing damage caused by the loss of a right without fault on the creditor's part is equally insufficiently developed. In some cases, the general rules of the law of obligations are applied; in others, the creditor is left entirely without compensation altogether. For example, where the right of separate satisfaction is lost because the mortgage has not been registered by the time the immovable property is sold, the loss may be measured as the difference between the amount the bank would have recovered as secured creditor, and the amount actually recovered as an unsecured creditor. In such circumstances, the State would be passively legitimised in a damages claim, since a State authority would have caused the loss of the possibility of separate satisfaction from the collateral. Particular care is required with regard to the limitation period, which begins to run three years from the date on which the creditor becomes aware of the loss. The courts have held that the loss does not arise at the time of recovery in the bankruptcy proceedings and that this date therefore does not mark the commencement of the limitation period under Article 376 of the Law of Contract and Torts; instead, they treat as decisive the moment when the creditor learned that it had failed to acquire the secured status, namely the date on which the it received the appellate judgment refusing that status (see Supreme Court of Cassation, Rev 3792/21, 16 December 2021). In our view, by contrast, the loss arises only upon the completion of the main distribution, i.e. from the moment of recovery in the rank of unsecured creditors, given the possibility of partial recovery. The issue of recovery in the bankruptcy proceedings may therefore either constitute a preliminary issue in the damages claim or be addressed through expert evidence in subsequent litigation.

Applying this analysis to a case in which the bank's right, whether as a secured creditor or a pledge creditor, is recognised through an extraordinary legal remedy decision after the distribution of funds from the sale of the encumbered immovable property, an important question arises: from which assets, and in what manner, can the bank participate in the distribution of the remaining bankruptcy estate? Since funds already distributed on the basis of a final judicial decision cannot be revisited, the creditor can undoubtedly participate only in the distribution of assets not yet distributed, assuming any such assets remain. Given that the creditors in question are secured creditors or pledge creditors, a further issue arises as to whether, on the basis of a right recognised through an extraordinary legal remedy, they retain priority in satisfaction from the remaining assets, or must instead be satisfied pro rata with unsecured creditors. On a proper interpretation of the bankruptcy rules, priority cannot be accorded to a creditor whose secured status is recognised only at that stage, since the collateral no longer forms part of the bankruptcy estate, having been transferred to the

purchaser free of encumbrances. There is thus no basis either for priority or for a right of separate satisfaction over the remaining assets. Such a creditor must be satisfied in the same manner as other unsecured creditors.

A useful comparison may be drawn with a situation in which several mortgage creditors hold rights over the same asset with differing registration dates. In that case, prior to distribution of the collateral's value, the bankruptcy administrator determines the order of priority and allocates payments accordingly. Disputes may arise where that order is incorrectly determined and payment is made to a creditor lacking first rank. Ultimately, the unduly received amount may be recovered on the basis of unjust enrichment from the creditor who received funds in fact belonged to a higher-ranking creditor, since the legal basis for the payment has subsequently fallen away. The practical possibility of recovery depends on the structure and number of recipients. Where the recipient is a solvent legal entity, recovery may be achievable (see Commercial Appellate Court, Pž 6533/19, 12 May 2021). However, funds may also have been distributed to a creditor who later becomes illiquid, dissipates the assets, or is a natural person, or multiple recipients, in which event the loss may practically be irrecoverable.

The conclusion is that no liability arises from untimely recognition of a lawfully and legitimately acquired right. Under the Constitution and the law, judges decide autonomously and independently, precluding compensation for divergent legal interpretation. Judicial independence and decisional autonomy form a fundamental postulate of the constitutional order; it is therefore misconceived to assert liability for differing legal understandings or for the interpretation of a legal norm in a given factual context. Liability is excluded even in cases of erroneous application of the law, and with it any claim of damages. Accordingly, secured creditors have no effective legal avenue to obtain compensation for losses caused by inconsistent judicial practice. An exception exists only in cases of unlawful or improper conduct by State authorities, where the Republic of Serbia has passive legitimacy in the proceedings. Even then, such liability is interpreted restrictively in practice, substantially limiting creditors' ability to recover damages.

Concluding Observations

This article has analysed the paradox of the position of banks as secured creditors in bankruptcy proceedings: although they formally enjoy priority in satisfaction, the scope of their legal protection is in practice relativised by inconsistent standards of legal interpretation. It has likewise been shown that, upon the occurrence of the legal consequences of the opening of bankruptcy, creditors do not acquire a right of separate satisfaction *ipso facto*, but only upon the verification of the statutory conditions. The strengthening of secured creditors' protection cannot therefore result merely from selective legislative intervention, but must rest on a systematic alignment of normative solutions and judicial practice.

The most vulnerable segment of secured credit in bankruptcy proceedings concerns contracts of guarantee. The reason does not stem solely from the interpretation of their legal nature, but also from the manner in which courts assess the bank's good faith in relation to avoidable transactions. Instead of consistently applying established criteria and legally relevant indicators, judicial decisions often rely on the unsubstantiated assumption that the bank 'must have known' of the debtor's intent to prejudice creditors. It is important to emphasise that, under Serbian law, the prejudiced party may be any creditor whose claim arose even after the challenged transaction. Such arbitrariness results in security that is formally valid being neutralised in bankruptcy as though it were simulated

or fraudulent, undermining legal certainty and the protection of good-faith creditors.

The literature includes views for relaxing the conditions governing avoidance. The possible acceptance of a negligent form of the *actio Pauliana*, i.e. the relaxation of the subjective element required on the creditor's side, or even full objectivization of the conditions for avoidance, would significantly weaken the position of banks and increase the potential for abuse by debtors in bankruptcy. In such a case, intent would need to be proven only on the debtor's side, while on the creditor's side mere awareness of possible prejudice would suffice, thereby simplifying avoidance proceedings and increasing the risk of loss. Given the length of suspect periods, calculated retrospectively from the filing of the bankruptcy petition, the legislative framework must also address situations in which the debtor conceals assets or selectively satisfies creditors over an extended pre-bankruptcy period. Although intentional prejudice is the most common ground of avoidance, its application in practice carried significant risks, particularly in assessing the counterparty's awareness and knowledge, with the consequence that legal protection is often achieved only through extraordinary legal remedies.

A closer analysis of this issue shows that the assessment of the bank's good faith cannot be based solely on expert economic and finance evidence. A sound assessment requires a determination of whether, in the particular case, the bank acted in accordance with applicable regulatory standards, internal procedures, and banking regulations. Judicial practice would therefore benefit from obtaining the opinion of the supervisory authority competent for banking oversight (Terzić, 2023), which is specifically equipped to assess legality, and thus good faith. By contrast, financial expert evidence is limited to quantitative analysis of financial flows and results and cannot encompass a normative assessment of compliance with regulatory rules or the required standard of care in banking operations. For this reason, such supervisory input should be introduced as a regular evidentiary feature in disputes concerning bank's good faith.

In this context, it would be appropriate to consider introducing a special regime for creditors whose principal activity is granting credit, analogous to rules governing related-parties' transactions in the year preceding the opening of bankruptcy proceedings. This would include, in particular, shortening the periods for challenging pledge statements and contracts of guarantee on the grounds of intentional prejudice, with a presumption of creditor's good faith, thereby seeking to balance effective control of legality with legal certainty (Law on Bankruptcy, Art. 123(2) and (3)), already excludes from avoidance creditors whose ordinary business consists in granting credit or loans in respect of transactions executed within the final year before bankruptcy). It is equally necessary to introduce a presumption that the security interest is deemed registered on the date of filing a proper application, thereby eliminating existing legal uncertainty. *De lege ferenda*, it is further justified to require that the supervisory authority's opinion be obtained in all judicial proceedings concerning the bank's good faith, particularly in the avoidance disputes. Finally, although the law provides that distribution occurs after a judgment becomes final, it would be preferable to defer distribution until proceedings on the extraordinary legal remedies are concluded, as this prevents irreparable loss and ensures effective protection of creditors' rights – a solution that should also be applied consistently in practice.

References

1. Adler, E. i Triantis, G. (2017). Debt Priority and Options in Bankruptcy: A Policy Intervention. *American Bankruptcy Law Journal*.

2. Ajnšpiler Popović, G. (2015). Pojam i položaj založnog poverioca. Zbornik radova sa Dvadeset trećeg savetovanja sudija privrednih sudova Republike Srbije. Privredni apelacioni sud, Beograd.
3. Baird, D. G. (2017). *Elements of Bankruptcy*. Foundation Press.
4. Drobnjak, B. (2025). Konflikt kolektivnog interesa i obezbeđenog potraživanja kroz pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postupku. *Poslovni izazovi 2025*. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
5. Hiber, D. (2015). Pobijanje ugovora o jemstvu u stečajnom postupku. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu 1/2015*. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
6. Hiber, D. i Živković, M. (2016). O odnosu (konkurenciji) zaloge i jemstva. Zbornik *Liber Amicorum Gašo Knežević*. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
7. Miller, R. i Jentz, G. (2006). *Business Law Today*. 7th edition. Thomson, Mason, Ohio.
8. Radović, V. (2018a). *Stečajno pravo – knjiga prva*. 2. izdanje. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
9. Radović, V. (2018b). *Stečajno pravo – knjiga druga*. 2. izdanje. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
10. Radović, V. (2022). *Komentar Zakona o stečaju*. Službeni glasnik.
11. Slijepčević, D. i Radović, M. (2023). Pobijanje pravnih radnji i kompanijske tužbe kao instrumenti zaštite poverilaca u stečajnom postupku. Zbornik radova 36. *Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava Slobodan Perović*. Kopaonička škola prirodnog prava.
12. Slijepčević, D. i Radović, M. (2024). Posledice neprijavlivanja obezbeđenog potraživanja na nepokretnosti u stečajnom postupku. Zbornik radova „Aktuelni problemi u radnom, građanskom, privrednom i procesnom pravu“. *Glosarijum*.
13. Šabović, Š. (2015). Kreditni rizik savremene banke. *Ekonomski signali: poslovni magazin 10(2)*. Viša ekonomska škola u Peći.
14. Terzić, B. (2023). Odgovornost banke platioca u slučaju prevare sa autorizovanim platnim nalogom. *Bankarstvo 4/2023*. Udruženje banaka Srbije.
15. Tešić, N. (2019). O izvršnosti založne izjave. *Pravni život 10/2019*. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
16. Vasiljević, Z. (2023). Pravne posledice otvaranja stečaja nad korisnikom kredita. *Poslovni izazovi 2023*. Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
17. Warren, E., Westbrook, J. L., Porter K., Pottow J. (2020). *The Law of Debtors and Creditors: Text, Cases, and Problems*. 8th edition. Wolters Kluwer.
18. Welch, I. (1997). Why is bank debt senior? A theory of asymmetry and claim priority based on influence costs. *The Review of Financial Studies 10(4)*. Oxford University Press.
19. Wright, S. (2006). *International loan documentation*. Palgrave Macmillan, Hampshire-New York.

Legal Sources

1. Answers Adopted at the Sessions of the Commercial Disputes Department of the Commercial Appellate Court (2015). Bulletin of Commercial Court Practice 4/2015. Commercial Appellate Court, Belgrade.
2. Answers Adopted at the Sessions of the Commercial Disputes Department of the Commercial Appellate Court (2017). Bulletin of Commercial Courts 3/2017. Commercial Appellate Court, Belgrade.
3. Answers Adopted at the Sessions of the Commercial Disputes Department of the Commercial Appellate Court (2018). Bulletin of Commercial Court Practice 4/2018. Commercial Appellate Court, Belgrade.
4. Answers Adopted at the Sessions of the Commercial Disputes Department of the Commercial Appellate Court (2020). Bulletin of Commercial Court Practice 3/2020. Commercial Appellate Court, Belgrade.
5. Commercial Appellate Court, Pž No. 6533/19, 12 May 2021.
6. Commercial Court in Pančevo, P No. 195/19, 4 February 2022.
7. Commercial Appellate Court, Pž No. 3486/22, 26 May 2022.
8. Conclusion on the List of Established and Disputed Claims of the Commercial Court in Kraljevo, St No. 23/2011, 21 March 2022.
9. European Bank for Reconstruction and Development (2015). Draft of Analysis of the existing impediments to the sale of NPLs in Serbia. https://mfin.gov.rs/upload/media/yclonv_6016d68d921a2.pdf.
10. Law on Bankruptcy (Official Gazette of the RS, Nos. 104/09, 99/11 – other law, 71/12 – Constitutional Court Decision, 83/14, 113/17, 44/18, 95/18 and 44/25 – Constitutional Court Decision).
11. Law of Contract and Torts (Law on Obligations) (Official Herald of the SFRY, Nos. 29/78, 39/85, 45/89 – decision of the Constitutional Court of Yugoslavia, and 57/89; Official Herald of the FRY, No. 31/93; Official Herald of Serbia and Montenegro, No. 1/2003 – Constitutional Charter; and Official Gazette of the RS, No. 18/20).
12. Law on Enforcement and Security (Official Gazette of the RS, Nos. 106/15, 106/16 – Authentic Interpretation, 113/17 – Authentic Interpretation, 54/19, 9/20 – Authentic Interpretation and 10/23 – other law).
13. Supreme Court of Cassation, Rev No. 23/2015, 15 September 2015.
14. Supreme Court of Cassation, Prev No. 26/2018, 27 September 2018.
15. Supreme Court of Cassation, Rev No. 3792/21, 16 December 2021.
16. Supreme Court of Cassation, Pvž No. 1842/2023, 23 June 2023.