



УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Борко Михајловић

**ДУЖНОСТ
ЛОЈАЛНОСТИ ПРЕМА
ПРИВРЕДНОМ
ДРУШТВУ**

Докторска дисертација

Ментор
Проф. др Драган Вујисић

Крагујевац, 2018. година

ИДЕНТИФИКАЦИОНА СТРАНИЦА ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

I Аутор
Име и презиме: Борко Михајловић
Датум и место рођења: 07.01.1989., Крагујевац
Садашње запослење: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
II Докторска дисертација
Наслов: Дужност лојалности према привредном друштву
Број страница: 286
Број слика/табела: /
Број библиографских података: 240
Установа и место где је рад израђен: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац
Научна област (УДК): Привредноправна (338.486)
Ментор: Проф. др Драган Вујисић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
III Оцена и одбрана
Датум пријаве теме: 17.06.2014.
Број одлуке и датум прихватања теме докторске дисертације: IV-02-3/8, 14.01.2015.
Комисија за оцену подобности теме и кандидата: <ol style="list-style-type: none">Проф. др Миодраг Мићовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу;Проф. др Милена Јовановић Zattila, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу;Проф. др Драган Вујисић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ментор.
Комисија за оцену и одбрану докторске дисертације: <ol style="list-style-type: none">Проф. др Миодраг Мићовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, председник;Проф. др Милена Јовановић Zattila, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу, члан;Проф. др Вук Радовић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду, члан.
Датум одбране докторске дисертације:

САДРЖАЈ

УВОД	1
1. Предмет и циљеви истраживања	1
2. Методологија истраживања	3
3. Структура излагања	4
I О ЛОЈАЛНОСТИ	7
1. Почетна разматрања о лојалности	7
2. Општи појам лојалности	8
2.1. Дефиниције лојалности	9
2.2. Успостављање односа лојалности (субјекат и објекат).....	11
2.3. Објекат лојалности	13
2.4. Лојалност и морал	14
2.5. Врсте лојалности	15
3. Посебан појам лојалности у привредним односима	17
3.1. Улога и значај лојалности у привредним односима.....	18
3.2. Дефинисање лојалности у привредним односима.....	22
3.3. Две врсте лојалности у привредним односима	23
II ИЗВОРИШТЕ, ПОЈАМ И РАЗЛОЗИ ПОСТОЈАЊА ДУЖНОСТИ ЛОЈАЛНОСТИ У КОМПАНИЈСКОМ ПРАВУ	27
1. Настанак дужности лојалности у земљама англосаксонског права	27
1.1. Кратак осврт на историјски развој концепта фидуцијарних дужности.....	27
1.2. Фидуцијарни односи као извор настанка дужности лојалности.....	29
2. Настанак дужности лојалности у земљама континенталног права	33
3. Настанак дужности лојалности у српском праву	36
3.1. Осврт на историјски развој дужности лојалности	36
3.2. Занемаривање феномена правне трансплантације.....	39
4. Однос између начела савесности и поштења и дужности лојалности	41
5. Однос између дужности лојалности и дужности пажње	43

6. Појам и значај дужности лојалности	47
6.1. Дужност или обавеза?	47
6.2. Метод регулисања	48
6.3. Дужност лојалности и агенцијски проблеми корпоративног управљања	49
6.4. Дефинисање и обим дужности лојалности	50
6.5. Дужност лојалности у англосаксонском и континенталном праву	52
7. Разлози и оправдање постојања дужности лојалности кроз теорије	54
7.1. Редуктивистичка схватања	55
7.1.1. Уговорна теорија	55
7.1.2. Теорија имовине	57
7.2. Инструментална схватања	59
7.2.1. Теорија поверења и теорија неједнакости	59
7.2.2. Теорија привредне користи	60
7.3. Савремена схватања	61
7.4. Могућност искључења постојања дужности лојалности директора друштва са ограниченом одговорношћу	63
7.4.1. Уговорно схватање	63
7.4.2. Традиционално схватање	66
7.4.3. Повезивање уговорног и традиционалног схватања	68
III СУБЈЕКТИ ДУЖНОСТИ ЛОЈАЛНОСТИ	70
1. Чланови привредног друштва као субјекти дужности лојалности	71
1.1. Општа разматрања	71
1.2. Ортаци и комплементари као субјекти дужности лојалности	73
1.3. Чланови ДОО/акционари као субјекти дужности лојалности	75
1.4. Чланови ДОО/акционари као субјекти дужности лојалности у српском праву	78
2. Директори као субјекти дужности лојалности	81
2.1. <i>De jure, de facto</i> и директори у сенци	82
2.2. Извршни и неизвршни директори	87
2.3. Генерални директор и председник одбора директора	89
2.4. Посебна улога извршних директора (<i>officers</i>) у америчком праву	91
3. Чланови надзорног одбора као субјекти дужности лојалности	94
4. Заступници и прокуристи као субјекти дужности лојалности	95
5. Ликвидациони управник и стечајни управник као субјекти дужности лојалности	98

IV ОБЈЕКАТ ДУЖНОСТИ ЛОЈАЛНОСТИ	101
1. Привредно друштво као објекат дужности лојалности	102
1.1. Повезаност питања са циљем пословања привредног друштва	102
1.2. Општа разматрања о циљу пословања привредног друштва	103
1.3. Осврт на ток расправе о циљу пословања привредног друштва	104
1.4. Теорија приоритета акционара/чланова друштва (акционарска теорија)	105
1.5. Теорија заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву (стејкхолдерска теорија)	108
1.6. Циљ пословања привредног друштва у британском праву	110
1.7. Утицај утврђеног циља пословања на облике испољавања дужности лојалности.....	112
2. Чланови привредног друштва као објекат дужности лојалности	114
2.1. Чланови друштва као непосредан и посредан објекат дужности лојалности	114
2.2. Објекат дужности лојалности у друштвима лица	115
3. Група привредних друштава као објекат дужности лојалности	118
4. Специфичности објекта дужности лојалности код директора/чланова надзорног одбора – заступника интереса стејкхолдера	121
V ИСПОЉАВАЊЕ - ПОЈАВНИ ОБЛИЦИ ДУЖНОСТИ ЛОЈАЛНОСТИ	123
1. Дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес	123
1.1. Термиолошке дилеме	124
1.2. Различити приступи регулисању правних послова са личним интересом	125
1.3. Појам правног посла са личним интересом.....	128
1.3.1. Појам правног посла са личним интересом у упоредном праву и правној теорији	128
1.3.2. Појам правног посла са личним интересом у српском праву	131
1.4. Пријављивање правног посла или правне радње са личним интересом	136
1.5. Одобрење правног посла или радње са личним интересом	139
1.5.1. Општа разматрања.....	139
1.5.2. Правни режим одобрења у српском праву.....	144
1.6. Оцена о пословима и радњама са личним интересом у српском праву	148
1.7. Правни послови са повезаним лицима у компанијском праву ЕУ	151
2. Дужност избегавања сукоба интереса	154
2.1. Забрана коришћења имовине друштва.....	156
2.2. Забрана коришћења информација.....	157
2.3. Забрана коришћења могућности за закључење послова.....	158

2.3.1. „Припадност“ могућности за закључење посла	159
2.3.1.1. Критеријуми „припадности“	159
2.3.1.2. Интереси привредног друштва, појединаца и друштва у социолошком смислу	166
2.3.1.3. Два приступа питању „припадности“ пословних могућности у упоредном праву	168
2.3.1.4. „Припадност“ пословне могућности у српском праву	170
2.3.2. Услови за коришћење пословних могућности од стране лица са дужностима	171
2.3.2.1. Услови за коришћење пословних могућности у упоредном праву	171
2.3.2.2. Дозвољено коришћење пословних могућности у српском праву	173
2.4. Апсолутна забрана злоупотребе положаја у друштву	175
3. Дужност поштовања забране конкуренције	177
3.1. Различити приступи правном регулисању дужности поштовања забране конкуренције	178
3.2. Субјекти дужности поштовања забране конкуренције	181
3.3. Садржина и предмет дужности поштовања забране конкуренције	184
3.3.1. Три различита приступа (радикални, умерено радикални, либерални).....	185
3.3.2. Припремне радње за конкурисање друштву.....	188
3.3.3. Садржина и предмет забране конкуренције у српском праву	189
3.4. Временско ограничење забране конкуренције	192
3.5. Просторно ограничење забране конкуренције.....	195
3.6. Услови под којима је дозвољено поступање противно забрани конкуренције	196
4. Дужност чувања пословне тајне.....	198
4.1. Значај и улога пословне тајне.....	198
4.2. Правни оквир заштите пословне тајне	201
4.3. Дужност чувања пословне тајне у компанијском праву	204
4.4. Појам пословне тајне	205
4.4.1. Предмет заштите	206
4.4.2. Тајност.....	209
4.4.3. Тржишна вредност пословне тајне	211
4.4.4. Предузимање одговарајућих заштитних мера.....	213
4.4.5. Осврт и анализа појма пословне тајне у српском праву	216
4.5. Изузеци од постојања дужности чувања пословне тајне	217
VI ОДГОВОРНОСТ ЗА ПОВРЕДУ ДУЖНОСТИ ЛОЈАЛНОСТИ.....	219
1. Облици одговорности за повреду дужности лојалности.....	219
2. Имовинска и статусна одговорност за повреду дужности лојалности	220
2.1. Накнада штете	220

2.2. Пренос користи.....	227
2.3. Поништај правног посла или правне радње	233
2.4. Облици статусне одговорности	234
2.5. Одговорност трећих лица.....	235
2.6. Правна средства за остваривање имовинске и статусне одговорности	237
2.6.1. Привредно друштво као примарни тужилац	237
2.6.2. Деривативна тужба.....	239
2.6.2.1. Предности и мане деривативне тужбе	240
2.6.2.2. Услови за подношење деривативне тужбе	242
2.6.3. Индивидуална тужба.....	246
3. Кривична одговорност за повреду дужности лојалности.....	247
4. (Не)примена правног режима дужности лојалности	248
VII „ЕКСТЕРНА ЛОЈАЛНОСТ“ ЛИЦА СА ПОСЕБНИМ	
ДУЖНОСТИМА	252
1. Нелојална конкуренција.....	253
2. Феномен уговорних мрежа	255
ЗАКЉУЧАК	260
ЛИТЕРАТУРА.....	266
ПРОПИСИ И ДОКУМЕНТИ (СА СКРАЋЕНИЦАМА).....	283

УВОД

1. Предмет и циљеви истраживања

Успостављање савесног, поштеног, лојалног понашања свих учесника на тржишту, а посебно оних који активно учествују у доношењу пословних одлука привредних субјеката, одувек је тежња и циљ свих правних система. И данас је, још увек, само тежња и циљ, јер никада и нигде није постојало и не постоји такво идеално понашање тржишних учесника. Тешкоће и препреке ка остваривању овог циља увек су израженије у временима економске и финансијске кризе, моралне кризе, поремећеног система вредности (не само на тржишту), периодима транзиције и приватизације, као и при промени система привређивања. Један од правних инструмената за успостављање савесног, поштеног, лојалног понашања на тржишту је дужност лојалности према привредном друштву, која је и један од основних института компанијског права. Дужност лојалности према привредном друштву карактерише рад у најбољем интересу привредног друштва, који се сматра основним принципом, смерницом за поступање свих лица која имају утицај на управљање и пословање привредног друштва. Сврха постојања дужности лојалности у компанијском праву је обавезивање лица, која су њени субјекти, на поступање у складу са интересима привредног друштва и у оним ситуацијама у којима постоји „искушење“ за та лица да следе неки други интерес уместо интереса друштва (постојање личног интереса, сукоб интереса).

Предмет истраживања овог рада је дужност лојалности коју лица са посебним дужностима имају према привредном друштву, а посебно њен настанак и порекло, анализа ситуација у којима се на основу закона успоставља однос лојалности између субјекта и објекта тог односа, најзначајнији појавни облици дужности лојалности, као и одговорност за њену повреду и начин остваривања права у случају постојања повреде. Део предмета рада је и „екстерна лојалност“ (лојалност у правном промету и у уговорним односима између привредних субјеката), у мери у којој она доприноси лојалном поступању субјеката дужности лојалности према привредном друштву, али и успостављању лојалних односа између привредних субјеката, што је предуслов њиховог успешног, дугорочног, стабилног пословања, заснованог и на сарадњи.

Рад је заснован на пет основних хипотеза, чија ће утемељеност и исправност кроз истраживање бити испитана. Оне су:

- У привредним односима постоје две врсте лојалности: истинска лојалност субјекта лојалности, заснована на личним, унутрашњим мотивима субјекта лојалности и његовој повезаности са објектом лојалности, и дужност лојалног поступања, код које мотиви нису важни, већ само спољне манифестације и оцена да ли је поступање у складу са законом предвиђеним дужностима субјекта лојалности.
- Дужност лојалности према привредном друштву, као вид инструменталне лојалности, произилази из законске обавезе поступања у складу са интересима привредног друштва. Она служи за одређивање обима овлашћења и утврђивање одговорности тих лица према друштву.
- Дужност лојалности у српском компанијском праву има четири појавна облика: дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност поштовања забране конкуренције и дужност чувања пословне тајне.
- Дужност лојалности није класичан правни трансплант (као што се то обично наводи), јер поједини појавни облици ове дужности имају дугу традицију законодавног регулисања у домаћем праву.
- Дужност лојалности има првенствено превентивни карактер. Њена ефикасност не мери се само према броју судских поступака у којима је утврђена одговорност за повреду дужности лојалности, већ према утицају, који она има самим својим постојањем на свеукупно лојално поступање лица, која су носиоци ове дужности.

Основни циљ рада је анализа дужности лојалности према привредном друштву са позитивноправног аспекта, тј. анализа релевантних одредаба Закона о привредним друштвима Републике Србије (у даљем тексту: ЗПД).¹ Ова анализа ће бити спроведена и због подизања свести лица која имају посебне дужности према привредном друштву у праву Републике Србије о значају дужности, као и утицају њиховог поштовања на пословање привредног друштва. Небројени су примери банкротства или значајних финансијских губитака компанија управо због непоштовања посебних дужности од стране, пре свега, директора компанија. Циљ рада је указивање лицима која имају посебне дужности према привредном друштву на стандарде понашања који би довели до праве реализације њихове дужности лојалности. Како у домаћој судској пракси институт посебних дужности готово да није оживео, указујемо на још два циља овог рада. Први, подизање свести потенцијалних тужилаца (пре свега, власника друштва) о постојању судске заштите у случају повреде дужности лојалности, могућности успостављања имовинско - правне одговорности лица која имају посебне дужности према привредном друштву у тим споровима и предностима које овај вид одговорности има у односу на друге облике одговорности. Други, приближавање института посебних дужности судовима, који су недовољно упознати са овим институтом, а што ће бити учињено кроз приказивање судске праксе у упоредном праву, пре свега из земаља англосаксонског правног подручја, у којима се посебне (фидуцијарне) дужности веома често и веома широко примењују. Стандарди успостављени у англосаксонској судској пракси могу бити у великој мери корисни и нашим судовима када почну да се срећу са овим још увек недовољно познатим институтом.

2. Методологија истраживања

У раду ће бити примењен скуп разноврсних методолошких поступака који се примењују у области друштвених наука, а као основни метод користиће се дијалектички метод, као поступак истраживања и објашњавања појава заснованих на спознаји стварности, у којој, између осталог, настају и неке нове појаве. Дужност

¹ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015.

лојалности према привредном друштву, као што је већ речено, регулисана је у ЗПД. Зато се намеће потреба примене и догматичког метода, којим се утврђује смисао правних норми. Другим речима, овим методом се утврђује истинит садржај правних норми. Затим, применићемо и логички метод, као метод којим се утврђују логичке везе између различитих делова правног система.

У циљу сагледавања начина правног регулисања дужности лојалности у компанијском праву појединих земаља, као и њиховим међусобним сличностима и разликама, у раду ће бити употребљен и упоредни метод. Примена овог метода посебно је значајна за анализу предмета рада, и то из два разлога. Први, дужност лојалности се најчешће сматра правним трансплантом преузетим из англосаксонског права. Без обзира на то да ли је наведена констатација потпуно или делимично тачна, неспорно је да је у тим земљама ова дужност најразвијенија. Други, савремено компанијско право карактерише висок степен тзв. конвергенције, односно компанијски закони широм света постају све сличнији, усклађенији. Зато је предуслов успешне анализе било ког института компанијског права свеобухватна анализа одговарајућих упоредно - правних решења. Истраживање спроведено у овом раду усмерено је на право САД и Велике Британије, као земље англосаксонске правне традиције у којима је дужност лојалности посебно развијена, али и на државе чланице ЕУ, чија решења су анализирана, пре свега, увидом у Студију Лондонске школе за економију и политичке науке о дужностима и одговорностима директора (израђеној за потребе Европске комисије). Од земаља чланица ЕУ континентално – правне традиције посебна пажња посвећена је Немачкој, као економски најразвијенијој, па тако, вероватно, и најутицајнијој земљи и у области компанијског права.

Такође, у циљу анализе настанка и развоја дужности лојалности у компанијском праву, у раду ће бити коришћен и историјски метод. Као неизбежна се намеће и употреба социолошког метода, јер је лојалност првенствено друштвени феномен, присутан у готово свим областима живота, у којима често има различита значења.

3. Структура излагања

Поред увода и закључка, рад се састоји од седам глава.

Прва глава рада посвећена је почетним разматрањима о лојалности. У њој се полази од општег, „животног“ појма лојалности, различитих значења која се овом појму придају, у различитим временима, у различитим областима живота и науке. У оквиру општег појма лојалности постоји посебан појам лојалности у привредним односима, а из њега произилази дужност лојалности према привредном друштву, која је основни предмет овог рада.

У другој глави анализирају се извориште, појам и разлози постојања дужности лојалности у компанијском праву. У овом делу рада указује се на англосаксонско порекло института, његову правну трансплантацију у земље континентално – европске правне традиције, као и настанак и развој дужности лојалности у српском компанијском праву. Предмет ове главе је и појмовно одређење дужности лојалности, као и утврђивање њене повезаности (и/или разграничења) од дужности пажње, као друге основне посебне дужности према привредном друштву, и начела савесности и поштења, са којим дужност лојалности има бројне сличности. Разлози постојања дужности лојалности обрађени су кроз различите теорије, настале првенствено у земљама англосаксонске правне традиције.

Трећа и четврта глава баве се успостављањем односа лојалности између субјекта и објекта дужности лојалности, односно оне дају одговор на питање између којих лица тај однос постоји. Предмет треће главе су сва лица која су субјекти дужности лојалности у српском праву, са посебним освртом на евентуалне разлике у правном режиму дужности лојалности у зависности од субјекта те дужности. Објекат дужности лојалности у нашем праву, као и у већини европских земаља, је привредно друштво. Међутим, утврђивање интереса привредног друштва једно је од најсложенијих питања у компанијском праву. Предмет анализе четврте главе је и потреба успостављања међусобне, узајамне дужности лојалности између чланова у друштвима лица.

Пета глава представља најобимнији и најзначајнији део рада, пошто се она бави конкретним појавним облицима (облицима испољавања) дужности лојалности. Предмет пете главе су четири посебне дужности према привредном друштву, одређене ЗПД, које се несумњиво могу сматрати појавним облицима дужности лојалности у српском праву: дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност поштовања забране конкуренције и дужност чувања пословне тајне.

Предмет шесте главе је одговорност за повреду дужности лојалности: имовинска, статусна и кривична одговорност. Посебна пажња посвећена је проблему

(не)примене правног режима дужности лојалности, који је карактеристичан не само за српско право, већ и за друге, развијеније правне системе.

На крају, седма глава се бави „екстерном лојалношћу“, која до изражаја долази у правном промету и приликом закључивања уговора између привредних субјеката. У том циљу направљено је разграничење између „екстерне лојалности“ и непоштене тржишне утакмице (нелојалне конкуренције), а анализиран је и феномен уговорних мрежа, који постаје све распрострањенији, што доприноси развоју и повећаном значају „екстерне лојалности“ на тржишту.

I O LOJALNOSTI

1. Почетна разматрања о лојалности

Лојалност је један од оних појмова са којима се срећемо у разним областима живота и који се, зависно од места (области), као и времена појављују, у извесној (некад мањој, некад већој) мери мења, прилагођава, добијајући при том различите облике, али, чини се, његова суштина, његов основни садржај, остају готово увек исти. Лојалност према породици, лојалност пријатељу, лојалност патриоте, војника, лојалност верника, али и лојалност потрошача, запослених, чланова управе привредног друштва најчешћи су примери лојалног понашања у свакодневном животу, који указују на чињеницу да је лојалност најчешће усмерена, односно да су њени најчешћи објекти везани за породицу, институције, нацију, привредне субјекте.

Шта је то суштина лојалности, основни садржај овог појма, који постоји независно од области живота или друштвеног односа, као и времена појављивања, односно постојања? Кренимо од историјских корена и значења саме речи, која изражава овај појам. Она потиче од француске речи *loyauté*, која означава верност, оданост. У српском језику она означава особину која подразумева оданост, приврженост, верност. Лојалан је онај: који се држи законских прописа, који поштује уобичајене норме, али и онај који је одан, веран, привржен (власти, отаџбини, партији и сл.).² Оксфордски речник енглеског језика (енг. *Oxford English Dictionary*) има две дефиниције лојалности: 1) верна посвећеност обећању, заклетви, речи од части итд; 2) верна посвећеност суверену или законитој влади.

Концепт лојалности познавали су стари Олмеци, који су живели на територији данашњег Мексика, још 650. године п.н.е.³ Врло стари записи о овом народу говоре о обећању лојалности према краљу. Аристотел је говорио да они које желе да преузму власт морају бити лојални према установљеном уређењу/уставу. Библија говори о различитим врстама лојалности, као што су породична лојалност, лојалност пријатеља и религијска лојалност.⁴ Прва употреба речи „лојалност“ у писаној историји потиче из

² Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Београд, 2010, стр. 723.

³ James Connor, *The Sociology of Loyalty*, Cham, 2007, стр. 11.

⁴ *Ibid.*, стр. 12.

XV века, а односи се на племенито деловање у циљу одржавања лојалности, пре свега, према суверену.⁵ Лојалност се често сматра једном од основних карактеристика феудализма, па зато и први писани трагови о овом појму потичу из средњег века. Она је у том периоду означавала ко је коме потчињен у феудалним односима између самих племића и између племића и потчињених. Са повећаним политичким значајем централизованих националних држава у XVIII веку, лојалност добија ново значење. Са растом национализма и патриотизма, настаје и нови облик лојалности, а то је лојалност према држави и нацији.⁶

Рано појављивање у историји, као и распрострањеност данас су чињенице, које су окарактерисале лојалност као променљив, недостижан (чак) и вишезначан појам.⁷ Управо су променљивост и различитост значења, као особине овог појма, најзначајније и опредељујуће у тумачењу истог кроз научне расправе и теорије. Ове особине су посебно изражене при разликовању општег појма лојалности и посебног појма лојалности везаног за привредне односе, за тржиште, о чему ћемо говорити у тексту који следи. Пре тога, вратићемо се на питање о суштини, о основном садржају појма лојалности, који је исти без обзира на променљивост и различитост значења у разним областима и разним временима. Наша почетна разматрања о појму лојалности намећу закључак да се суштина или основни садржај разматраног појма подударају, поклапају са самим значењем речи, која именује овај појам (лојалност = оданост, приврженост, верност).

2. Општи појам лојалности

Присутност лојалности у различитим областима живота и њено различито значење у разним временима основне су тешкоће на путу проналажења и дефинисања њеног општег појма. Но, оне нису обесхрабриле бројне теоретичаре да се баве дефинисањем појма лојалности, као и низом питања тесно повезаних са овим појмом,

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ „Очекивања која произилазе из лојалности разликују се у толикој мери у различитим врстама друштвених односа да се можемо запитати да ли уопште има сврхе говорити о лојалности као о јединственом концепту“. Irit Samet, „Fiduciary Loyalty as Kantian virtue“, у: Andrew Gold, Paul Miller (ур.), *Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford, 2014, стр. 126.

као што су: успостављање односа лојалности (субјекат и објекат лојалности), (не)постојање повезаности лојалности и морала, врсте лојалности.

2.1. Дефиниције лојалности

Једна од најугицајнијих (али истовремено и најоспораванијих) дефиниција лојалности је она коју је дао амерички филозоф Џосаја Ројс почетком прошлог века, у времену када научне расправе о лојалности нису биле бројне (мада их ни данас нема много), па се Ројс често назива и „пиониром лојалности“. За Ројса лојалност је централна дужност међу свим дужностима, централни принцип моралног живота из којег проистичу сви други принципи, извориште свих врлина, врховно човеково добро и сл.⁸ Он дефинише лојалност на два начина, а оно што је заједничко за оба је узвишено место, које јој Ројс додељује. Према њему, лојалност је добровољно, практично и темељно посвећивање особе објекту њене лојалности.⁹ Дакле, три су елемента ове дефиниције: 1) постојање објекта лојалности и његов слободан избор од стране субјекта; 2) вољно и темељно посвећивање том објекту; 3) исказивање те посвећености на одржив и практичан начин. Друга Ројсова дефиниција је слична: „лојалност је воља да се верује у нешто вечно и да се та вера изрази, покаже у практичном животу људског бића“.¹⁰ Лојалност је узвишена јер је њен објекат узвишен. Објекат лојалности је нешто вечно, непроменљиво. Ројс заправо лојалност сматра животним смислом, сврхом сваког људског бића.

Постоје и бројне друге дефиниције лојалности, које примат дају њеним различитим аспектима. Флечер највећи значај придаје „историји“ сваког појединца, што подразумева све оне особине, везе и карактерне црте, црте идентитета које су дате, урођене, природне. У средишту Флечерове дефиниције лојалности је концепт „*historical self*“, као и тврдња да је лојалност заснована на (друштвеним) односима, везама, да објекат лојалности настаје управо у тим односима (породица, друштвене институције, нација).¹¹ Кроз те односе ствара се посебан ентитет, који превазилази појединце који га чине и који представља основу лојалности. Флечер дефинише лојалност као обавезу која је урођена у свести сваког појединца и која постоји у тој

⁸ Josiah Royce, *The Philosophy of Loyalty*, Cambridge, Massachusetts, 1908, стр. VII.

⁹ *Ibid.*, стр. 16-17.

¹⁰ *Ibid.*, стр. 357.

¹¹ George Fletcher, *Loyalty – An Essay on Morality of Relationships*, New York, Oxford, 1993, стр. 16-21.

свести, као последица урођених („историјских“) породичних, институционалних и националних веза.¹² Слична Флечеровом схватању је дефиниција лојалности као привржености, која обавезује људе да делују на основу искуствених веза.¹³ Лад дефинише лојалност као свесрдну, потпуну („целим срцем“) посвећеност објекту те лојалности.¹⁴

У средишту дефиниција лојалности бројних аутора је посматрање лојалности као емоције, односно као вида емоционалне привржености објекту лојалности, или, пак, као само једног аспекта неких других емоција, попут поверења или љубави.¹⁵ Тако се лојалност дефинише као друштвена емоција, емоција створена и ојачана од стране друштва, емоција испуњена вредностима, која има изразито морални аспект и сл.¹⁶ Шклар дефинише лојалност са аспекта политичких наука, истражујући везу између лојалности и обавезе, полазећи при том, такође, од схватања лојалности као емоције. Она сматра да је лојалност део привржености некој друштвеној групи, а емоционални карактер лојалности изражен је у њеном схватању лојалне особе као особе која је „целим својим бићем“ привржена објекту лојалности.¹⁷ Према једној, на психологији заснованој дефиницији лојалности, лојалност има две компоненте: друштвену и личну, односно психолошку. Лојалност се састоји од друштвене групе, чије постојање зависи од очекиваног постојања лојалности чланова групе и од размишљања, осећања и мотива сваког члана групе као појединца.¹⁸

Лојалност се дефинише и као израз бриге и забринутости према другима (објектима лојалности),¹⁹ као дарезљиво понашање према неком другом, чињење које није неминовно у интересу субјекта лојалности и које представља више у односу на понашање које је предмет законске или уговорне обавезе,²⁰ али и као уговорни однос (много чешће лојалност у привредним односима), као понашање (мада је прецизније

¹² *Ibid.*, стр. 21.

¹³ John Haughey, „Does Loyalty in the Workplace Have Future?“, *Business Ethics Quarterly*, бр. 1/1993, стр. 1.

¹⁴ John Ladd, *Loyalty*, Encyclopedia of Philosophy, London, 1967, стр. 90.

¹⁵ Jullina Oxley, D.E. Witkower, „Care and Loyalty in the Workplace“, у: Maurice Hamington, Maureen Sander-Staudt (ур.), *Applying Care Ethics to Business*, Cham, 2011, стр. 225.; R.E Ewin, „Corporate Loyalty: Its Objects and Its Grounds“, *Journal of Business Ethics*, бр. 5/1993, стр. 388-389; J. Connor, стр. 33-34.

¹⁶ J. Connor, стр. 46.

¹⁷ Наведено према: *Ibid.*, стр. 13-14.

¹⁸ *Ibid.*, стр. 13.

¹⁹ J. Oxley, D.E. Witkower, стр. 223-224.

²⁰ James Carbone, „Loyalty: Subversive Doctrine?“, *The Academy of Management Executive*, бр. 3/1997, стр. 80.

рећи да је она само основ, узрок понашања), као сазнање, као метафора за међуповезаност итд.²¹

Лојалност је део личног идентитета појединца, део „унутрашњег ја“, које представља основу понашања и доношења одлука људи у разноврсним међуљудским и другим друштвеним односима. Она пружа дубљи смисао личном интегритету сваког појединца, а понекад више утиче на његове свакодневне поступке него друштвене норме, морални принципи, вредности и сл. Лојалност чини да норме, принципи и вредности који би иначе руководили понашањем појединца то не чине када се ради о ономе чему је он лојалан.²² Једна од општих дефиниција лојалности, која је можда и најприближнија значењу овог појма у привредном праву, је она према којој је лојалност стање ума и начин понашања на који се једно лице идентификује са интересима другог лица. Особа којој је неко лојалан се може ослонити на то да лојална особа идентификује своје интересе са њеним.²³ Лојалност је поступање у складу са *истинским* најбољим интересом објекта лојалности.²⁴

2.2. Успостављање односа лојалности (субјекат и објекат)

Однос лојалности подразумева постојање (најмање једног) субјекта и објекта лојалности. При том, у овом односу увек постоји најмање један појединац (физичко лице). Субјекат лојалности увек подразумева постојање једног или више физичких лица (у компанијском праву субјекат лојалности не мора бити само физичко лице). То је појединац или група појединаца, који су посвећени, привржени, одани, верни, објекту лојалности. Флечер чак сматра да друштвени однос лојалности чине најмање два субјекта: један који је лојалан према објекту и један који је потенцијални конкурент том објекту, који „заводи“ субјекта да „изда“ свој објекат лојалности.²⁵ Према њему, за постојање истинске лојалности потребно је постојање „конкуренције“.²⁶

Већ је речено да лојалност настаје из друштвених односа, да је често последица претходног односа међузависности између различитих субјеката. Али, да ли то значи да је узајамност неопходан услов постојања односа лојалности? Да ли је лојалност нужно

²¹ J. Connor, стр. 10.

²² Мане Хајдин, „Лојалност у пословним односима“, *Филозофске студије*, бр. 30/2009, стр. 118.

²³ Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, New York, 2011, стр. 107.

²⁴ James Stieb, „Clearing up the Egoist Difficulty with Loyalty“, *Journal of Business Ethics*, бр. 1/2006, стр. 77.

²⁵ G. Fletcher, стр. 8.

²⁶ *Ibid.*

„двосмерна улица“? У литератури не постоји јединствен одговор на поменуто питање. Тако, на пример, неки дају позитиван одговор на постављено питање, истичући да такав одговор не произилази из чињенице да је лојалност заснована на уговору или на личном интересу, што најчешће и није случај, већ зато што онај који брине о другоме очекује исти третман заузврат.²⁷ Другим речима, лојалност се мора заслужити. „Без узвишених мотива на обе стране (и појединац и организација) није могуће идентификовати се са организацијом или осећати лојалност према њој. Лојалност није трик, смицалица“.²⁸ Постоје и схватања (мешовита схватања) према којима се узајамност само понекад поставља као предуслов лојалности, а да ли ће она бити неопходан предуслов зависи од врсте и природе лојалности у конкретном случају. Некада је субјекат лојалности у потпуности привржен објекту лојалности, без обзира на то да ли он има било какву корист од те посвећености и колики је „трошак“ те лојалности.²⁹ У мешовита схватања спадају и она према којима узајамност јесте предуслов постојања лојалности, али захтевани стандарди реципроцитета су више него минимални - довољно је само постојање заједничких интереса субјекта и објекта лојалности.³⁰ С друге стране, лојалност може бити заснована на личном интересу, када је субјекат више посвећен очекиваном одговору објекта у виду повратног лојалног понашања, него остваривању интереса објекта лојалности. У овом случају поставља се питање да ли уопште постоји однос лојалности или је реч о интересној повезаности субјекта са објектом лојалности. И не само у овом случају, постављање узајамности уопште, као предуслова постојања односа лојалности, није у складу са суштином појма лојалности.

Наведена констатација односи се и на још једно важно питање које је отворено, а око кога постоје супротстављена мишљења. Да ли истинска лојалност може бити наметнута субјекту лојалности или она увек има добровољни карактер? Питање је посебно значајно када говоримо о лојалности на тржишту, јер на њему добровољна лојалност скоро и да не постоји.

²⁷ J. Oxley, D.E. Witkower, стр. 239.

²⁸ *Ibid.*, стр. 239-240.

²⁹ J. Haughey, стр. 5.

³⁰ J. Stieb, стр. 78.

2.3. Објекат лојалности

Објекат лојалности је кључни елемент појма лојалности. Он је предмет крајње посвећености, привржености, он је неопходан за успостављање односа лојалности. Објекти лојалности постоје свуда око нас. Можемо их пронаћи у породици, међу пријатељима, на послу, има их, исто тако, у науци, култури, неком новом открићу, кад год неко даје неке реч, обећање или заклетву.³¹ Постоје различити објекти лојалности. То може бити особа, група људи, привредно друштво (иако је спорно да ли било који привредни субјекат може бити објекат истинске лојалности), место, разлог, идеал или мешавина идеала. Објекти лојалности постоје како на микро нивоу (породица, пријатељи и сл.), тако и на макро нивоу (црква, нација, држава и сл.).³²

Многобројност и различитост објеката лојалности за последицу има сукоб лојалности. Сукоб лојалности је честа појава и у привредно - правним односима. Тај сукоб може бити унутрашњи и спољашњи. Унутрашњи сукоб лојалности тиче се искључиво субјекта лојалности и недоумица које он лично може имати када су интереси различитих објеката лојалности, којима је тај субјекат посвећен, супротстављени или их је тешко довести у склад. Спољашњи сукоб лојалности подразумева несагласност између различитих објеката лојалности, односно сва потенцијална неслагања која могу настати између различитих појединаца или група које су лојалне, посвећене различитим објектима лојалности. Неспорно је да сукоб лојалности, како унутрашњи, тако и спољашњи, може бити изразито деструктиван и да је у најбољем интересу појединца, групе и читавог друштва проналажење начина за решавање тих сукоба. Јасно је да постоји и хијерархија објеката лојалности, а на редослед у хијерархији утиче дуготрајност и интензитет лојалности, а понекад и правне норме. Покушавајући да утврди који је то опште прихваћени, пожељни, друштвено користан објекат лојалности, насупрот ономе који је негативан по читаво друштво, али и да пронађе решење за сузбијање сукоба лојалности, Ројс уводи појмове „лојалност према лојалности“ и „универзална лојалност“.³³ Објекат лојалности је позитиван онда када је такав не само за појединца, већ за човечанство, када он представља „лојалност према лојалности“, када он помаже и унапређује лојалност свих других људи, када се не бори против друштвених група које имају другачије објекте лојалности. Објекат је

³¹ J. Royce, стр. 54-55.

³² J. Connog, стр. 47.

³³ J. Royce, стр. 101.

негативан онда када он живи одбацивањем и борбом против лојалности неких других.³⁴ Друштвено користан објекат лојалности је универзална лојалност. Свака особа има своје појединачне објекте лојалности, али сви ти посебни објекти морају да буду у духу развоја универзалне лојалности.³⁵

2.4. Лојалност и морал

Лојалност се често означава као морални и етички принцип,³⁶ а чини се и да је друштвено прихваћено да је лојалност морална категорија, да је она израз моралних правила и да је у складу са њима. Ипак, суштина лојалности своди се на приврженост објекту лојалности, а та приврженост увек у себи носи мању или већу пристрасност, односно изостанак, непостојање објективности. Морал, пак, подразумева потпуну непристрасност, објективност приликом просуђивања и доношења одлука у друштвеним односима. У оваквој поставци ствари појмови „лојалност“ и „непристрасна моралност“ потпуно су супротстављени.³⁷ Постоје три схватања о односу између лојалности и морала: 1) лојалност никада није у складу са моралом; 2) лојалност је увек у складу са моралом; 3) лојалност је понекад у складу са моралом.³⁸ Флечер ово питање посматра као дилему између индивидуалног и колективног, односно као питање да ли појединац одлуке доноси самостално или предност даје групи којој припада. Према његовом схватању, лојалност и морал су супротстављени: „етика лојалности посматра везу (групу) као нешто што је логички испред појединца, док либерална моралност посматра појединца као некога ко је формиран и ко бира односе у које ступа“.³⁹ Овако схваћена лојалност у нескладу је и са основним поставкама либерализма, који почива на појмовима као што су „индивидуализам“, „непристрасност“, „једнакост“ и сл. Поједини аутори лојалност виде као ограничење слободе појединца,⁴⁰ па чак и као основ дискриминације.⁴¹

Иако је друштвено прихваћено да је лојално понашање позитивно, пожељно, да представља врлину, наведене констатације негирају или барем доводе у питање

³⁴ *Ibid.*, стр. 118-119.

³⁵ *Ibid.*, стр. 129-130.

³⁶ *Ibid.*, стр.13.

³⁷ G. Fletcher, стр. 11.

³⁸ Bernard Gret, „Loyalty and Morality“, *Nomos*, бр. 1/2013, стр. 3.

³⁹ G. Fletcher, стр. 15.

⁴⁰ Alan Wolfe, „On Loyalty“, *The Wilson Quarterly*, бр. 4/1997, стр. 47-48.

⁴¹ Marcia Baron, *The Moral Status of Loyalty*, Dubuque (Iowa), 1984, стр. 6.

схватање лојалности као врлине. Лојалност није сама по себи и увек врлина. Она подразумева занемаривање, у мањој или већој мери, доброг просуђивања, а управо то добро просуђивање разликује особу са врлинама од оне која нема врлине.⁴² Зато што је рационално просуђивање искључено из лојалности, она не може бити врлина или фундаментални елемент морала. Лојалност може бити основ моралног, али исто тако и неморалног понашања.⁴³ То је и одговор на постављено питање односа између лојалности и морала. Морални карактер лојалности зависи од објекта лојалности. То нас, пак, води ка новом проблему, а то је проблем како одредити да ли је објекат лојалности (његови циљеви, поступци) у складу са моралом. Постојање више објеката лојалности смањује сталну моралну опасност, коју сваки од тих објеката лојалности представља. У сваком случају, потребно је пронаћи прави баланс између лојалности и независног моралног просуђивања. Поред тога, границе лојалности морају бити јасно постављене. Кад год лојално поступање према објекту лојалности подразумева кршење моралних правила, та правила морају имати предност, тако да последица лојалности не сме бити поступање супротно моралним начелима.⁴⁴ Другим речима, лојалност је врлина све док поступање субјекта лојалности у интересу објекта лојалности не наноси штету другим објектима лојалности или повређује морална правила, чије кршење наноси штету тим другим објектима лојалности или друштву у целини.⁴⁵

2.5. Врсте лојалности

Постоје различите класификације лојалности. Флечер говори о подели на минималну и максималну, као и на хоризонталну и вертикалну лојалност. Минималан захтев лојалности је одржавање везе са објектом лојалности, што подразумева одбијање позива „конкурентата“ упућених субјекту лојалности.⁴⁶ Максимална лојалност подразумева постојање додатног услова, а тај услов је посвећеност, постојање афирмативног осећања према објекту лојалности.⁴⁷ Разликовање између хоризонталне и вертикалне лојалности од значаја је за лојалност унутар групе, односно организације, као и за лојалност према групи или организацији. Вертикална лојалност подразумева

⁴² R.E. Ewin, стр. 388.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ B. Gret, стр. 19.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ G. Fletcher, стр. 41-60.

⁴⁷ *Ibid.*, стр. 8-9, 61-77.

лојалност члана групе према групи, али и према вођи групе, док је хоризонтална лојалност међусобна лојалност која може настати између чланова групе, који су сви заједно (вертикално) лојални према групи чији су чланови. За овај рад можда и најзначајнија је подела на природну (неки је називају и персоналном, урођеном, емоционалном лојалношћу) и уговорну лојалност. Природна лојалност потиче из људских односа, као што су породица или пријатељство, нација, а често и религија.⁴⁸ Она је, Флечеровим речима, израз *historical self* сваког појединца. Уговорна лојалност (назива се и лојалност на основу избора) потиче из изричитог акта привржености, обећања оданости или чланства у групи или организацији.⁴⁹ Јасно је да готово свака лојалност која постоји у привреди или на тржишту спада у уговорну лојалност. Ту спада и професионална лојалност (лојалност адвоката према клијенту, финансијских саветника, лекара итд.).⁵⁰ Посебна врста лојалности која је повезана са уговорном лојалношћу је когнитивна лојалност. Она настаје временом, последица је искуства и логичке процене. Карактеристична је, такође, за привредне односе, у којима је заснована на принципу: „ако је компанија лојална мени, онда ћу бити и ја њој“. Појединци често постају лојални према привредном друштву или другој организацији са којом су на неки начин повезани или јој на неки начин припадају зато што им она обезбеђује основне друштвене потребе, као што су сигурност (посебно важи за запослене), друштвени контакти, идентитет, везе са другим људима и сл.⁵¹

Објекат лојалности, као полазни критеријум класификације, води до бројних врста лојалности. Већ је речено да су објекти лојалности различити и многобројни, као и да постоје у свим сферама друштвених односа, па тако сваки тај објекат лојалности представља и посебну врсту лојалности (супружник или ванбрачни партнер, пријатељ, држава, нација, религија, привредно друштво и сл.). Наведени примери представљају случајеве постојања тзв. конкретних објеката лојалности. Постоје и тзв. апстрактни објекти лојалности, као што је лојалност према професији, лојалност према принципима, идеалима и сл.⁵² У литератури постоје и негације постојања лојалности према апстрактним објектима, попут идеала и принципа. Лад сматра да се лојалност односи на везе између појединаца и да је концептуално немогуће бити лојалан људима

⁴⁸ J. Connor, стр. 14.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ G. Fletcher, стр. 22-23.

⁵¹ Adrian Furnham, John Taylor, *The Dark Side of Behavior at Work*, Cham, 2004, стр. 243.

⁵² R.E. Ewin, стр. 390.

у целини (човечанству) или општем принципу, као што је правда или демократија.⁵³ Барон истиче да лојалност може постојати једино према појединцима, а не према идеалима или сличним објектима лојалности.⁵⁴ Са друге стране, пак, истиче се да лојалност увек истовремено постоји и према идеалима и објектима, али и према појединцима. Не можемо бити лојални особи без идеала које она промовише, нити можемо бити лојални идеалима без особа које промовишу те идеале.⁵⁵ Фолет (Mary Parker Follett) разликује две врсте лојалности: лојалност према групи и лојалност према професији.⁵⁶ Њен концепт лојалности према групи заснован је на свести припадности некој групи и на идеји да је успех сваког појединца повезан са успехом групе. Лојалност према групи заправо представља лојалност према људима у групи и као таква она има етички карактер.⁵⁷ Фолет, пак, већи значај придаје лојалности према професији. Лојалност према професији подразумева приврженост скупу принципа и правила понашања развијених од стране професије, односно поштовање правила која одређују шта је добро, а шта лоше у професији.⁵⁸ Лојалност, као што је већ речено у оквиру разматрања о односу између лојалности и морала, може бити прикладна (добра, позитивна) и неприкладна (лоша, негативна), у зависности од карактеристика објекта лојалности, од природе и основа лојалности, мотива субјекта лојалности и сл.

3. Посебан појам лојалности у привредним односима

Мноштво је посебних појмова лојалности. Али, за предмет овог рада важан је посебан појам лојалности у привредним односима, у оквиру кога се појављује и дужност лојалности у компанијском праву.

⁵³ J. Ladd, стр. 97-98.

⁵⁴ M. Baron, стр. 4-5.

⁵⁵ J. Stieb, стр. 77.

⁵⁶ Наведено према: Josep M. Rosanas, Manuel Velilla, „Loyalty and Trust as the Ethical Bases of Organizations”, *Journal of Business Ethics*, бр. 1/2003, стр. 51-52.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

3.1. Улога и значај лојалности у привредним односима

У вези са лојалношћу у привредним, односно тржишним односима, настало је неколико различитих, међусобно несагласних, становишта о њеној улози, значају, месту на савременом тржишту. Живимо у капиталистичком времену, времену када тржишна економија несумњиво добија примат, а последица усвајања овог економског система је и брзо и лако раскидање свих врста веза (како пословних, тако и других), промовисање личног интереса као врховног начела, уздизање промене (послодавца, запослених, произвођача, производа и сл.), напуштања на ниво врлине.⁵⁹ Место и значај лојалности у таквим друштвеним околностима знатно су ограничени. Она је много својственија феудалном друштвеном уређењу, па се често истиче како је лојалност феудална, а не капиталистичка врлина.⁶⁰ Лојалност се чини тешко одрживом у пословном контексту зато што она, барем понекад, подразумева вољу субјекта лојалности да не прати добру пословну процену и оно што је у материјалном смислу најкорисније. Када би неко морао да бира између лојалности и личног интереса, јасно је шта би био најчешћи избор у пословном свету.⁶¹ Лојалност губи на значају не само у привредним односима, већ и у осталим међуљудским односима. Зато нам дебата о њеном значају данас може дати одговор на питање да ли она, као у традиционалним друштвима, треба бити уздигнута на ниво врховне врлине или се треба препустити савременим околностима, које промовишу брзо и лако раскидање веза?⁶² Много пута је речено да је лојалност „мртва“. Поједини практични показатељи нам, такође, говоре о томе. Америчке корпорације губе половину својих потрошача на пет година, половину запослених на четири године и половину инвеститора за мање од годину дана.⁶³ Тржишне промене су веће на развијеним тржиштима, услед честих масовних отпуштања, повећане мобилности запослених (која постаје једно од основних обележја савремене привреде, питање је да ли је то позитивна новина), промена органа управљања у привредним друштвима (директора, менаџера и сл.),⁶⁴ промена власничке структуре друштава (услед преузимања акционарских друштава, статусних промена,

⁵⁹ G. Fletcher, стр. 3.

⁶⁰ A. Wolfe, стр. 46.

⁶¹ George D. Randels Jr., „Loyalty, Corporations, and Community“, *Business Ethics Quarterly*, бр. 1/2001, стр. 33.

⁶² *Ibid.*, стр. 51.

⁶³ Frederick F. Reichheld, *The Loyalty Effect – The Hidden Force Behind Growth, Profits, and Lasting Value*, Boston, 1996, стр. 1.

⁶⁴ Крајњи резултат тих промена је непостојање континуитета, ограничено планирање и хоризонти/видици инвестиција, смањена продуктивност и учење на послу.

тзв. М&А трансакција), промена седишта и места пословања друштава итд. Да резимирамо. Особине и дух капитализма и тржишне економије нису најпогодније тле за постојање лојалности у привредним односима.

Ипак, последњих деценија на тржишту, са развојем новог, хуманијег капитализма, са све присутнијим друштвено одговорним пословањем компанија уочавају се и неке нове, другачије тенденције. Компаније све више теже стварању, развоју и одржавању дугорочних односа са својим потрошачима. Стварање базе лојалних потрошача постаје све значајнији сегмент пословања компанија. Промене постоје и унутар привредних друштава, у начину њихове организације и пословања. Постоји тежња ка развоју лојалности у привредним друштвима, говори се о односу узајамности између менаџмента и запослених, о њиховим заједничким циљевима и вредностима, о подели одговорности и сл.⁶⁵ Поред стварања базе лојалних потрошача, поједине компаније све више улажу у лојалне запослене. Те компаније уочавају да тенденција сталних отпуштања негативно утиче не само на лојалност отпуштених убудуће (код неког другог послодавца), већ и на лојалност преосталих запослених. Такве компаније траже запослене који деле вредности компаније, њену пословну филозофију, културу пословања, схватајући да управо лојалност доноси излаз из кризе компанији.⁶⁶ Поред тога, уочава се „децентрализација“ у компанијама, што подразумева преношење овлашћења одлучивања и одговорности на запослене који раде у мањим тимовима и који тако имају широку аутономију у обављању свог дела посла.⁶⁷ У таквим мањим тимовима развија се лојалност између запослених. Можда је и важнија (за место и улогу лојалности на тржишту) тржишна промена која се уочава у међусобним односима између привредних субјеката. Произвођачи, у циљу постизања компетитивности, уместо традиционалних, пуких уговорних, неретко и супротстављених, односа са мноштвом добављача, теже стварању дугорочних односа са мало одабраних добављача.⁶⁸ Последица таквог избора је већа зависност између компанија које међусобно послују годинама, па и деценијама. У таквим односима поверење између заинтересованих страна несумњиво добија на значају. Савремено пословање захтева балансирање између сарадње и конкуренције.⁶⁹ Савремено тржиште,

⁶⁵ Brian A. Grosman, „Corporate Loyalty: Does It Have a Future?“, *Journal of Business Ethics*, бр. 7/1989, стр. 566.

⁶⁶ F. Reichheld, стр. 105-116.

⁶⁷ *Ibid.*, стр. 131-136.

⁶⁸ Simeon Chow, Reed Holden, „Toward an Understanding of Loyalty: The Moderating Role of Trust“, *Journal of Managerial Issues*, бр. 3/1997, стр. 276.

⁶⁹ F. Reichheld, стр. 27.

дакле, карактерише и стварање пословних савеза, стратешких алијанси, уговорних мрежа итд, а ови облици организовања међусобне сарадње привредних субјеката (поново?) „отварају врата“ за лојалност у привреди.

Последица наведених карактеристика и вредности савременог тржишта су потпуно супротстављена схватања различитих аутора о месту и значају лојалности у привредним односима. На једном крају су аутори који негирају значај и уопште постојање лојалности у привредним односима. Тако Даска сматра да привредна друштва нису прикладан објекат лојалности и да им признавање својства објекта лојалности даје морални статус који не заслужују.⁷⁰ Он тврди да лојалност почива на „саможртовању“ субјекта лојалности, које није засновано на очекивању награде или било какве користи заузврат. Привредна друштва нису адекватан објекат лојалности, јер су она, према Даски, само „средство за стицање добити“.⁷¹ Изразито негативан став према лојалности у привредним односима има и Карбоне. Сваки однос у којем постоји подударност личног интереса и лојалности Карбоне назива „сурогатом лојалности“, а наметнуту (између осталог, и уговорну) лојалност назива оксимороном.⁷² Карбоне не само да тврди да лојалност у привреди не постоји, већ сматра и да је њено евентуално постојање штетно и опасно. Због лојалности послодавци одлажу отпуштања, изазивајући касније драстичније последице и по привредно друштво и по запослене.⁷³ Због свега наведеног, Карбоне у наслову свог чланка назива лојалност „субверзивном доктрином“, а касније и „ирелевантном (безначајном) компликацијом“. На другој страни су аутори који сматрају да лојалност има значај (мањи, већи, огроман) и место у привредним односима. Корвино је умеренији заступник последње наведене тезе. Циљ и функција пословања привредног друштва захтева одређени степен саможртовања у служби остварења заједничког циља. То саможртовање, пак, није апсолутно, неограничено: свако може напустити привредно друштво када то жртовање више није профитабилно или пријатно за њега, али док год је неко део друштва (нпр. као запослени), његови интереси постају подређени интересима групе и лојалност постаје прикладна и могућа.⁷⁴ Хајдин разликује могућност настанка лојалности према јавним акционарским друштвима од могућности настанка лојалности према другим правним формама привредних друштава. Лојалност према јавним акционарским друштвима је

⁷⁰ Ronald Duska, „Whistleblowing and Employee Loyalty“, у: Joseph R. Des Jardins, John J. McCall (ур.), *Contemporary Issues in Business Ethics*, Belmont, 1999, стр. 156.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² J. Carbone, стр. 83.

⁷³ *Ibid.*, стр. 81.

⁷⁴ John Corvino, „Loyalty in Business?“, *Journal of Business Ethics*, бр. 1-2/2002, стр. 182.

слаба (не и потпуно непримерена), услед распрострањености драстичних и непредвидљивих промена у овој врсти привредних друштава.⁷⁵ Лојалност према њима мора бити ограничена, зато што она, променом управе или власничке структуре, могу у потпуности да промене и своје циљеве, вредности, принципе пословања. „Акционарско друштво је само празан правни оквир, којем они који њиме данас управљају могу дати какав год садржај им падне на памет, а они који ће њима управљати сутра могу дати какав год садржај њима падне на памет“.⁷⁶ Наведени аргумент не важи за затворене форме привредних друштава, пошто се оне мењају спорије и предвидљивије.⁷⁷ Изразито позитиван став према лојалности у привреди има Рејххелд. На неки начин, попут Ројса, који концепт лојалности ставља у центар свог филозофског размишљања, тако и Рејххелд уздиже лојалност на ниво врховног принципа, када је у питању пословни успех привредних друштава и предузетника и пословна стратегија којом се долази до тог успеха. Он сматра да је лојалност један од највећих покретача пословног успеха. Рејххелд је створио посебну пословну стратегију, коју је назвао „менаџмент заснован на лојалности“ (енг. *loyalty-based management*) и чије принципе поштују бројне успешне компаније.⁷⁸ Своју пословну стратегију он назива етичким приступом, који доноси много новца. Пословна лојалност има три димензије: лојалност потрошача, запослених и инвеститора.⁷⁹ Све три димензије су међусобно повезане. Потрошачи, запослени и инвеститори су највреднија „имовина“ компаније. Сваки успешан пословни систем има за циљ стварање вредности за потрошаче. То стварање вредности ствара лојалност, а лојалност доноси раст, профит и више вредности.⁸⁰ Стална испорука вредности потрошачима повећава лојалност запослених који постају поносни и задовољни својим послом. Укратко, оваква схватања полазе од претпоставке да лојалност постоји у савременим привредним односима, али и да је њен значај за успешно пословање компанија немерљив.

⁷⁵ М. Хајдин, стр. 137.

⁷⁶ *Ibid.*, стр. 136.

⁷⁷ *Ibid.*, стр. 137.

⁷⁸ F. Reichheld, стр. 1.

⁷⁹ *Ibid.*, стр. 3.

⁸⁰ *Ibid.*

3.2. Дефинисање лојалности у привредним односима

Комбинација појмова „лојалност“ и „привреда“ или „тржиште“ асоцира нас на неколико различитих правних питања, проблема и животних ситуација у којима ови појмови коришћени заједно долазе до изражаја. Које су то асоцијације? У компанијском праву ова два појма несумњиво указују на фидуцијарну (односно посебну, користећи терминологију српског права) дужност лојалности коју круг лица одређен законом има према привредном друштву и/или члановима друштва, акционарима, повериоцима итд. Овај аспект лојалности у привреди, који је и предмет овог рада, свакако је најважнији, али не и једино важан. Повезаност појмова „лојалност“ и „привреда“ асоцира и на лојалност потрошача, односно посебно понашање на тржишту које потрошачи могу развити према компанији или бренду. Често се говори о лојалности запослених према послодавцу (што има и своју правну димензију, пошто у неким ситуацијама запослени имају законску посебну дужност према привредном друштву), (не)постојању те лојалности приликом тзв. узбуњивања, али и обрнуто, о лојалности послодавца према запосленима.

Због свега наведеног, тешко је (да ли и немогуће?) дефинисати лојалност у привреди једном општом, свеобухватном дефиницијом. Неки аутори полазе од правних, нормативних приступа, дефинишући лојалност у привреди као обавезу засновану на фидуцијарним дужностима.⁸¹ Други сматрају да је лојалност пожељна врлина, заснована на посвећености друштвеним вредностима које дели или којима служи једно привредно друштво. Лојалност у привреди дефинише се и као обавеза заснована на изричитом или прећутном обећању или заклетви.⁸² Лојалност се често сматра дужношћу коју запослени дугује привредном друштву или врлином доброг запосленог. Ранделс, пак, тврди да лојалност није ни дужност ни врлина.⁸³ Постоји веза између лојалности и дужности и врлине, према којима лојална особа спроводи одређене дужности и поседује одређене врлине. Према овом аутору, лојалност подразумева скуп „пација (страсти)“ и карактерних црта, као што је, на пример, приврженост, са једне стране, и спољних поступака који произилазе из њих, са друге стране.⁸⁴ Тако се лојалност дефинише као „пација“ која доприноси различитим врлинама и манама, као и различитим последицама, резултатима. На крају, најједноставнија дефиниција

⁸¹ J. Oxley, D.E. Witkower, стр. 222.

⁸² *Ibid.*

⁸³ G. Randels, стр. 28.

⁸⁴ *Ibid.*

лојалности у привреди је она која у први план ставља елемент останка, задржавања (директора, запослених и сл.) у привредном друштву током одређеног дужег временског периода.⁸⁵ Ипак, тешко је постојање лојалности у привреди свести само на дужину трајања везе са привредним друштвом. Дужина боравка у друштву, у својству запосленог најчешће, јесте „симптом“ лојалности,⁸⁶ али не и опредељујући фактор за утврђивање постојања лојалности.

3.3. Две врсте лојалности у привредним односима

Сва изнета различита схватања о месту, значају, природи лојалности у привредним односима, упућују на разликовање између две врсте лојалности које постоје у тим односима. Дужност лојалности може постојати као фидуцијарна (посебна) дужност предвиђена законом, али она не мора да буде и обично није израз истинске, унутрашње лојалности носиоца те дужности. Истинска лојалност је више од законске посебне дужности, више од поштеног и задовољавајућег обављања преузетих обавеза. Истинска лојалност подразумева поступање које се не би сводило само на поштовање законских обавеза.⁸⁷ Уз то, већ је речено, истинска лојалност не може бити предмет нечије обавезе, она не може бити наметнута и захтевана од носиоца лојалности.⁸⁸ Ипак, поштено и савесно испуњавање преузетих дужности, споља посматрано, може изгледати као истински лојално понашање. У привредним односима постоје, према томе, две врсте лојалности: истинска лојалност субјекта лојалности, заснована на личним, унутрашњим мотивима субјекта лојалности и његовом повезаношћу са објектом лојалности, и дужност лојалног поступања, код које мотиви нису важни, већ само спољне манифестације и поступање у складу са законом предвиђеним дужностима субјекта лојалности.⁸⁹ Слично томе, Ајзенберг прави разлику између аутентичне и инструменталне лојалности.⁹⁰ Аутентична лојалност тржишног актера постоји када је он прихватио и усвојио (интернализовао) друштвену норму лојалности. Тада би у идеалном случају трошкови постојања и примене правних механизма и санкција, као и трошкови контроле и надзора над радом и поступањем

⁸⁵ J. Rosanas, M. Vellila, стр. 50-51.

⁸⁶ *Ibid.*, стр. 51.

⁸⁷ J. Oxley, D.E. Witkower, стр. 228.

⁸⁸ J. Carbone, стр. 83.; R.E. Ewin, стр. 388-389.

⁸⁹ Исто и: G. Randels, стр. 30.

⁹⁰ Melvin A. Eisenberg, „Corporate Law and Social Norms“, *Columbia Law Review*, бр. 5/1999, стр. 1271.

тих актера у складу са законским посебним дужностима били непотребни. Инструментална лојалност тржишног актера последица је његове жеље за задржавањем добре репутације на тржишту, али и потребе за поступањем у складу са обавезујућим правним нормама, чија примена је често праћена мерама интерне контроле које постоје у привредним друштвима и другим привредним субјектима.⁹¹ Према томе, постојање дужности лојалног поступања или инструменталне лојалности у привредно - правним односима није спорно, зато што је таква дужност заснована на обавезујућим правним нормама (дужност лојалности законом одређених лица према привредном друштву и/или његовим члановима/акционарима). Истинска или аутентична лојалност није предмет правне регулативе, а ни предмет интересовања привредног права. Ипак, постојање истинске лојалности субјектата законске дужности лојалности према исто тако законом одређеном објекту лојалности чини ефикаснијим остваривање и примену дужности лојалног поступања, која је изражена кроз постојање законске дужности лојалности.

Постојање истинске лојалности према привредном друштву, као и према било којем другом објекту лојалности, условљено је особинама и природом тог објекта лојалности. Другим речима, морамо одговорити на питање какав је прикладан, одговарајући објекат лојалности према привредном друштву? Ројс још почетком XX века препознаје проблем „корпоративне нелојалности“, указујући на непоштено понашање чланова органа управе у америчким корпорацијама и на потребу унапређења и промовисања лојалности чланова тих органа.⁹² Он покушава да утврди и какав је пожељан објекат лојалности у привредним односима, тражећи одговор на то питање у складу са својом општом филозофијом лојалности и схватањем о „универзалној лојалности“ као једином позитивном и друштвено корисном објекту лојалности. Ројс сматра да појединачни акт савесности и поштења једног привредног субјекта у привредним односима није од значаја само за његовог пословног партнера према коме је тај акт предузет.⁹³ Тај појединачни акт пословне савесности и поштења је акт лојалности и према општем, свеукупном поверењу свих других учесника на тржишту, а тржиште се заснива, почива управо на том поверењу.⁹⁴ Насупрот томе, непоштено понашање било ког учесника на тржишту проузроковаће много већу штету том општем поверењу на тржишту, него другом привредном субјекту према коме је тај акт

⁹¹ *Ibid.*, стр.1272.

⁹² J. Roуse, стр. 230-231.

⁹³ *Ibid.*, стр. 141.

⁹⁴ *Ibid.*

управљен.⁹⁵ Према томе, Ројс закључује, савесно и поштено понашање се дугује не само и не првенствено оним привредним субјектима са којима један тржишни учесник послује, већ читавом човечанству. Такво понашање доноси корист заједници, друштву и општем објекту лојалности у привредним односима. Савремена теорија компанијског права долази до сличних закључака неколико деценија касније. Корпоративни систем најефикасније функционише када тржишни актери поступају лојално, односно послују поштено и на начин који је достојан поверења других актера на тржишту.⁹⁶ Поверење има кључну улогу у модерној привреди, и без њега, као и без координације коју пружа институционална лојалност, чак и ефикасно корпоративно уговарање усмерено ка максимизацији богатства може имати негативан резултат.⁹⁷

Док је Ројс пре више од једног века покушао да одговори на питање друштвено корисног објекта лојалности у привредним односима, савремена литература (пре свега, из области пословне етике) настоји да пронађе одговор на нешто уже питање – какве особине привредно друштво треба да има да би заинтересована лица (директори, запослени, потрошачи) могла да развију истинску лојалност према њему. Чини се да је један елемент заједнички многобројним одговорима који су дати. Настанак и развој истинске лојалности према привредном друштву условљен је природом и карактером циља пословања једног привредног друштва.⁹⁸ Другим речима, само ако је циљ шири, ако има одређене особине, различите од искључивог стицања добити, постојаће могућност развијања истинске лојалности конституената (међу њима посебна пажња повећана је лојалности запослених). Постојање заједничких вредности и интереса привредног друштва и запослених, директора, па и потрошача, несумњиво повећавају могућност стварања истинске лојалности. Рејххелд предлаже стварање „партнерских односа“ између свих носилаца интереса.⁹⁹ Што више друштво показује интересовање и усмерава своје циљеве према потрошачима, запосленима и животној средини, биће више простора за истинску лојалност. Лојалност према установљеним принципима пословања (који нису окренути само профиту, на пример, производња према одређеним стандардима, здрава или органска храна), као посебна врста лојалности, и поступање друштва у складу са тим принципима, такође, позитивно утиче на стварање лојалности

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ M. Eisenberg (1999), стр. 1273.

⁹⁷ Bruce Chapman, „Trust, Economic Rationality, and the Corporate Fiduciary Obligation“, *University of Toronto Law Journal*, бр. 43/1993, стр. 549.

⁹⁸ R.E. Ewin, стр. 392-394; J. Oxley, D.E. Witkower, стр. 232-234; J. Rosanas, M. Vellila, стр. 51; F. Reichheld, стр. 28.

⁹⁹ F. Reichheld, стр. 280, 309-310.

заинтересованих лица. Поједини аутори истичу да циљ пословања треба усмерити према потрошачима.¹⁰⁰ Тада би циљ друштва била „изузетност“ у производњи, односно врхунски квалитет производа, што би у крајњем случају било и у интересу самог привредног друштва и његових чланова/акционара.¹⁰¹ Последње наведено у вези је и са лојалношћу запослених – они ће развити лојалност према друштву када верују да је оно што друштво ради корисно, да решава неку људску потребу. Основни етички принцип друштва које тежи стварању истинске лојалности је примат рада у односу на капитал, људи у односу на ствари. Коначно, истинска лојалност према привредном друштву може настати када то друштво функционише и послује као „заједница“.¹⁰² Привредно друштво је заједница када у њему постоје односи узајамности и сарадње, када се развија осећај заједничке припадности, постојања заједничке мисије, циља или барем заједничког интереса.¹⁰³ Да би привредно друштво функционисало као „заједница“, оно не сме да буде само инструмент за стицање добити. Овде ваља подсетити на врло блиско, Флечерово, схватање настанка односа лојалности у свим врстама организација (па и у привредним друштвима). Флечер истиче да лојалност према организацији настаје када се створи осећај чланства у тој организацији.¹⁰⁴ Да би директор или запослени био истински лојалан према привредном друштву, он мора да се осећа као део организације, као део бројних међуљудских односа који у њој постоје, да се поистовети са тим друштвом и његовим циљевима и принципима пословања. Изједначавање интереса свих лица која су укључена у пословање и стварање партнерских односа су идеална основа за настанак и опстанак лојалности.

¹⁰⁰ R.E. Ewin, стр. 392.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² G. Randels, стр. 28.

¹⁰³ *Ibid.*, стр. 35.

¹⁰⁴ G. Fletcher, стр. 15.

II Извориште, појам и разлози постојања дужности лојалности у компанијском праву

1. Настанак дужности лојалности у земљама англосаксонског права

Земље англосаксонске правне традиције имају посебно место и улогу у развоју и правном уобличавању дужности лојалности у компанијском праву. То место и улога не смеју се занемарити приликом анализе дужности лојалности, те се као логичан почетни корак у овој анализи намеће потреба разматрања настанка ове дужности у англосаксонском праву (првенствено у САД и Енглеској). Настанак дужности лојалности у англосаксонском праву не може се одвојити од концепта фидуцијарних дужности и фидуцијарних односа, из којих дужност лојалности произилази.

1.1. Кратак осврт на историјски развој концепта фидуцијарних дужности

Дужност лојалности у земљама англосаксонског права настала је у оквиру концепта постојања фидуцијарних дужности према привредном друштву и/или неком од носилаца интереса привредног друштва, који је развијен кроз тзв. фидуцијарно право. Фидуцијарне дужности се и данас у овим правним системима могу посматрати као део ове гране права, односно као одговор права на постојање посебне врсте правног односа - фидуцијарног односа. Настанак и развој фидуцијарних односа, пак, неопходно је посматрати у контексту разликовања између правила општег права (*common law*) и правила правичности (*equity*), која је постојала, а понегде и данас постоји, у англосаксонским правним системима. Сврха постојања правила правичности (и посебних судова правичности) била је допуна *common law* правила, и то у оним ситуацијама када је последица примене општих правних начела и правила „суштинска неправда/неправичност“ (слично начелу савесности и поштења у земљама континенталног права). Правила правичности не мењају никада непосредно *common*

law правила, већ у неким ситуацијама омогућавају додатна правна средства.¹⁰⁵ Једно од правила које су развили судови правичности је санкција за повреду поверења (енг. *breach of trust and confidence*).¹⁰⁶ Повреда поверења обухватала је све односе које данас називамо фидуцијарним односима.

У XIX веку уређене су, по угледу на судске прецеденте општег права, пресуде и схватања судова правичности. Као део те систематизације „повреда поверења“ постаје, развија се у институт траста.¹⁰⁷ Траст је уговор којим једно лице (поверавач) поверава неку имовину другом лицу (трасти) на чување и управљање у име и за рачун неког трећег лица (корисник траста), који је њен правни власник.¹⁰⁸ Енглеско право је, најпре, развило, концепт директора као трастија и тако поставило основу за настанак и развој фидуцијарних дужности.¹⁰⁹ Аналогна примена института траста је у почетку, док друштва капитала још нису имала правни субјективитет, заиста одговарала правном положају директора, који је био трасти у правно-техничком смислу. Међутим, временом правни положај директора почиње у битној мери да се разликује од правног положаја трастија. За разлику од трастија који треба да буде опрезан у очувању имовине траста и да избегне непотребно излагање ризику, од директора се очекује предузетнички ризик, односно доношење одлуке о целисходности преузимања ризика у конкретном случају.¹¹⁰ Тако однос између директора и привредног друштва (као нпр. и однос између агента и принципала) постаје, најпре, „квази траст“ или однос „сличан“ трасту, да би се током XIX века за све односе сличне трасту установио и усталио термин „фидуцијарни односи“.¹¹¹ Америчко право, на темељима енглеске судске праксе, наставља да развија флексибилан концепт фидуцијарних односа и пратећих фидуцијарних дужности кроз праксу судова правичности. Чињеница да је суд Делавера по својој природи суд правичности допринела је нарочитом развоју фидуцијарних дужности у америчком корпоративном праву.¹¹²

¹⁰⁵ Boris Kasolowsky, *Fiduciary Duties in Company Law – Theory and Practice*, Baden-Baden, 2002, стр. 36.

¹⁰⁶ L.S. Sealy, „Fiduciary Relationships“, *Cambridge Law Journal*, бр. 1/1962, стр. 69.

¹⁰⁷ B. Kasolowsky, стр. 37.

¹⁰⁸ Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, 2004, стр. 141.

¹⁰⁹ *Ibid.*, стр. 142.

¹¹⁰ Holger Fleischer, „Legal Transplants in European Company Law – the Case of Fiduciary Duties“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 3/2005, стр. 381; М. Васиљевић (2004), стр. 142.

¹¹¹ B. Kasolowsky, стр. 55; L.S. Sealy, „The Director as Trustee“, *Cambridge Law Journal*, бр. 1/1967, стр. 83.

¹¹² М. Васиљевић (2004), стр. 143.

1.2. Фидуцијарни односи као извор настанка дужности лојалности

Правна анализа фидуцијарног односа уобичајено подразумева два корака: 1) утврђивање постојања тог односа; и 2) утврђивање постојања повреде фидуцијарне дужности (лојалности) и одговорности као последице те повреде.¹¹³ Дакле, први корак је дефинисање фидуцијарног односа и само од тога да ли се неки правни однос сматра фидуцијарним зависи да ли ће тај однос пратити фидуцијарна дужност и евентуална одговорност у случају повреде те дужности (други корак). Нека савремена схватања о фидуцијарним односима и фидуцијарним дужностима доводе у питање оправданост ове устаљене анализе и логике да су фидуцијарне дужности правна последица постојања фидуцијарног односа. Према таквим схватањима, фидуцијарни однос постоји зато што једно лице другом дугује фидуцијарну дужност, односно из фидуцијарне дужности произилази фидуцијарни однос, а не обрнуто.¹¹⁴

Не постоји много општих дефиниција фидуцијарних односа, оних дефиниција које за циљ имају свеобухватно одређење овог појма. Више је разлога за то. Бројне и различите животне ситуације, које фидуцијарни односи дотичу и мање или више утичу на њих, онемогућавају, или барем отежавају формулисање опште (свеобухватне) дефиниције ових односа. Поред бројности и разноврсности друштвених односа, који су од значаја за настанак фидуцијарног односа, њихова карактеристика је и сложеност, компликованост и динамичност. Такође, постоји и страх да би прецизно дефинисање овог појма могло да доведе до тога да фидуцијарни односи изгубе своју „динамику“, односно прилагодљивост околностима случаја, а тиме би они изгубили „своју душу“.¹¹⁵ У правној литератури постоје многе дефиниције које наглашавају значај појединих елемената појма фидуцијарног односа. Неколико елемената сматрају се опредељујућим за одређивање природе и суштине фидуцијарног односа: поверавање имовине или овлашћења, поверење поверавача у фидуцијара и ризик по поверавача који произилази из тог поверавања, постојање одређеног степена дискреције фидуцијара приликом извршавања поверених овлашћења или управљања повереном имовином,¹¹⁶ немогућност стриктног уговорног одређивања његових обавеза, неједнакост уговорних

¹¹³ J.C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, Toronto, 1981, стр. 49.

¹¹⁴ Matthew Conaglen, *Fiduciary Loyalty – Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*, Oxford, Portland, 2010, стр. 10.

¹¹⁵ J. Shepherd, стр. 3.

¹¹⁶ На пример, Врховни суд Канаде је више пута поновио да суштинска карактеристика фидуцијарних односа лежи у дискреционим овлашћењима које поседује фидуцијар (потврдио суд у случају *Galambos*).

страна, односно посебна „рањивост“ поверавача, његова зависност од фидуцијара,¹¹⁷ а са тим у вези и могућност вршења (недозвољеног) утицаја фидуцијара.¹¹⁸

Поједини аутори покушали су, ипак, једном дефиницијом да обухвате све фидуцијарне односе. Према Милеру, фидуцијарни однос је онај у коме једно лице (фидуцијар) има дискрециона овлашћења над значајним практичним интересима другог лица (поверавача).¹¹⁹ Према Шеферду, фидуцијарни однос постоји кад год неко лице добије овлашћење било које врсте, под условом да истовремено добије са тим и дужност да користи то овлашћење у најбољем интересу друге стране и да он то овлашћење фактички користи.¹²⁰ Према Богерту, фидуцијарни однос је однос у коме право захтева од једног лица „необично висок“ стандард моралног или етичког понашања према другом лицу.¹²¹ Френкл издваја неколико карактеристика које сматра заједничким за све фидуцијарне односе: 1) фидуцијари нуде углавном услуге, а не производе (како се савремена привреда заснива на специјализацији, пружање експертских услуга има велики значај у њој; такве услуге често пружају лица која имају статус фидуцијара); 2) како би извршили ове услуге, њима морају бити поверена имовина или овлашћења; 3) то ствара ризик за повераваче да фидуцијари неће бити поуздани, односно достојни поверења; 4) постоји вероватноћа да ће: а) поверавач пропустити да заштити себе од ризика које производи фидуцијарни однос, б) тржиште пропустити да заштити повераваче од овог ризика, в) трошкови за фидуцијара у циљу обезбеђивања њихове поузданости можда бити већи од користи које имају од овог односа.¹²² У таквим ситуацијама, вероватно је да поверавач и фидуцијар неће ступити у међусобни (најчешће уговорни) однос, осим ако право не интервенише, регулисањем фидуцијарних односа, у циљу заштите ширег друштвеног интереса (пружање експертских услуга), тако што ће задовољити интересе обе стране или ће смањити трошкове њиховог међусобног односа.¹²³ Кутер и Фридман издвајају три карактеристике као заједничке за све фидуцијарне односе: 1) одвајање власништва од контроле или менаџмента; 2) „отвореност“ обавеза (постојање широких дискреционих

¹¹⁷ Овај елемент, пак, знатно би проширио подручје примене правила о фидуцијарним односима.

¹¹⁸ T. Frankel, стр. 4; Paul B. Miller, „A Theory of Fiduciary Liability“, *McGill Law Journal*, бр. 2/2011, стр. 243-245.

¹¹⁹ P. Miller (2011), стр. 262.

¹²⁰ J. Shepherd, стр. 93.

¹²¹ George Gleason Bogert, George Taylor Bogert, *The Law of Trusts and Trustees*, Kansas City, 1992, стр. 5.

¹²² T. Frankel, стр. 6.

¹²³ *Ibid.*

овлашћења фидуцијара); 3) информациона асиметрија у погледу поступака и резултата.¹²⁴

Питање утврђивања постојања и класификације фидуцијарног односа у конкретном случају (већ поменути први корак у анализи фидуцијарног односа) било је, а и данас је у одређеној мери, од великог значаја у земљама које познају ову врсту правних односа. Постоје два приступа утврђивању постојања фидуцијарног односа: приступ заснован на статусу уговорних страна и приступ заснован на чињеницама конкретног случаја, на основу постојања тзв. индиција фидуцијарног односа.¹²⁵ Први приступ подразумева законско одређивање односа који се увек, без обзира на околности конкретног случаја, сматрају фидуцијарним (нпр. однос између директора и привредног друштва). Други приступ подразумева прописивање критеријума на основу којих суд у сваком конкретном случају цени да ли постоји фидуцијарни однос. Он је заснован на претпоставци да ниједан однос није фидуцијарни „сам по себи“, те да не постоје односи који су фидуцијарни „по својој природи“ (наводи се чак да ни директори привредног друштва не морају увек бити фидуцијари).¹²⁶

Постоје различите врсте фидуцијарних односа.¹²⁷ Фидуцијарни односи се, најпре, могу поделити на оне у којима једно лице има контролу над имовином другог лица (нпр. трасти) и на оне у којима једно лице поверава другом лицу обављање неког посла и овлашћења неопходна како би се тај посао извршио. Поред ове две основне врсте, Шеферд говори и о представницима (нпр. агенти, тј. заступници) и саветницима (нпр. адвокати, финансијски саветници, свештеници, лекари и сл.),¹²⁸ као о посебним врстама фидуцијарних односа, а фидуцијарне односе који нису подложни сврставању у неку од основних група, назива „осталим фидуцијарним односима“, где смешта већинске и контролне акционаре.¹²⁹ Бројни су односи који се традиционално, уобичајено сматрају фидуцијарним односима у земљама англосаксонског права. Поред директора привредног друштва, ортака, трастија, агената, типичним фидуцијарним односима сматрају се и односи између старатеља и штићеника, свештеника и верника

¹²⁴ Robert Cooter, Bradley J. Freedman, „The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences“, *New York University Law Review*, бр. 66/1991, стр. 1051.

¹²⁵ P. Miller (2011), стр. 240-241.

¹²⁶ J. Shepherd, стр. 21.

¹²⁷ На пример, Сили разликује четири врсте фидуцијарних односа. Више о томе: L. Sealy (1962), стр. 74-79.

¹²⁸ Свако лице које нуђењем савета другоме на посебан начин ствара у себи фидуцијарну обавезу, која произилази из поверљиве природе створеног односа, а та обавеза ограничава пословање саветника са примаоцем савета. (J. Shepherd, стр. 28.)

¹²⁹ *Ibid.*, стр. 21.

(лица које се исповеда), адвоката и клијента, лекара и пацијента, брокера/дилера и клијента, медијатора и заинтересованих страна у спору, проналазача и инвеститора у проналазак итд.¹³⁰ Понекад фидуцијарни однос може настати и између брачних или ванбрачних партнера, блиских рођака, пријатеља и сл.¹³¹

Према томе, први корак анализе фидуцијарног односа није изгубио практични значај у земљама англосаксонског права, али чак ни у овим земљама он више није од значаја у области компанијског права, пошто се постојање фидуцијарног односа између привредног друштва и чланова управе (понекад и чланова друштва) успоставља законом и/или судским преседаном. Наравно, и даље постоје дилеме у погледу потребе постојања тог односа у различитим фактичким ситуацијама (на пример, да ли постоји дужност већинског акционара према мањинском акционару, дужност директора према повериоцима када је привредно друштво у „близини“ стечаја), али те дилеме свакако неће решавати суд на основу општих критеријума за постојање фидуцијарног односа, чак ни у земљама англосаксонског права.

Други корак, као што је већ речено, произилази из првог, тј. последица постојања фидуцијарног односа је постојање пратеће фидуцијарне дужности и одговорности у случају њене повреде. Суштину фидуцијарног односа чини фидуцијарна дужност лојалности, која се у већини земаља англосаксонске правне традиције сматра једином фидуцијарном дужношћу (Енглеска, Аустралија, Канада; у америчком праву се и дужност пажње сматра фидуцијарном дужношћу и последицом постојања фидуцијарног односа). Поменути појмови су толико блиски да заправо често представљају различите описе једне исте ствари. Процес проналажења постојања фидуцијарног односа је процес проналажења дужности лојалности коју једно лице дугује другом. Да закључимо. Дужност лојалности фидуцијара (лица којем су поверена овлашћења и/или имовина поверавача) у англосаксонском праву настала је као најзначајнија правна последица постојања фидуцијарног односа – односа између фидуцијара и поверавача.

¹³⁰ Т. Frankel, стр. 42-62.

¹³¹ *Ibid.*

2. Настанак дужности лојалности у земљама континенталног права

Настанак дужности лојалности у земљама континентално – европске правне традиције може се посматрати из два извора. Са једне стране, дужност лојалности (и фидуцијарне дужности уопште) у компанијском праву поменутих земаља обично се означава као правни трансплант преузет из англосаксонског права.¹³² Фидуцијарне дужности према привредном друштву и/или неком од његових конституената представљају можда и најзначајнији пример правне трансплантације у компанијском праву. Са друге стране, не сме се занемарити повезаност дужности лојалности са бројним раније постојећим и добро познатим правним правилима и институтима земаља континенталног права, те се они могу, барем делимично, сматрати извором настанка дужности лојалности. Хопт тако истиче да дужност лојалности и правила о сукобу интереса дуго нису била предмет правног регулисања, али да су у већини земаља континентално – европске правне традиције неспорно постојала и примењивала се, као делом регулисана, или као производ судске праксе, одређена компанијско – правна правила, која су за предмет имала сукоб интереса или друге појавне облике дужности лојалности.¹³³

Појам „правни трансплант“ први пут је употребио Алан Вотсон, а према његовој дефиницији, правни трансплант представља „преношење правила или правног система из једне земље у другу, од једних људи ка другим људима“.¹³⁴ О адекватности правних трансплантата као покретача развоја националних законодавстава и њиховој ефикасности постоје опречна мишљења. Вотсон, као творац кованице „правни трансплант“,¹³⁵ и први и највећи заговорник њихове корисности и што шире распрострањености, тврдио је да је трансплантација најплоднији извор развоја права, као и да је преношење правних правила једноставно.¹³⁶ Нова правила постају

¹³² Н. Fleischer (2005), стр. 380; М. Васиљевић (2004), стр. 144.

¹³³ Klaus Hopt, „Comparative Corporate Governance: the State of the Art and International Regulation“, *American Journal of Comparative Law*, бр. 1/2011, стр. 38.

¹³⁴ Alan Watson, *Legal Transplants – An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974, стр. 21.

¹³⁵ У правној литаратури се наводи да Вотсон заправо није творац овог концепта, већ Џереми Бентам у свом делу „О утицају времена и простора на питања законодавства“ (*Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*), објављеном 1802. године. На пример, Бентам наводи да је најбоље право за Кину истовремено најбоље и за Перу. Више о томе: Andrew Huxley, „Jeremy Bentham on Legal Transplants“, *Journal of Comparative Law*, бр. 2/2007, стр. 177-188.

¹³⁶ A. Watson, стр. 95.

прихваћена без већих тешкоћа, чак и када она долазе из потпуно другачијег система.¹³⁷ Практично посматрано, правни транспланти су јефтин, брз и потенцијално плодан извор новог права, они постају најзначајнији начин развоја савременог права.¹³⁸ На другој страни су аутори који тврде да је постојање и функционисање правних транспланата „немогуће“.¹³⁹ Неки сматрају да само конвергентни или слични системи могу имати користи од позајмљивања (земље које су у сличној фази развоја)¹⁴⁰, док други тврде да је рецепција могућа, па чак и тада једноставна, и онда када је „друштво прималац“ много мање развијено, у материјалном и културолошком смислу, од „друштва преносиоца“.¹⁴¹

Савремено компанијско право карактерише постојање бројних правних транспланата, а „земља извозник“ правних правила из области компанијског права је скоро увек САД. Постоји неколико разлога који су довели до оваквог начина развоја компанијског права: 1) компанијско право спада у оне гране права које су подложније „интернационализацији“, за разлику од, на пример, кривичног или породичног права; 2) глобализација, отварање граница, приближавање светских тржишта, а посебно тржишта капитала; 3) квалитет правних правила која долазе са друге стране океана, а који је, између осталог, последица чињенице да су та правила углавном развијана кроз судску праксу најугледнијих америчких судова (пре свега, у Делаверу, али и у Њујорку и Калифорнији), специјализованих за питања компанијског права.¹⁴²

Када је реч о повезаности дужности лојалности са општим правним правилима и институтима, најизраженија је њена веза са правилима и институтима грађанског, а пре свега уговорног права. Слично земљама англосаксонског права, у којима је у почетку однос између директора и привредног друштва сматран односом идентичним или барем сличним трасту, земље континенталног права везу између директора и друштва посматрале су кроз призму уговора о мандату.¹⁴³ Из њега се развио посебан уговор у

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Hideki Kanda, Curtis J. Milhaupt, „Re-examining Legal Transplants: The Director’s Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law“, *The American Journal of Comparative Law*, бр. 4/2003, стр. 889.

¹³⁹ Pierre Legrand, „The Impossibility of Legal Transplants“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, бр. 4/1997, стр. 114.

¹⁴⁰ Helen Xanthaki, „Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap“, *International and Comparative Law Quarterly*, бр. 3/2008, стр. 661.

¹⁴¹ A. Watson, стр. 95.

¹⁴² H. Fleischer (2005), стр. 389-391.

¹⁴³ На пример, у португалском праву дужности директора дуго су биле правно засноване на уговору о мандату, барем од доношења Португалског Трговачког законика из 1888. године. (Pedro Pais de Vanconcelos, „A Brief Note on Directors’ Duties of Care and Loyalty in Portugal“, у: Adolfo Paolini (ур.), *Research Handbook on Directors’ Duties*, Cheltenham, Northampton, 2014, стр. 175.)

привреди – уговор о заступању (агентури).¹⁴⁴ Зато су се у земљама *civil law* традиције, дужности директора развијале у оквиру компанијског права, али са упућивањем на опште принципе који су се примењивали на институт заступништва.¹⁴⁵ У немачком праву дужност лојалности није кодификована, али њено постојање као општег правног принципа неспорно је у судској пракси и правној теорији.¹⁴⁶ И у Француској је дужност лојалности развијена у судској пракси.¹⁴⁷ Наведена чињеница повезаности дужности лојалности са општим правним принципима од значаја је не само са историјско - правног, већ и позитивно - правног аспекта, будући да поменута правна начела и правила других грана права допуњују посебна правила компанијског права о дужности лојалности или су од значаја приликом тумачења тих посебних правних правила.

Дужност лојалности уобичајено се сматра правним трансплантом. Она то јесте, али само у извесној мери. Наиме, иако је утицај англосаксонског права на земље континенталног права у погледу формирања, обликовања, придавања правог значаја овом институту неспоран, не може се порећи ни чињеница да су ова дужност, као и већина њених облика испољавања били познати правима континенталних земаља, и чак у доброј мери регулисани, али само парцијално и не на нивоу посебног правног института. Међутим, англосаксонско право није извршило само формални утицај на развој дужности лојалности у земљама цивилног права. Суштински утицај извршили су англосаксонска (првенствено америчка) судска пракса и правна теорија, стварањем и уобличавањем правних стандарда за примену појединих елемената института дужности лојалности. У овој области заправо је дошло до „трансплантације“ правне мисли, начина размишљања и духа англосаксонског права у тумачењу и примени дужности лојалности у земљама континенталног права.

¹⁴⁴ М. Васиљевић (2004), стр. 141.

¹⁴⁵ Klaus Hopt, „Conflict of interest, secrecy, and insider information of directors, a comparative analysis“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 2/2013, стр. 169.

¹⁴⁶ Н. Fleischer (2005), стр. 384.

¹⁴⁷ *Ibid*, стр. 383. (са примерима из француске судске праксе који се сматрају извориштем настанка дужности лојалности).

3. Настанак дужности лојалности у српском праву

Извориште дужности лојалности у српском праву веома је слично изворишту ове дужности у другим земљама цивилног права. Пут развоја дужности лојалности у српском праву карактерише испреплетаност аутономног, самосталног развоја института и позајмљивања, односно трансплантације правила из других правних система у којима дужност лојалности има дужу традицију постојања и примене.

3.1. Осврт на историјски развој дужности лојалности

Поједине елементе института, који је данас у свету познат као дужност лојалности, познаје како најраније, тако и савременије, југословенско и српско привредно законодавство. Одредбе Закона о акционарским друштвима за Србију и Црну Гору од 1896. године представљају у извесном смислу наговештај, почетак успостављања правила о дужностима и одговорности лица која управљају друштвом. Тако је овим законом, између осталог, предвиђена одговорност за штету чланова управног одбора (и то „лично и целим својим имањем солидарно“) „која би настала од противзаконитог или *неправилног вршења њихове дужности* (обележио аутор)¹⁴⁸. Правна теорија тога доба ову одредбу тумачи тако да се „члан управног одбора у вршењу своје дужности око отправаљања друштвених послова и заштите друштвених интереса мора показати као брижљив домаћин“.¹⁴⁹ У смислу данашњих посебних дужности ова одредба је, по својој суштини, најближа дужности пажње. Вредна помена су решења Трговачког закона Краљевине Југославије из 1937. године, који због тадашњих друштвених околности никада није ступио на снагу, али и поред тога осликава степен развоја тадашњег југословенског привредног права.¹⁵⁰ Примера ради, у чл. 300 ст. 1. поменутог закона била је прописана општа обавеза брижљивости члана управе: „У пословодству и у заступству сваки члан управе дужан је да у *интересу друштва* (обележио аутор) ради са брижљивошћу и опрезношћу уредног пословног човека.“ Таква општа обавеза прописана је и за ортака („другара јавног трговачког

¹⁴⁸ Закон о акционарским друштвима за Србију и Црну Гору од 10. децембра 1896. године, чл. 45 ст. 1.

¹⁴⁹ Милорад Зебић, *Акцијско право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца – Коментар Закона*, Београд, 1928, стр. 67.

¹⁵⁰ Миодраг Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац, 2016, стр. 21.

друштва“) следећом формулацијом: „У вршењу своје дужности другар је дужан да поступа са оном брижљивошћу коју обраћа својим стварима.“¹⁵¹ Југословенски Трговачки закон познавао је и правило о забрани сукоба интереса, које је у великој мери слично решењима савременог компанијског права. То правило познавало је појам правног посла у коме постоји лични интерес, лица повезана са чланом управе, обавезу обавештавања надлежног органа о сукобу интереса, као и могућност одобрења правног посла у којем постоји лични интерес од стране надзорног одбора, односно скупштине.¹⁵² Исти закон познавао је и правило о забрани конкуренције и о чувању пословне тајне, опет веома слична оним садржаним у савременим компанијским законима.¹⁵³

Након Закона о предузећима из 1988. године, који је направио одступницу од пословне праксе и филозофије дириговане договорне економије утемељене Законом о удруженом раду,¹⁵⁴ Закон о предузећима из 1996. године (у даљем тексту: ЗОП)¹⁵⁵ представља први значајнији покушај домаћег законодавца да област привредних друштава уреди на другачији, савременији начин. У складу са том тежњом, ЗОП је садржао правило о доминацији интереса друштва, које суштински представља опште правило о дужности лојалности, као и поједине елементе те дужности. Прокламовање доминације интереса друштва представљало је наговештај регулисања дужности лојалности као посебног начела у српском компанијском праву. Члановима управе и

¹⁵¹ Трговачки закон за Краљевину Југославију од 1937. године, чл. 113 ст. 1.

¹⁵² Ако су у којем чину пословодства или заступства интереси друштва у противности са интересима члана управе или лица, које је у погледу одговорности равно члановима управе, или са интересима њихових својака (брачни друг, вереник, сродник по крви до закључно 4. или тазбини до закључно 2. степена, посинак или поћерка, поочим или помајка, хранитељ или храњеник, онај ко живи са чланом у ванбрачној заједници, као и онај ко је са чланом у односу кумства), члан, односно лице које је члановима управе равно, мора да се уздржи сваког учествовања у расправљању и одлучивању о тој ствари. То нарочито вреди ако би се између друштва и поменутих лица имао да склопи правни посао. Спречено лице ће о препреци без одлагања обавестити надзорни одбор и председника управе, а кад се управа састоји само од два члана, онда другог члана. О чину пословодства или заступства решиће надзорни одбор. Кад овај не постоји или не реши о питању пословодства или заступства, сазваће се скупштина, да реши ствар сама, ако се ради о чину пословодства, а иначе да постави, ако чин заступства начелно одобри, једно или више лица које ће друштво заступати у том послу. О таквим чинима пословодства или заступства, о којим је решио, надзорни одбор известиће идућу скупштину. Члановима управе, лицима, која су у погледу одговорности њима равна и њиховим својацима, може се кредит давати само по изричитом пристанку надзорног одбора, а ако га друштво нема, по пристанку скупштине (Трговачки закон за Краљевину Југославију од 1937. године, чл. 303).

¹⁵³ Без пристанка скупштине чланови управе не смеју ни за свој ни за туђи рачун обављати послове, којима би се друштву правила утакмица, нити смеју бити лично одговорни другари, органи или намештеници у којем предузећу, које прави друштву утакмицу или би је могло правити. Они пословне и друге тајне предузећа, које сазнају у вршењу своје дужности, без пристанка скупштине не смеју искоришћавати нити их смеју одати уколико одавање не захтева интерес друштва. Последица је губитак награде, накнаде у случају разрешења и евентуално тужба за накнаду штете (Трговачки закон за Краљевину Југославију од 1937. године, чл. 304).

¹⁵⁴ Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о предузећима*, Београд, 1996, стр. 2.

¹⁵⁵ *Службени лист Савезне Републике Југославије*, бр. 29/96.

извршног одбора директора друштава капитала наложено је да „...своје функције врше у интересу друштва...“.¹⁵⁶ Поједини облици дужности лојалности регулисани овим законом били су: клаузула конкуренције, клаузула конфликтности интереса, обавеза чувања пословне тајне, одговорност чланова управног одбора и чланова надзорног одбора за штету коју својом одлуком проузрокују предузећу, повериоцима и власницима, ако је та одлука донесена грубом непажњом или с намером да се штета проузрокује.¹⁵⁷

И док је ЗОП дао наговештај, Закон о привредним друштвима из 2004. године (у даљем тексту: ЗПД 2004)¹⁵⁸ постао је први (за сада и једини) српски компанијски закон који је изричито регулисао дужност лојалности, али и дужности према привредном друштву уопште као самосталан правни институт. Тим законом прописана је општа обавеза за сва лица која имају дужности према привредном друштву да поступају савесно и лојално према друштву.¹⁵⁹ Ово правило конкретизовано је низом посебних правила о забрани сукоба интереса, забрани конкуренције, забрани злоупотребе положаја у друштву, пословних могућности итд.¹⁶⁰ Важећи ЗПД не познаје више дужност лојалности као посебну и законом именовану дужност, али прописује пет посебних дужности према привредном друштву, од којих се четири без дилеме могу сматрати појавним облицима дужности лојалности: дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне и дужност поштовања забране конкуренције.

Из сумарног историјског развоја дужности лојалности произилази да је развојни пут овог института у српском праву текао на сличан начин као и у другим земљама континентално - европске правне традиције. Назнаке, наговештаји, поједини елементи института развијали су се од краја XIX па све до почетка XXI века. Тада је уследила правна трансплантација посебних дужности према привредном друштву као целовитог, обликованог правног института. Поред уобичајеног карактерисања дужности лојалности као правног транспланта,¹⁶¹ извором настанка овог института у српском праву често се сматра уговор о налогу. Повезаност произилази из одредбе Закона о

¹⁵⁶ ЗОП, чл. 268, 378, 379.

¹⁵⁷ Види: ЗОП, чл. 72, 76, 90, 92, 93.

¹⁵⁸ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 125/2004.

¹⁵⁹ ЗПД 2004, чл. 33 ст. 1.

¹⁶⁰ Види: ЗПД 2004, чл. 33-38.

¹⁶¹ М. Васиљевић (2004), стр. 144; Драган Вујисић, „Дужности директора - у законодавству, пословној и судској пракси“, *Право и привреда*, бр. 1-4/2009, стр. 186.

облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО)¹⁶² којом се прописује да је налогопримац дужан извршити налог према примљеним упутствима, са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина, остајући у његовим границама и у свему пазити на интересе налогодавца и њима се руководити.¹⁶³ Без намере улажења у дубља теоријска разматрања, треба указати на то да уговор о налогу само донекле јесте извор дужности лојалности у српском праву. Ова констатација има ограничену вредност из два разлога. Прво, уговор о налогу може бити основ дужности лојалности само директора друштва, чланова надзорног одбора, заступника, прокуриста и ликвидационог управника. Иако се директори обично сматрају најзначајнијим субјектом дужности лојалности у компанијском праву, не сме се занемарити да субјекти ове дужности могу бити и чланови привредног друштва (под одређеним условима). Друго, уговор о налогу подразумева поступање налогопримца у складу са примљеним упутствима налогодавца, што значи да налогодавац контролише налогопримца и има овлашћење да усмерава његово понашање. Једна од суштинских карактеристика односа између директора и привредног друштва је потреба постојања одређеног степена дискреције директора (која је у интересу друштва, ако је правилно и поштено употребљена) и немогућност потпуне контроле директора од стране друштва.

3.2. Занемаривање феномена правне трансплантације

И поред све веће распрострањености правних транспланата у српском праву и постојања свести о мери у којој они представљају покретач развоја и побољшања домаћег законодавства, недовољно пажње посвећено је постојећим теоријама упоредног права о легитимности правних транспланата и (не)постојању ограничености избора законодавца приликом преношења решења из неког иностраног правног система. Такво занемаривање чуди, посебно ако се узме у обзир да је проблем неадекватне, недовољне примене или непостојања примене трансплантираних правних правила и института уочљив. Хопт (позивајући се на пример Србије) указује на постојање посебних проблема у земљама средње и источне Европе које су подељене између *civil law* и *common law* транспланата (посебно у области тржишта капитала) и које су обично под притиском преузимања решења за чију примену органи извршне и

¹⁶² Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Службени лист Савезне Републике Југославије, бр. 31/93 и Службени лист Србије и Црне Горе, бр. 1/2003 - Уставна повеља.

¹⁶³ ЗОО, чл. 751 ст. 1.

судске власти још увек нису спремни.¹⁶⁴ Трансплантација правних правила која се не примењују или се неадекватно примењују свакако није успешна. Производ неуспеха није само лош или непримењив конкретан правни пропис. Трансплантацијом правних правила или института често се (не)намерно ствара лажни утисак решавања конкретног проблема.

Правна трансплантација је сложен, не само правни, већ и друштвени феномен. Правни трансплант не може опстати у „организму“ другог правног система коришћењем искључиво правних методолошких инструмената. Пре преношења новог правила или института, оно се мора сагледати и анализирати са мултидисциплинарног аспекта, уз помоћ антрополога, социолога, историчара, политичких теоретичара итд.¹⁶⁵ Трансплантација правила кроз доношење закона у скраћеном поступку, без адекватне јавне расправе, након *ad hoc* консултација са заинтересованим странама, без свеобухватне правне, а камоли шире друштвене анализе, неминовно води неуспеху пренетог права.¹⁶⁶ Неминовно се поставља питање: да ли је правно трансплантирање дужности лојалности у српско право успешно? Оскудна (готово непостојећа) судска пракса поводом примене овог института намеће одговор да успех није постигнут. Међутим, треба разликовати примену института у судској пракси од његове примене у пословној пракси. Примена института у судској пракси подразумева повреду правила института и покретање поступка пред судом због те повреде. Примена института у пословној пракси је истовремено и основни циљ успостављања и постојања института. Наиме, лојално понашање лица која утичу на пословање привредног друштва је идеална ситуација из које произилазе идеални резултати. Али, ако објективно посматрамо привредну стварност наше земље, тешко да се може закључити да је примарни циљ дужности лојалности постигнут, односно да је разлог судске непримене института њена укореењеност у пословној пракси.

¹⁶⁴ К. Нопт (2011), стр. 19.

¹⁶⁵ Lyn Stout, „On the Export of U.S.-Style Corporate Fiduciary Duties to Other Cultures: Can a Transplant Take“, *University of California, Los Angeles, School of Law, Research Papers*, бр. 2/2011, стр. 33-34, доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=313679, 17.08.2017.

¹⁶⁶ О лошим странама поступка доношења привредних закона у Србији види: Мирко Васиљевић, „Закони и привреда“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012, стр. 13-34.

4. Однос између начела савесности и поштења и дужности лојалности

Начело савесности и поштења представља врховно начело грађанског права, које посебну примену има у облигационом и привредном уговорном праву.¹⁶⁷ Оно је израз морала, односно „капија“ кроз коју моралне вредности постају део права.¹⁶⁸ О суштинском значењу овог начела не говори се пуно, зато што се о њему и не може пуно рећи.¹⁶⁹ Готово опште прихваћена дефиниција начела савесности и поштења у уговорном праву своди се на потребу да свака уговорна страна узме у обзир оправдане, легитимне интересе друге стране.¹⁷⁰ Према ЗОО, овим начелом захтева се савесно и поштено понашање свих учесника у облигационим односима приликом заснивања облигационих односа и остваривања права и обавеза из тих односа.¹⁷¹ У већини правних система начело савесности и поштења има три функције: 1) конкретизација, односно тумачење правила (законских норми или уговорних одредаба); 2) допуна уговорних обавеза; 3) кориговање, ограничавање примене правила (нпр. забрана злоупотребе права).¹⁷²

Веза између начела савесности и поштења и дужности лојалности врло је блиска. Толико блиска да се ови појмови понекад користе у заменљивом значењу. Објашњавајући значење немачке кованице *Treu und Glauben*, Цимерман наводи да она означава правни стандард поштењог, *лојалног* и пажљивог понашања или поступања са одговарајућим обзирима за интересе друге стране.¹⁷³ Слично томе, Хеселинк наводи да енглеска кованица *good faith* подразумева поштење, искреност, *лојалност*.¹⁷⁴ У већини правних система дужности које произилазе из начела савесности и поштења су *дужност лојалности*, *дужност пажње*, *дужност међусобне сарадње* и *дужност*

¹⁶⁷ Оливер Антић, „Морал (етика) у грађанском праву“, у: Дијана Марковић Бајаловић (ур.), *Хармонизација грађанског права у региону*, Источно Сарајево, 2013, стр. 4.

¹⁶⁸ Martijn W. Hesselink, „The Concept of Good Faith“, у: Arthur S. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, Ewoud H. Hondius, Chantal Mak, C. Edgar du Perron (ур.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, стр. 621.

¹⁶⁹ Simon Whittaker, Reinhard Zimmerman, „Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape“, у: Reinhard Zimmerman, Simon Whittaker (ур.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, стр. 30.

¹⁷⁰ Matthias E. Storme, „Good Faith and the Contents of Contracts in European Private Law“, *Electronic Journal of Comparative Law*, бр. 1/2003, стр. 3.

¹⁷¹ ЗОО, чл. 12.

¹⁷² М. Hesselink, стр. 627; Владимир Вулетић, „Од *bona fides* до начела савесности и поштења“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2010, стр. 283.

¹⁷³ S. Whittaker, R. Zimmermann, стр. 31.

¹⁷⁴ М. Hesselink, стр. 621.

информисања.¹⁷⁵ У овом смислу дужност лојалности изједначава се са обавезом уговорне стране да изврши своје уговорне обавезе, односно, у ширем смислу, она пружа сигурност другој страни да ће имати очекиване користи од уговора (тзв. концепт разумних очекивања, енг. *reasonable expectations*).¹⁷⁶ У француској правној теорији начело савесности и поштења сматра се основом постојања посебне обавезе лојалности.¹⁷⁷ Њено постојање се, такође, не може посматрати одвојено од начела савесности и поштења, а два принципа се често користе у заменљивом значењу.¹⁷⁸ У енглеском праву се истиче примена начела савесности и поштења у уговорним односима које карактерише постојање фидуцијара.¹⁷⁹ Тзв. Нордијски Законик о уговорима¹⁸⁰ прокламује општу обавезу узајамне лојалности и поштења. Скандинавске земље познају општу обавезу уговорне лојалности, развијену претежно у судској пракси.¹⁸¹

Примена начела савесности и поштења најизраженија је у уговорном праву, али она понекад досеже далеко изван његових граница.¹⁸² Подручје примене овог начела проширује се најпре на све облигационе односе. У холандском праву начело савесности и поштења примењује се, између осталог, и у компанијском праву.¹⁸³ У немачком праву оно се примењује не само у приватном, већ и у неким областима јавног права (управно, пореско право).¹⁸⁴ Како би се сузило подручје примене начела савесности и поштења, осмишљен је концепт посебних веза (нем. *Sonderverbindung*). Само у случају постојања посебних веза између два или више лица, које су засноване на односу узајамног поверења, сличном уговорном односу, постоји очекивање савесног и поштеног понашања (стандард понашања који је виши од оног који се очекује у међусобним односима између „странаца“).¹⁸⁵

¹⁷⁵ *Ibid.*, стр. 630.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ S. Whittaker, R. Zimmermann, стр. 37.

¹⁷⁸ Jean-Emmanuel Roy, Jacques Rojot, „Loyalty and Non-Competition in France“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, бр. 2/1999, стр. 225.

¹⁷⁹ S. Whittaker, R. Zimmermann, *нав. чланак*, стр. 46.

¹⁸⁰ Овај Законик настао је као резултат законодавне сарадње скандинавских земаља (Норвешке, Шведске, Данске, Финске и Исланда) у области уговорног права. Нацрт Законика израђен је почетком XX века, а онда је усвојен у националним законодавствима скандинавских земаља у периоду између 1915. и 1936. године. И данас, готово неизмењен, важи у овим земљама, које су га имплементирале скоро без икаквих измена у односу на Нацрт Законика који потиче с почетка XX века. (Ulf Bernitz, „What is Scandinavian Law – Concepts, Characteristics, Future“, у: Peter Wahlgren (ур.), *What is Scandinavian Law*, Stockholm, 2007, стр. 20-21.)

¹⁸¹ *Ibid.*, стр. 22.

¹⁸² M. Hesselink, стр. 628.

¹⁸³ *Ibid.*, стр. 634.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, стр. 635.

Примена начела савесности и поштења подразумева, слично односу између директора и привредног друштва, да се странке већ налазе у уговорном односу на коме се заснива однос поверења.¹⁸⁶ Такав однос поверења постојаће код уговора где узајамност чинидби захтева веће трошкове или ако правни однос траје дуже времена.¹⁸⁷ Начело савесности и поштења и дужност лојалности имају исту сврху: ограничење дискреционих права или овлашћења која једно лице има у односу на друго.¹⁸⁸ Ипак, кључна разлика између начела савесности и поштења и дужности лојалности је у томе што се начелом савесности и поштења од страна уговорница захтева да имају обзира према оправданим интересима друге уговорне стране, док дужност лојалности захтева од лица са дужностима не само узимање у обзир, разматрање интереса објекта дужности, већ потпуну, неограничену посвећеност и поступање у складу са интересима објекта. Начело савесности и поштења не захтева од једног лица потпуно занемаривање својих интереса на штрб другог лица, као што то чини дужност лојалности у односу између лица са посебним дужностима и привредног друштва. Према томе, садржина и интензитет обавеза које произилазе из дужности лојалности снажнији су од оних које произилазе из начела савесности и поштења.

Однос између начела савесности и поштења и дужности лојалности несумњиво је однос између општег и посебног. Дужност лојалности произилази из начела савесности и поштења као генералне клаузуле грађанског права која у право уноси правила моралне природе, која су у самој основи и дужности лојалности у компанијском праву.

5. Однос између дужности лојалности и дужности пажње

Дужност лојалности и дужност пажње две су основне посебне (фидуцијарне) дужности према привредном друштву и/или неком од носилаца интереса унутар или изван друштва. Ова констатација опште је прихваћена у правној теорији, судској

¹⁸⁶ Драгољуб Стојановић, *Савесност и поштење у промету*, Београд, 1973, стр. 7.

¹⁸⁷ *Ibid*, стр. 19.

¹⁸⁸ Deborah A. DeMott, „Beyond Metaphor: an Analysis of Fiduciary Obligation“, *Duke Law Journal*, бр. 5/1988, стр. 892.

пракси и законодавствима која изричито регулишу посебне дужности.¹⁸⁹ Утврђивање међусобног односа између дужности лојалности и дужности пажње, као и то да ли једна од њих има приоритет у односу на другу, једно је од најсложенијих питања у правној теорији која се бави посебним дужностима према привредном друштву. Чини се да јасно разграничење не постоји, њега можда чак није ни могуће утврдити, због испреплетаности, сличности, изражене повезаности између две посебне дужности.

Дужност пажње је заснована на опште познатој претпоставци да било које лице које преузме положај чије обављање подразумева ризик проузроковања штете другим лицима, има моралну дужност да тај положај обавља са одговарајућим степеном пажње.¹⁹⁰ Она је, за разлику од дужности лојалности, прихваћена ЗПД-ом као именована посебна дужност према привредном друштву. Иначе, законско дефинисање дужности пажње може се сматрати заједничком тековином компанијског права европских земаља. Према ЗПД, директори, чланови надзорног одбора, заступници, прокуристи и ликвидациони управник дужни су да у том својству извршавају своје послове савесно, са пажњом доброг привредника и у разумном уверењу да делују у најбољем интересу привредног друштва.¹⁹¹ Приликом одређивања захтеваног степена пажње у вођењу послова друштва, српски законодавац се водио објективно – субјективним критеријумом пажње, који је последњих година одредница у многим земљама ЕУ. Овим критеријумом обухваћен је објективни, нижи степен пажње, који се примењује на све субјекте дужности пажње, као и субјективни, виши степен пажње, примењив само на оне субјекте који поседују посебна знања и вештине. Према ЗПД, под пажњом доброг привредника подразумева се степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које би поседовало знање, вештине и искуство које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву.¹⁹² Ако лице које је субјекат дужности пажње поседује одређена специфична знања, вештине или искуство, приликом оцене степена пажње узеће се у обзир и та знања, вештине и искуство.¹⁹³ Ајзенберг издваја четири појавна облика дужности пажње: дужност надгледања (мониторинга) пословања привредног друштва; дужност истраживања, односно праћења примљених информација, а које основано представљају разлог за бригу;

¹⁸⁹ Види нпр. Модел европског компанијског закона (European Model Company Act, доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348; у даљем тексту: ЕМСА), чл. 9.03. и 9.04.

¹⁹⁰ Melvin Aaron Eisenberg, „The Duty of Care of Corporate Directors and Officers“, *University of Pittsburgh Law Review*, бр. 51/1990, стр. 945.

¹⁹¹ ЗПД, чл. 61 ст. 1.

¹⁹² ЗПД, чл. 61 ст. 2.

¹⁹³ ЗПД, чл. 61 ст. 3.

дужност спровођења разумног поступка пословног одлучивања; дужност доношења разумних одлука.¹⁹⁴

Повезаност дужности лојалности и дужности пажње уочљива је већ приликом појмовног одређења ове две дужности. Обе дужности подразумевају рад у најбољем интересу привредног друштва и савесно поступање лица која су носиоци ових дужности (једне од њих или обе). Општи циљеви две посебне дужности према привредном друштву су исти. Ти циљеви су ограничење дискреционих овлашћења лица која управљају привредним друштвом (првенствено чланова управе друштва), као и успостављање механизма за изједначавање (поистовећивање) интереса директора и привредног друштва, односно његових чланова. Превентивно деловање на понашање субјеката дужности у основи је и дужности лојалности и дужности пажње. Међутим, иако доста сличне, дужност лојалности и дужност пажње у српском праву, ипак, нису идентичне. Српски законодавац нарочито прави разлику у погледу круга субјеката на који се ове две дужности односе, као и у погледу правних последица за случај њихове повреде. Круг субјеката дужности пажње знатно је ужи од круга субјеката дужности лојалности. За случај повреде дужности, одговорност за повреду дужности пажње ограничена је само на накнаду штете, док одговорност за повреду дужности лојалности подразумева поред накнаде штете и друге видове имовинске, али и статусне и кривичне одговорности.

Дужност пажње подразумева обзирност - извршавање послова који су у делокругу овлашћења субјекта те дужности са великом марљивошћу, опрезношћу, прецизношћу, свеобухватношћу и сл. Поступање у складу са дужношћу пажње подразумева да ће директори посветити довољно времена, пажње и марљивости у вођењу послова привредног друштва, да ће поступати само након пажљивог прикупљања информација, поседовати неопходне вештине и искуство за доношење добрих пословних одлука, као и да ће пажљиво размотрити могуће последице сваке пословне одлуке. Дужност пажње, по својој природи и суштини, представља обавезу средства, а не циља. Лица овлашћена за вођење послова друштва дужна су да учине најбоље, али не и да гарантују постизање добрих, позитивних пословних резултата. Дужност лојалности, такође, садржи обзирност, али у ширем смислу речи. Она се не односи само на пажњу доброг привредника.

¹⁹⁴ М. Eisenberg (1990), стр. 948.

Дужност лојалности и дужност пажње имају различите посебне циљеве, који до изражаја долазе у фактичким ситуацијама у којима се ове дужности примењују, тј. у практичним проблемима које оне решавају. Дужност пажње повезана је са начином и поступком доношења пословних одлука у најширем смислу, као и начином преузимања ризика у вођењу послова друштва, што је саставни део свакодневних послова директора. Њоме се утврђују критеријуми оцењивања пословног одлучивања. С друге стране, примена дужности лојалности долази до изражаја у ситуацијама у којима постоји „искушење“ за лице са посебним дужностима да занемари интерес привредног друштва и да поступи у личном интересу (непосредно или посредно). Дужност лојалности у тим ситуацијама промовише и захтева поступање у складу са интересом привредног друштва. Овакво поступање неопходно је првенствено онда када постоји супротстављеност интереса (стварни сукоб интереса) или само могућност, изглед да до ње дође (потенцијални сукоб интереса). Зато се, бар у континенталним правним системима, дужност лојалности често изједначава са дужношћу избегавања сукоба интереса.

Из наведеног закључујемо да је кључни, дистинктивни елемент дужности пажње обзирност, односно поступање субјеката те дужности са пажњом доброг привредника у обављању свих послова из њиховог својства. Кључни елемент појма дужност лојалности је заштита интереса привредног друштва у посебним, ризичним ситуацијама. Овде ваља изнети и чињеницу да рад у најбољем интересу привредног друштва није елемент дужности пажње у немачком праву, као ни у Моделу европског компанијског закона (у даљем тексту: ЕМСА).¹⁹⁵

Различити покушаји дефинисања међусобног односа између дужности лојалности и дужности пажње у циљу утврђивања чињенице која од две дужности има приоритет у односу на другу, или која је по својој садржини и обиму шира, свеобухватнија, нису дали прави одговор. Већ је речено да је у америчком корпоративном праву дужност лојалности најзначајнија посебна дужност. У компанијском праву земаља континентално – европске правне традиције често важи другачија премиса, према којој се првенствени значај придаје дужности пажње.¹⁹⁶ И у домаћој правној теорији постоји слично мишљење, према коме је дужност пажње

¹⁹⁵ Види Aktg, чл. 93 ст. 1; ЕМСА, чл. 9.03.

¹⁹⁶ Stefan Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance, and Capital Markets*, Cambridge, Portland, Antwerp, 2012, стр. 265.

„крунска дужност“ којом је обухваћена дужност лојалности.¹⁹⁷ Дужност пажње се, ипак, не може сматрати основном посебном дужношћу у српском праву из најмање два разлога. Прво, она се не примењује на чланове привредног друштва, који су значајан субјекат посебних дужности. Друго, њена примена ограничена је на начин и поступак пословног одлучивања лица која воде послове и заступају друштво. Сврха одредбе о дужности пажње је прописивање одговарајућег степена пажње у начину и поступку доношења одлука, као и могућност заснивања одлука на информацијама и мишљењима трећих лица. Можда, чак, дужност лојалности има приоритет и већу ширину у односу на дужност пажње, јер она, иако неписано правило, захтева савесно и обзирно поступање у интересу привредног друштва. На крају, рекли бисмо, да је без обзира на изнете разлике, очигледна, некад, чак, неопходна и неизбежна повезаност и истовремена примена ове две дужности.

6. Појам и значај дужности лојалности

Различити правни системи дају различит значај институту дужности лојалности. Али, без обзира на то, његова суштина је углавном иста – савесно и лојално поступање у најбољем интересу привредног друштва.

6.1. Дужност или обавеза?

Израз „дужност лојалности“ буквалан је превод енглеског израза „duty of loyalty“ који је широко прихваћен (тако је и у немачком праву, које користи кованицу „Treuepflicht“). Постоји ли суштинска разлика између дужности и обавезе и има ли било каквог правног значаја чињеница да је у конкретном случају употребљена реч „дужност“, а не „обавеза“? У домаћим лексиконима грађанског и облигационог права појам обавезе изједначен је са појмом облигације, док ниједан од објављених лексикона не дефинише и не помиње појам дужности. Значење и разлике у значењима ових

¹⁹⁷ Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности*, Београд, 2015, стр. 347.

појмова предмет су разматрања моралне филозофије.¹⁹⁸ Постоје два схватања о односу појмова „дужност“ и „обавеза“. Према једном, не постоји разлика између ових појмова и они се могу користити у заменљивом значењу. Суштина ових појмова је њихова обавезујућа снага, која је материјализована у претњи кривицом за неиспуњење обавезе и евентуалном одговорношћу у том случају, наметнутом од стране других људи, правног система или просто укором сопствене савести.¹⁹⁹ Према другом схватању, „дужност“ и „обавеза“ нису синоними. Обавеза се примењује на лице од којег се захтева да изврши чинидбу на коју се обавезало или да се уздржи од вршења неке чинидбе.²⁰⁰ Таква обавеза постоји према неком другом лицу, а она је последица чињенице да су та лица својевољно ушла у посебан однос, нпр. брак, уговор итд.²⁰¹ Дужност има шире значење и она обухвата моралне принципе који се примењују на институције или посебне улоге, положаје, које неко заузима. Према томе, према другом схватању појам дужности се у извесној мери приближава значењу појма принцип, начело, што може имати и одређени привредно - правни значај, с обзиром да је у појединим правним системима дужност лојалности уздигнута на ниво једног од основних принципа привредног права. То значи да употреба речи „дужност“, а не „обавеза“, није случајна и да она одговара апстрактној природи овог појма.

6.2. Метод регулисања

Дужност лојалности у земљама англосаксонског права дефинисана је судским преседанима, а понекад је и кодификована законском регулативом. У земљама континентално – европске правне традиције, дужност лојалности, некада није кодификована као општа дужност, општи принцип, али зато су опште познате ситуације на које се она односи готово увек регулисане законским прописима.²⁰² Дужност лојалности може бити дефинисана шире, као општи принцип, који потом обликују и чије значење (обично) проширују судови, или као систем прецизно и детаљно регулисаних дужности, који за циљ има свеобухватно регулисање (у мери у којој је тако нешто могуће) очекиваних и недозвољених понашања лица са дужностима.

¹⁹⁸ Marcel Verweij, *Preventive Medicine between Obligation and Aspiration*, Cham, 2008, стр. 103.

¹⁹⁹ *Ibid.*, стр. 104.

²⁰⁰ *Ibid.*, стр. 110.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Caarsten Gerner-Beuerle, Edmund Philipp Schuster, „The Evolving Structure of Directors’ Duties in Europe“, *European Business Organization Law Review*, бр. 2/2014, стр. 196-197.

То је уједно можда и највећа дилема са којом се законодавац сусреће приликом регулисања дужности лојалности: да ли прописати дужност лојалности као правни стандард или као низ конкретнијих правних правила, којима се настоје обухватити најзначајнији, преовлађујући појавни облици нелојалног понашања у привредној стварности у којој се законодавство примењује (могућа је и комбинација, односно прописивање правног стандарда и правних правила која конкретизују правни стандард).²⁰³ Правни стандард објашњава како лице са посебним дужностима треба да поступа, односно како да испуни поверену функцију, или да обави поверени посао. Он функционише као отворена мера на основу које се квалитет и начин вршења функције или обављања задатка цени *ex post*. Правно правило је конкретније, специфичније. Њиме се прописује оно што лице на које се правило односи сме или не сме да уради. Дужност лојалности као правни стандард примењује се само када не постоје посебна, специфична правила компанијског права (тако је, на пример, у скандинавским земљама).²⁰⁴ То се доводи у вези са чињеницом да последњих година постоји тренд дерегулације у компанијском праву, па стандарди као што је дужност лојалности добијају на значају.²⁰⁵ Такав приступ није идеалан, пошто прописивање правних стандарда на штрб правних правила значи и мање правне сигурности (лица са посебним дужностима не могу увек предвидети да ли ће конкретно понашање или пословна одлука бити оцењени нелојалним од стране суда). Међутим, и када су поједини појавни облици дужности лојалности детаљно и таксативно регулисани нешто конкретнијим правним правилима, она су флексибилнија, те судови опет имају изванредан степен дискреције, који им омогућава да утичу на обликовање и примену правила.

6.3. Дужност лојалности и агенцијски проблеми корпоративног управљања

Дужност лојалности дотиче и доприноси ублажавању, у мањој или већој мери, сва три основна агенцијска проблема корпоративног управљања. То указује на њен значај и разлог постојања у компанијским правима широм света. Циљ постојања

²⁰³ Тај приступ био је усвојен у ЗПД 2004.

²⁰⁴ Karsten Engsig Sorensen, „Duty of Loyalty of Shareholders – a Possible Remedy for Conflicts in SMEs?“, у: Mette Neville, Karsten Engsig Sorensen (ур.), *Company Law and SMEs*, Copenhagen, 2010, стр. 154.

²⁰⁵ *Ibid.*, стр. 154.

дужности лојалности је регулисање вршења поверених овлашћења.²⁰⁶ У том смислу она представља један од најзначајнијих покушаја права за решавањем првог агенцијског проблема (проблем раздвајања власништва од управљања) и ограничавањем широких овлашћења чланова управе.²⁰⁷ Први агенцијски проблем не постоји у затвореним формама друштава, као ни у отвореним друштвима које карактерише концентрисано акционарство, што намеће потребу промишљања о посебној правној регулативи дужности лојалности, пре свега, за мала и средња привредна друштва. Први агенцијски проблем карактеристичан је за земље англосаксонског права, док је за земље континенталне правне традиције карактеристичан други агенцијски проблем (проблем сукоба између већинских и мањинских акционара).²⁰⁸ Један од механизма за ублажавање или решавање другог агенцијског проблема је предвиђање посебне дужности лојалности контролних акционара/чланова према друштву и/или мањинским акционарима/члановима, као и дужности чланова управе према (мањинским) акционарима/члановима. Дужност лојалности је и један од ретких института компанијског права, који, барем на неки начин, покушава да реши трећи агенцијски проблем (сукоб између различитих носилаца интереса унутар и изван привредног друштва, уско повезан са друштвеном одговорношћу компанија), прописивањем, у неким правним системима, дужности лојалности према различитим конституентима (тзв. стејкхолдерима) у једном привредном друштву.

6.4. Дефинисање и обим дужности лојалности

И поред њене апстрактности, њене „отворености“, из којих нужно произилази тешкоћа (да ли и немогућност?) прецизног дефинисања, правна литература и судска пракса (не и законодавство) познају мноштво различитих дефиниција дужности лојалности. Тако се она може дефинисати као посебан правни институт који представља скуп различитих „отворених“ стандарда понашања, чија је правна природа таква да не могу бити у потпуности извршени искључиво санкцијама правне

²⁰⁶ D. Gordon Smith, „Contractually Adopted Fiduciary Duties“, *University of Illinois Law Review*, бр. 5/2014, стр. 1786.

²⁰⁷ Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање – зборник радова*, Београд, 2008, стр. 244.

²⁰⁸ О разлозима и настанку првог и другог агенцијског проблема види: Милена Јовановић Zattila, „Контролни механизми корпоративног управљања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 74/2016, стр. 90-91.

природе.²⁰⁹ Или, дужност лојалности је покушај права да створи структуру подстицаја према којима је лични интерес субјекта дужности лојалности оно што га наводи да поступа у најбољем интересу привредног друштва као објекта дужности. Дужност лојалности се дефинише и као водич за етичко доношење одлука у привредном пословању.²¹⁰ Она се посматра и као средство за успостављање поверења у привредно – правним односима, а поверење је камен темељац тих односа.²¹¹ Стварање поверења од значаја је и за успешно функционисање тржишта капитала, јер оно доприноси и стварању тржишне атмосфере која ће навести потенцијалне (али и постојеће) акционаре да инвестирају.²¹² Дужност лојалности има првенствено превентивни карактер. Њена основна сврха је одвраћање лица са посебним дужностима од нелојалног поступања према привредном друштву.²¹³ Дужност лојалности се понекад изједначава са несебичношћу или посвећеношћу. У том смислу наводимо једну од најпознатијих дефиниција дужности лојалности, написану пером америчког судије Бенцамина Кардоза у случају *Meinhard v. Salmon* из 1928. године: „Трасти (амерички судови у првој половини XX века и даље су директора привредног друштва изједначавали са трастијем - напомена Б.М.) је изложен дужности која је строжа од моралних правила која важе на тржишту. Од њега се очекује не само поштење, већ највиши, најосетљивији стандард части, који постаје стандард понашања ... ниво понашања који се очекује од фидуцијара је на вишем нивоу од оног којим корача гомила.“²¹⁴

Постоје два основна схватања о обиму дужности лојалности, односно о томе да ли и у којој мери дужност лојалности подразумева и постојање дужности чињења лица са дужностима или само дужности уздржавања од законом дефинисаних недопуштених чињења. Према једном схватању, дужност лојалности има два елемента: позитиван и негативан. Позитиван елемент дужности лојалности подразумева обавезу лица са посебним дужностима да унапређује најбоље интересе привредног друштва, док негативан елемент обухвата обавезу тог лица да се уздржи од стицања користи за себе

²⁰⁹ L. Stout (2011), стр. 6-7.

²¹⁰ Stephen B. Young, „Fiduciary Duties as a Helpful Guide to Ethical Decision-Making in Business“, *Journal of Business Ethics*, бр. 1/2007, стр. 1.

²¹¹ Lawrence E. Mitchell, „Fairness and Trust in Corporate Law“, *Duke Law Journal*, бр. 3/1993, стр. 430.

²¹² *Ibid.*, стр. 476.

²¹³ William Lynch Schaller, „Corporate Opportunities and Corporate Competition in Illinois: a Comparative Discussion of Fiduciary Duties“, *John Marshall Law Review*, бр. 1/2012, стр. 12.

²¹⁴ „A trustee is held to something stricter than the morals of the market place. Not honesty alone, but the punctilio of an honor the most sensitive, is then the standard of behavior... the level of conduct for fiduciaries [has] been kept at a level higher than that trodden by the crowd.“ (*Meinhard v. Salmon*).

на рачун привредног друштва.²¹⁵ Када се дужност лојалности одреди на овако широк начин, онда се она претвара у дужност посвећености (слично наведеној Кардозовој дефиницији из случаја *Meinhard v. Salmon*). Према другом схватању, дужност лојалности не обухвата било какве обавезе чињења у интересу привредног друштва, већ искључиво уздржавање од чињења, најчешће у ситуацијама када постоји сукоб интереса између лица са дужностима и привредног друштва или сукоб дужности (лице са дужностима субјекат је дужности лојалности према различитим „конкурентским“ објектима). Чини се да амерички приступ дужности лојалности иде ка њеном ширем схватању, које обухвата и обавезу чињења, док континентално - европска законодавства претежно прописују само забрану одређених нелојалних понашања.

За потребе овог рада, дужност лојалности према привредном друштву сматраћемо као скуп правних стандарда и/или правних правила, која служе за одређивање, одређивање, дефинисање конкретних фактичких ситуација у којима лица са посебним дужностима могу поступати нелојално, односно не у најбољем интересу привредног друштва.

6.5. Дужност лојалности у англосаксонском и континенталном праву

Место, значај, а делимично и значење дужности лојалности различито је у земљама англосаксонског права (пре свега, САД) и земљама које своју традицију базирају на тековинама римског права. Различитост приступа последица је општих разлика у стварању и примени права, различитих образаца извршења, али и економских и културних посебности које су дошле до изражаја у развоју института дужности лојалности.²¹⁶ Дужност лојалности и правила о сукобу интереса директора дуго су већ предмет пажње у САД, Великој Британији и Аустралији, али тек од скоро у Немачкој, Италији, Француској, Швајцарској и другим европским земљама.²¹⁷

У САД дужност лојалности је најзначајнија фидуцијарна дужност, она заузима централно место не само у систему дужности, већ и у читавом америчком корпоративном праву. Основно и општеприхваћено значење дужности лојалности у САД је да поступци лица са фидуцијарним дужностима (фидуцијара) морају бити

²¹⁵ Leo E. Strine, Jr., Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balloti, Jeffrey M. Gorris, „Loyalty’s Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law“, *Georgetown Law Journal*, бр. 3/2010, стр. 634.

²¹⁶ К. Нопт (2011), стр. 40.

²¹⁷ *Ibid.*

предузети у савесном уверењу да су у најбољем интересу привредног друштва (корпорације) и/или његових чланова/акционара.²¹⁸ Ипак, о томе шта конкретно подразумева лојално понашање и која му је сврха и у САД постоје различита схватања. Једна група аутора лојално понашање изједначава са понашањем које је одано, поштено, верно, искрено. Ти аутори истичу да је нелојалан фидуцијар неверан, непоштен.²¹⁹ Насупрот оваквим „узвишеним“, моралним схватањима лојалности, стоје аутори који лојалност посматрају крајње практично. Према њима, појам лојалности супротан је преовлађујућим економским схватањима да људи у привредном пословању делују искључиво у сопственом интересу. Зато фидуцијарна дужност лојалности нема никакво узвишено значење, већ она представља покушај стварања подстицаја за фидуцијара, покушај изједначавања личних интереса фидуцијара са интересима привредног друштва и/или акционара. Према овим схватањима, лични интерес лица са посебним дужностима је разлог његовог поступања у најбољем интересу привредног друштва.

У европским земљама (континенталне правне традиције) дужност лојалности нема тако значајно место, као што је случај у САД. Ипак, понашања која се њом забрањују препозната су и у већини европских законодавстава. Опште и најшире схватање дужности лојалности у европским земљама јесте оно према коме се она бави сукобом интереса између директора и привредног друштва.²²⁰ У европским законодавствима дужност лојалности као посебна дужност, односно посебно правно начело, често и није законски дефинисана, већ правила којима се она регулише препознајемо у различитим законским одредбама које за циљ имају забрану сукоба интереса, забрану коришћења пословних могућности, забрану конкуренције и сл. Та правила нису, дакле, неизбежно заснована на прокламованој дужности лојалности, већ представљају компилацију правних инструмената који су функционално изједначени или барем слични дужности лојалности америчког права.²²¹ Већ је речено да, на пример, у немачком и француском праву, дужност лојалности није кодификована, већ је развијена у судској пракси. У поменутиим земљама не постоји дилема, иако законодавац то не предвиђа, да су директори привредног друштва (али и поједина друга

²¹⁸ L. Strine, L. Hamermesh, F. Balloti, J. Gorris, стр. 633; исто и нпр. Lyman P.Q. Johnson, Mark A. Sides, „The Sarbanes- Oxley Act and Fiduciary Duties“, *William Mitchell Law Review*, бр. 4/2004, стр. 1200.

²¹⁹ L. Strine, L. Hamermesh, F. Balloti, J. Gorris, стр. 633.

²²⁰ Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech, Edmund Philipp Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability*, London, 2013, стр. 118.

²²¹ *Ibid.*

лица повезана са пословањем привредног друштва) субјекти опште примењиве дужности лојалности према привредном друштву.

Институт посебних дужности и дужности лојалности, као једне од две основне дужности, према привредном друштву показује одређене концепцијске разлике између САД и земаља континентално - европске правне традиције. Прво, као што је већ речено, место, значај и начин правног регулисања дужности лојалности су различити. Друго, у погледу садржине овог појма, у америчком праву појмови „фидуцијарна дужност“ и „дужност лојалности“ практично су изједначени и представљају синониме, док се у земљама континентално – европске правне традиције знак једнакости ставља између појмова „лојалност“ и „сукоб интереса“. Према томе, садржина појма „дужност лојалности“ шира је у америчком праву. Треће, правни механизми остваривања и примене дужности лојалности (макар формално) знатно су развијенији и чешће коришћени у америчкој судској пракси (иако се све више истиче да примена није задовољавајућа ни у САД). Но, без обзира на наведене разлике и на очекивање да оне, као и све друге системске разлике између два велика правна система, воде ка суштинским разликама у начинима правног регулисања института фидуцијарних дужности, те разлике готово да не постоје, а и када постоје минималне су. То је последица снажног утицаја америчког права (као првог и највећег извора настанка) на развој дужности лојалности и њених појавних облика.

7. Разлози и оправдање постојања дужности лојалности кроз теорије

Утврђивање разлога и оправдања постојања дужности лојалности једно је од најспорнијих питања у правној теорији која се бави фидуцијарним односима и фидуцијарним дужностима. Теорије компанијског права о разлозима и оправдању постојања дужности лојалности према привредном друштву и/или неком од његових конституената, у мањој или већој мери, „ослањају“ се на теорије фидуцијарних односа, односно представљају њихову примену у специфичном односу између лица са посебним дужностима и привредног друштва. Иако се теорије о фидуцијарним односима баве знатно ширим спектром друштвених односа, оне неизбежно

представљају полазиште или барем путоказ приликом одређења теоријских основа дужности лојалности у компанијском праву.

Теорије о разлозима и оправдању постојања дужности лојалности могу се разврстати на редуктивистичке и инструменталне.²²² Према редуктивистичким схватањима, дужност лојалности нема посебан правни основ и оправдање свог постојања, већ она произилази из других основа грађанско - правне одговорности. Насупрот њима, инструментална схватања заснована су на претпоставци да дужност лојалности има своје специфичности, а њено оправдање проналазе у постојању неког независног, обично друштвено значајног циља.²²³ Израз редуктивистичких и инструменталних схватања су различите теорије о настанку и правно - политичком оправдању постојања дужности лојалности. Део савремене литературе, која се бави местом и значајем дужности лојалности, доводи у питање потребу постојања ове дужности. Ова савремена схватања највише долазе до изражаја у познатој научној расправи о потреби постојања, односно могућности ограничења и/или искључења, дужности лојалности директора према друштву са ограниченом одговорношћу.

7.1. Редуктивистичка схватања

Теорије произашле из редуктивистичких схватања су уговорна теорија и теорија имовине.

7.1.1. Уговорна теорија

Основно полазиште уговорне теорије је да сви фидуцијарни односи, па тако и однос између директора (као најзначајнијег субјекта дужности) и привредног друштва, имају уговорну природу (обрнуто не важи, тј. само поједини уговорни односи су истовремено и фидуцијарни). Уговорна теорија изданак је правно - економске школе мисли (енг. *law and economics*). У складу са начелима економске анализе права на којима је заснована, обликовани су и циљеви који се желе постићи њеном применом. Наглашава се значај максимизације вредности привредног друштва, чему се даје примат у односу на постизање адекватне расподеле те вредности између наводних

²²² Paul Miller, „Justifying Fiduciary Duties“, *McGill Law Journal*, бр. 4/2013, стр. 973.

²²³ *Ibid.*

уговорних страна (директора и чланова/акционара).²²⁴ Дужност лојалности и ограничења која се њоме намећу лицима са посебним дужностима сматрају се значајном препреком за остваривање поменуте максимизације. Зато се ова теорија залаже за смањење тих ограничења, а механизам којим се то може постићи је „претварање“ свих фидуцијарних обавеза у обичне уговорне обавезе.²²⁵ Заступници уговорне теорије истичу потребу и значај смањења трошкова лица са посебним дужностима, који су последица постојања дужности лојалности.

Постоје две варијанте уговорне теорије. Према једној, дужност лојалности представља одредбу уговора између привредног друштва, односно чланова/акционара, и директора/других лица која имају посебне дужности према друштву. Према другој варијанти, постојање дужности лојалности има уговорно правно - политичко оправдање, зато што је она заснована на сагласности воља директора и привредног друштва (односно чланова друштва као „власника“) о заснивању фидуцијарног односа.

Најпрепознатљивији појавни облик уговорне теорије је онај према којем је дужност лојалности диспозитивна одредба, и он потиче из прве варијанте ове теорије. Законска регулатива дужности лојалности неопходна је само из разлога немогућности обухватања било којим уговором свих права и обавеза уговорних страна.²²⁶ Ово је нарочито изражено код уговора о регулисању међусобних права, обавеза и одговорности између привредног друштва и директора. Зашто? Послови директора су сложени. Циљ је јасан (постизање што веће добити), а начини и путеви доласка до циља могу бити различити због непредвидивости тржишта, те се они не могу унапред у потпуности прописати или предвидети уговором.²²⁷ Из тих разлога, а у случају настанка неке спорне ситуације (сукоба интереса, повреди прописаног стандарда понашања са пажњом доброг привредника и др.), законодавац „прискаче у помоћ“, прописујући норме на основу претпостављеног преговарања. Законодавац цени интересе обе уговорне стране у претпостављеном преговарању о спорној ситуацији и доноси норму за коју оцени да би била резултат исхода тог преговарања.²²⁸ Према овим схватањима, функција дужности лојалности у фидуцијарним односима слична је функцији коју начело савесности и поштења има у нефидуцијарним уговорним

²²⁴ Victor Brudney, „Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law“, *Boston College Law Review*, бр. 38/1997, стр. 637-638.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Frank Easterbrook, Daniel Fischel, „Contract and Fiduciary Duty“, *The Journal of Law & Economics*, бр. 1/1993, стр. 426.

²²⁷ Борко Михајловић, „Посебне дужности директора према друштву са ограниченом одговорношћу и начело слободе уговарања“, *Хармониус*, бр. 1/2015, стр. 163.

²²⁸ F. Easterbrook, D. Fischel, стр. 427.

односима. Неки аутори фидуцијарне дужности сматрају *непотпуним* диспозитивним правилима. Ова правила су непотпуна зато што постоји „јаз“ између стандарда фидуцијарног понашања који су уговорне стране уговориле или који разумно очекују, и релативно ограничене дужности лојалности, коју су судови спремни да изврше, применом правила о одговорности за повреду дужности лојалности.²²⁹

Уговорна теорија предмет је различитих критика. Шеферд сматра да она не одговара реалности, јер се правила о дужности лојалности све више користе у циљу пружања заштите лицима која ту заштиту не би имала на основу уговора.²³⁰ Суштина фидуцијарних дужности је превазилажење очигледно неправичних уговорних одредаба. У погледу садржаја дужности критика је да када би дужност лојалности заиста била диспозитивна норма, онда би њен садржај зависио од материјалних чињеница сваког конкретног случаја, а то није случај, пошто је садржај дужности непроменљив. Поред тога, постоје значајне разлике између уговорних и фидуцијарних односа. Суштинска разлика је да у уговорном односу обе стране делују у сопственом интересу, док у фидуцијарном односу једна страна делује у интересу друге стране, што значи да нема односа узајамности. Фидуцијарна правила, за разлику од уговорних, нису неутрална, већ за циљ имају заштиту поверавача, а не фидуцијара.²³¹ Без обзира на кретања у позитивном праву која олакшавају закључивање послова или предузимање радњи у којима постоји лични интерес, сукоб интереса и сл., ограничења поступања у сопственом интересу у фидуцијарном праву морају бити снажнија од истих у уговорном праву, чак и када се пореде са „флексибилнијим“ уговорним доктринама које за циљ имају заштиту слабије уговорне стране.²³² На крају, примена ове теорије ограничена је на однос између директора и других лица која су у уговорном односу са привредним друштвом. Она не може служити као разлог и оправдање постојања дужности лојалности чланова привредног друштва.

7.1.2. Теорија имовине

Према теорији имовине, фидуцијарни однос постоји када је једно лице власник имовине и/или има контролу над имовином или било које друго овлашћење у вези са

²²⁹ Kelly A. Alces, „The Fiduciary Gap“, *Journal of Corporation Law*, бр. 40/2015, стр. 367.

²³⁰ J. Shepherd, стр. 66.

²³¹ V. Brudney (1997), стр. 627.

²³² *Ibid.*, стр. 631.

имовином, док је друго лице тзв. бенефицијални (фактички) власник те имовине.²³³ Ова теорија полази од тога да су фидуцијарне дужности блиско повезане са правом својине.²³⁴ Оне олакшавају делегацију имовинских овлашћења и штите интересе власника одвраћањем од злоупотребе или лошег, неадекватног вршења тих овлашћења од стране фидуцијара.²³⁵ Разлози и оправдање постојања дужности лојалности исти су као и разлози и оправдање за постојање својинских права и њихову заштиту.

Теорија имовине долази до изражаја у дефиницијама фидуцијарних односа различитих аутора. Најпознатија је Рибштејнова дефиниција, према којој сви фидуцијарни односи подразумевају уговорно преношење широких овлашћења над нечијом имовином.²³⁶ Позната је и Смитова теорија критичног ресурса,²³⁷ која полази од поставке да је сврха постојања дужности лојалности смањивање могућности опортунистичког понашања, које је могуће с обзиром на природу и структуру фидуцијарних односа.²³⁸ Према овој теорији, фидуцијарни однос настаје када једно лице (фидуцијар) делује у име и за рачун друге стране (поверавача), у циљу вршења дискреционог овлашћења у погледу критичног ресурса који припада поверавачу. Смит не дефинише појам критичног ресурса на конкретан начин, већ само наводи да је питање које се ствари сматрају критичним ресурсима врло слично питању које се ствари сматрају имовином. Критични ресурс може бити материјалне или нематеријалне природе, а чини се да његово постојање зависи, пре свега, од чињенице да ли нека ствар омогућава фидуцијару да се понаша опортунистички. Од одговора на ово питање зависи и да ли је у конкретном случају оправдано наметање дужности лојалности.²³⁹

Теорија имовине може послужити и као једно од објашњења разлога и оправдања постојања дужности лојалности у компанијском праву. Лица са посебним дужностима несумњиво имају одлучујући утицај на управљање, коришћење и располагање имовином привредног друштва, те дужност лојалности омогућава контролисано вршење овлашћења која лица са дужностима имају у вези са имовином друштва

²³³ J. Shepherd, стр. 52.

²³⁴ P. Miller (2013), стр. 987.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ Larry Ribstein, „Are Partners Fiduciaries?“, *University of Illinois Law Review*, бр. 1/2005, стр. 212.

²³⁷ Појам критичног ресурса осмишљен је како би се избегли проблеми правно - теоријске природе, који су последица различитих схватања појма својине и немогућности подвођења предмета свих фидуцијарних односа под правни појам својине (тај проблем, пре свега, постоји у погледу поверљивих информација, пословних тајни и сл.).

²³⁸ D. Gordon Smith, „The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty“, *Vanderbilt Law Review*, бр. 5/2002, стр. 1402.

²³⁹ *Ibid.*, стр. 1441-1442.

7.2. Инструментална схватања

Инструментална схватања најчешће полазе од моралне основе дужности лојалности. Сврха фидуцијарног права је морално понашање фидуцијара, а поједини аутори иду и корак даље, наводећи да дужност лојалности треба да допринесе њиховом алтруистичком понашању (може ли се уопште говорити о алтруизму када говоримо о правно наметнутим дужностима?).²⁴⁰ Морална заснованост дужности лојалности објашњава се и већ поменутом функцијом ове дужности да обезбеди поверење на тржишту. Морал није у основи свих инструменталних схватања, па се међу њима могу пронаћи и она која разлоге и оправдање постојања дужности лојалности виде у јавном интересу, као и у потреби промовисања законитог понашања на тржишту. Најзначајније теорије које произилазе из инструменталних схватања су: теорија поверења, теорија неједнакости и теорија привредне користи.

7.2.1. Теорија поверења и теорија неједнакости

Према теорији поверења, фидуцијарни однос (и дужност лојалности као његова најзначајнија правна последица) настаје онда када једно лице укаже поверење другом.²⁴¹ Како подручје примене дужности лојалности не би било прешироко, јер је указивање поверења свакодневна појава у међуљудским односима, присталице ове теорије наглашавају да уобичајено, свакодневно указивање поверења није довољно за настанак дужности лојалности.²⁴² Неопходан је виши степен указивања поверења, односно постојање тзв. *ослањања* поверавача на фидуцијара, при чему се као додатни услов поставља и знање фидуцијара да се поверавач на њега „ослонио“.²⁴³ Правна последица поменутог поверења и „ослањања“, према овој теорији, је доминација или утицај фидуцијара на поверавача и настанак фидуцијарног односа.

Теорија поверења повезана је са идејама „рањивости“ поверавача и неједнаких преговарачких моћи уговорних страна (фидуцијара и поверавача). Зато се на њу надовезује теорија неједнакости. Границу између две теорије није једноставно пронаћи, а она можда (чак) и не постоји. Према теорији неједнакости, фидуцијарни однос постоји кад год постоји неједнакост, неравноправност у правном положају фидуцијара

²⁴⁰ P. Miller (2013), стр. 995.

²⁴¹ J. Shepherd, стр. 56.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

и поверавача. Ова неједнакост може бити двојака: она може постојати *de jure*, као резултат посебно дефинисаног односа (трасти и поверавач), или *de facto*, када је она последица доминације, надмоћи једног лица над другим.²⁴⁴ Доминација коју једна страна има у односу на другу не мора да буде природна, тј. не мора постојати у сваком односу између заинтересованих лица, већ само у том конкретном случају, који је повод настанка фидуцијарног односа и дужности лојалности.²⁴⁵

Однос између лица са посебним дужностима и привредног друштва заиста јесте, или би барем требало да буде, однос у чијој основи је поверење, а овај однос често карактерише и фактичка неравноправност између лица са дужностима и „власника“ привредног друштва. Неравноправност, која настаје као последица информационе асиметрије и различитог нивоа знања и искуства у привредном пословању, посебно је изражена у великим, јавним акционарским друштвима, у условима дисперзованог акционарства.

7.2.2. Теорија привредне користи

На темељима размишљања припадника правно - економске школе мисли развила се и теорија привредне користи. Према овој теорији, суд ће пронаћи фидуцијарни однос у свакој ситуацији у којој сматра неопходним да захтева од неког лица или групе лица виши стандард морала, етике, савесности од просечног, водећи се при том интересом заштите интегритета привреде.²⁴⁶ Теорија привредне користи почива на уверењу да је одређени степен поверења неопходан у сваком облику пословања, како би се осигурала економска ефикасност.²⁴⁷ Зато се од судова очекује да приликом решавања конкретних спорова покушају да пронађу одговор на питање да ли је понашање лица са дужностима, које је предмет спора (нпр. злоупотреба положаја у привредном друштву), такво да може да поремети или омете ефикасну економску размену и развој. При том потребно је пронаћи прави баланс приликом интервенције државе (суда) у привредним односима. Слободно тржиште подразумева постојање инструмената одржавања интегритета тржишта, али ови инструменти не смеју бити превише ригидни, јер ће они у том случају имати супротан, спутавајући ефекат на слободно тржиште. Теорија привредне користи слична је Ројсовој теорији о

²⁴⁴ *Ibid.*, стр. 61.

²⁴⁵ *Ibid.*, стр. 62.

²⁴⁶ *Ibid.*, стр. 78.

²⁴⁷ *Ibid.*

универзалној лојалности на тржишту, као и већ поменутих савремених учењима у компанијском праву о значају постизања свеукупног поверења на тржишту.

7.3. Савремена схватања

Последњих година питање разлога и оправдања постојања дужности лојалности у компанијском праву добија и потпуно нову, другачију конотацију. Можда је још увек рано рећи да постоји дилема или жива научна расправа, али свакако се све више пажње посвећује савременим схватањима, којима се изражава сумња у потребу постојања дужности лојалности у компанијском праву.²⁴⁸ Основу ових савремених схватања чине идеје о слободном тржишту и уговорној природи привредног друштва. Она су наставак уговорних теорија о дужности лојалности, али праве и значајан искорак у односу на њих, залажући се за непостојање дужности лојалности у компанијском праву (чак ни као диспозитивне одредбе). Када би дужности нестале, директори привредног друштва (и друга лица која су носиоци дужности) требало би само да поштују одредбе оснивачког акта, статута и уговора о међусобним правима, обавезама и одговорностима директора. Дакле, начини и облици заштите интереса чланова/акционара од опортунистичког понашања чланова управе друштва били би у потпуности препуштени вољи уговорних страна и њиховом преговарању приликом заснивања њиховог уговорног (или радног) односа. Једина императивна обавеза екстерне природе која би била наметнута члановима управе тичала би се обавезе поступања у складу са начелом савесности и поштења, која свакако постоји у међусобном односу између чланова управе и привредног друштва.

Два су основна разлога који служе као оправдање савременим схватањима. Први, смањују се разлике у правном положају између чланова/акционара и поверилаца („између дуга и имовине“), па с обзиром на то да повериоци на располагању имају једино средства заштите уговорне природе (док је друштво солвентно) и да они у пракси успешно користе та средства, исто би требало да важи и за акционаре.²⁴⁹ Други, однос између директора и привредног друштва у савременим условима више не испуњава основне услове неопходне да би се један правни однос сматрао фидуцијарним. Као што је већ истакнуто, поверење, флексибилност, „отвореност“

²⁴⁸ Douglas G. Baird, M. Todd Henderson, „Other People’s Money“, *Stanford Law Review*. бр. 5/2008, стр. 1315.

²⁴⁹ *Ibid.*, стр. 1311.

обавеза (дискрециона овлашћења), неки су од кључних елемената појма фидуцијарног односа, па тако и односа између привредног друштва и лица које је носилац посебних дужности. Заступници модерних схватања тврде да однос између директора и привредног друштва нема више те карактеристике.²⁵⁰ Поверење више не постоји, па тржиште, повериоци, акционари, инвеститори, законодавци полазе од претпоставке да се менаџерима не може веровати. Од директора се сада не очекује да ставе интересе привредног друштва испред сопствених интереса.²⁵¹ Систем накнада директорима добија све већи значај, као механизам подстицаја за њихов рад и изједначавање њихових интереса са интересима привредног друштва.²⁵² Последица општег неповерења је све снажнији надзор над радом директора од стране поверилаца, институционалних инвеститора и тржишних аналитичара.²⁵³ Поред тога, захтеви у погледу извештавања од стране државе све су обимнији, као и државни надзор над тржиштем и понашањем директора уопште.²⁵⁴ Све то довело је до тога да „отвореност“ и неограниченост овлашћења директора, као субјеката дужности лојалности, више не постоје. Флексибилност, такође, није карактеристика посебних дужности у савременом компанијском праву. Подручје примене посебних дужности врло је уско. Чак и у Делаверу, чији Врховни суд је имао пресудну улогу у развоју овог института у компанијском праву, посебне дужности сведене су на „ниво ирелевантности и застарелости“.²⁵⁵ Уочено је да овај суд користи снажну моралну реторику када описује посебне дужности, тежећи вероватно да створи што јачу друштвену и тржишну свест о значају поступања у складу са њима.²⁵⁶ Ипак, таква реторика у потпуном је нескладу са спремношћу суда да конкретно примени те дужности, кроз (не)утврђивање повреде дужности и (не)наметање правних средстава, која би требало да буду последица утврђене повреде.²⁵⁷ Судови избегавају да проналазе нове случајеве одговорности због повреде посебних дужности, чиме оне губе своју основну сврху – санкционисање понашања која се нису могла унапред предвидети.²⁵⁸ На крају, аутори који се залажу за елиминисање посебних дужности из компанијско – правне регулативе закључују да је

²⁵⁰ Kelly A. Alces, „Debunking the Corporate Fiduciary Myth“, *Journal of Corporation Law*, бр. 2/2009, стр. 240.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² О врстама накнаде, види: Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва*, Београд, 2011, стр. 41-58.

²⁵³ K. Alces (2009), стр. 267.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *Ibid.*, стр. 243.

²⁵⁶ L. Stout (2011), стр. 31.

²⁵⁷ K. Alces (2015), стр. 367.

²⁵⁸ K. Alces (2009), стр. 255.

„доктрина корпоративних фидуцијарних дужности данас тек нешто мало више од фикције“.²⁵⁹

7.4. Могућност искључења постојања дужности лојалности директора друштва са ограниченом одговорношћу

Једна од основних карактеристика друштва са ограниченом одговорношћу (у даљем тексту: ДОО), као најраспрострањеније правне форме или облика организовања привредног друштва, је флексибилност. Ова особина огледа се нарочито у могућности чланова друштва да га у потпуности обликују у складу са својим пословним потребама и интересима, а у складу са начелом слободе уговарања.²⁶⁰ Полазећи од тог начела, али и анализираних уговорних и савремених схватања о дужности лојалности, у правној теорији се развила научна расправа о могућности уговорног ограничења или искључења (потпуног или делимичног) дужности лојалности директора, као најзначајнијег субјекта дужности лојалности, према ДОО. Другим речима, поставља се питање: да ли су дужности директора према ДОО неопходност у савременом компанијском праву? Постоје два основна, потпуно супротстављена схватања о овом питању, која можемо назвати уговорним и традиционалним.

7.4.1. Уговорно схватање

Уговорно схватање у основи даје приоритет уговору, односно вољи уговорних страна.²⁶¹ Оно се у потпуности заснива на изложеној уговорној теорији дужности лојалности, и то на најпознатијем појавном облику ове теорије, према којем је дужност лојалности диспозитивна одредба, прописана као очекивани резултат претпостављеног преговарања. Но, за случај постојања стварног преговарања, односно споразума или уговора, присталице уговорних схватања сматрају да законодавчево претпостављено преговарање и на основу њега донете норме губе на значају и дају приоритет уговору.²⁶² Зато дужност лојалности у ДОО није неопходна и она може бити искључена

²⁵⁹ *Ibid.*, стр. 240.

²⁶⁰ И ЗПД само код овог привредног друштва, односно ове правне форме, потенцира примену начела слободе уговарања (ЗПД, чл. 140.).

²⁶¹ Larry Ribstein, „Fiduciary Duty Contracts in Unincorporated Firms“, *Washington and Lee Law Review*, бр. 2/1997, стр. 541.

²⁶² F. Easterbrook, D. Fischel, стр. 427.

оснивачким актом, уговором чланова или посебним уговором закљученим са директором (уговор о раду или уговор о међусобним правима, обавезама и одговорностима директора).

Уговорно схватање се заснива и на теоријама које правну природу ДОО виде искључиво као уговорну, при том истичући значај чињенице да друштво настаје сагласношћу воља оснивача (изузетак је једночлано друштво).²⁶³ ДОО се посматра као „приватни уговор“, „приватна ствар чланова друштва“, те се не види потреба за било каквом интервенцијом државе у уређивању питања од значаја за друштво.²⁶⁴

Заговорници уговорног схватања, поред теоријских, истичу и низ других практичних разлога и аргумената којима оправдавају своје ставове. Они полазе од претпоставке да ДОО оснивају лица која су ту правну форму изабрала свесно, имајући у виду њене предности у односу на друге правне форме привредних друштава.²⁶⁵ Та лица су, између осталог, правну форму ДОО изабрала и због њене флексибилности. Према уговорном схватању, свако потенцијално ограничење или искључење дужности лојалности директора последица је свесног и промишљеног избора чланова друштва. Чланови друштва су лица која се професионално баве привредном делатношћу и као таква не би требало да буду предмет посебне правне заштите.²⁶⁶

Можда и кључни практични аргумент заступника уговорног схватања полази од претпоставке да у неким случајевима дужност лојалности доноси друштву „више штете него користи“, односно да су трошкови које постојање те дужности изискује већи од користи које она доноси. Дужност лојалности повећава тзв. трансакционе трошкове.²⁶⁷ Аргумент трансакционих трошкова је несумњиво највише заступљен у делу правне литературе који подржава уговорно схватање односа између дужности лојалности и начела слободе уговарања. Најопштије речено, трансакциони трошкови, у смислу у којем овај појам користе заступници уговорних схватања, би били сви они трошкови који прате закључење и извршење уговора између друштва и директора. Ти трошкови обухватају трошкове проналажења лица које испуњава све услове потребне да постане директор друштва у конкретном случају, трошкове преговарања са тим лицем, самог

²⁶³ Arthur Laby, „The Fiduciary Obligation as the Adoption of Ends“, *Buffalo Law Review*, бр. 1/2008, стр. 108.

²⁶⁴ Sandra Miller, „Fiduciary Duties in the LLC: Mandatory Core Duties to Protect the Interests of Others Beyond the Contracting Parties“, *American Business Law Journal*, бр. 2/2009, стр. 249.

²⁶⁵ Myron Steele, „Freedom of Contract and Default Contractual Duties in Delaware Limited Partnerships and Limited Liability Companies“, *American Business Law Journal*, бр. 2/2009, стр. 237.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.*, стр. 239.

закључења уговора, а касније и његовог извршења.²⁶⁸ У трансакционе трошкове спадају и све потенцијалне користи, које би директор могао да присвоји, да није ограничен постојањем дужности лојалности према друштву. Директор се тих користи одриче само зато што ће од друштва добити адекватну накнаду – накнаду која ће му донети већу или барем приближно једнаку корист у односу на ону које се одриче.²⁶⁹ Што је већи обим посебних дужности према друштву, већа је и накнада коју друштво плаћа директору. И обрнуто. А друштво ће у неким ситуацијама и без постојања дужности лојалности моћи да сузбије понашање директора које није у интересу друштва (унутрашњом контролом).

Заговорници уговорног схватања нуде и бројне алтернативе правно обавезујућем систему дужности лојалности, односно правне и ванправне механизме, који за циљ имају поступање директора у интересу привредног друштва. Неки од тих механизма су универзално примењиви у свим друштвима, док су, пак, поједини примењиви само у одређеним, специфичним ситуацијама. Предност се даје механизмима који су прилагођени потребама привредног друштва или природи односа између друштва, односно његових чланова, и директора. Примера ради, када су директору поверена уска овлашћења или када је природа друштва таква (мања друштва, друштва у којима чланови нису пасивни), један или више чланова друштва могу вршити свакодневни надзор над директором или могу прописати конкретна ограничења за одређене врсте послова, а поштовање тих ограничења би опет могли самостално контролисати.²⁷⁰ Савремена компанијска законодавства све чешће дозвољавају могућност разрешења директора у сваком тренутку, без посебног образложења.²⁷¹ И оно што је посебно важно. Пословни углед директора на тржишту често је пресудан мотив за њега да поступа у интересу друштва, јер дугорочно гледано само такво понашање доноси му корист.

Најбољи пример законодавства које је одраз уговорног схватања односа између дужности лојалности и начела слободе уговарања је законодавство америчке савезне државе Делавер. Законом о друштвима са ограниченом одговорношћу ове државе, најпре, је прописано да је правна политика тог закона признавање „максималног ефекта“ начелу слободе уговарања и извршење уговора чланова друштва. Поменуто

²⁶⁸ S. Miller, стр. 248 фн. 22.

²⁶⁹ L. Ribstein (1997), стр. 543.

²⁷⁰ *Ibid.*, стр. 546-547.

²⁷¹ И ЗПД (чл. 220 ст. 1.) предвиђа да директор друштва може бити разрешен без обавезе навођења разлога за разрешење.

начело је дошло до пуног изражаја и код дужности лојалности, тако што је члановима друштва омогућено да уговором чланова прошире, ограниче или искључе дужност лојалности. Законом је прописано и да се уговором чланова не може искључити примена начела савесности и поштења.²⁷² А о томе колики је домаћај начела слободе уговарања у Делаверу најбоље сведочи чињеница да је у овој америчкој држави последњих неколико година актуелна нова расправа у правној теорији и судској пракси, која се своди на питање да ли дужност лојалности уопште треба примењивати као диспозитивно правно правило.²⁷³ Другим речима, све су заступљенија схватања у овој држави да дужност лојалности према ДОО треба примењивати само када је она изричито предвиђена оснивачким актом или уговором чланова.

7.4.2. Традиционално схватање

Традиционално схватање односа дужности лојалности и начела слободе уговарања полази од инструменталних схватања о дужности лојалности. Оно истиче утицај основних друштвених вредности, као што су правда, поверење, савесност, правичност и др. на настанак дужности лојалности, те да је она по својој природи, односно појмовно морална категорија.²⁷⁴ Као таква, она је предмет интересовања искључиво државе, па стога норме прописане од стране државе које се односе на овај институт потпуно искључују примену начела слободе уговарања. Традиционално схватање заснива се и на теоријама које друштва посматрају као правну заједницу којој је правни субјективитет и ограничену одговорност чланова доделила држава.²⁷⁵ Привредно друштво је правни субјекат чије пословање утиче не само на интересе чланова, већ и на интересе многих других субјеката унутар и изван друштва (запослених, поверилаца и др.). Зато друштво није само „приватни уговор“ чланова, већ правна заједница од општег интереса, па држава мора да се умеша и правном регулативом заштити интересе тих субјеката. Један од института који захтева интервенцију државе је и дужност лојалности.

Заговорници традиционалног схватања износе и бројне друге теоријске аргументе којима, пре свега, указују на неприхватљивост уговорног схватања. Према

²⁷² Закон о корпорацијама Делавера (*The Delaware Code Annotated*, title 6, chapter 18), чл. 18-1101 (ц).

²⁷³ Lyman Johnson, „Delaware’s Non - Waivable Duties“, *Boston University Law Review*, бр. 2/2011, стр. 701-702.

²⁷⁴ Mohsen Manesh, „Contractual Freedom under Delaware Alternative Entity Law: Evidence from Publicly Traded LPs and LLCs“, *Journal of Corporation Law*, бр. 4/2012, стр. 562-563.

²⁷⁵ S. Miller, стр. 245-246.

„традиционалистима“, потпуно или делимично препуштање дужности лојалности вољи чланова друштва није у складу са основним правним принципима, представља радикалну промену у односу на правну традицију, а последице те промене су несагледиве.²⁷⁶ Уговорно схватање жртвује основне друштвене вредности зарад пуке ефикасности, која се, такође, доводи у питање. На крају, прихватање уговорног схватања би за резултат имало потпуни губитак значаја дужности лојалности, с обзиром да би случајеви њеног ограничења или искључења постали свеprisутни.²⁷⁷

Традиционално схватање негира значај стварног преговарања, на коме почива уговорна теорија. „Традиционалисти“ истичу да уговорне стране у том преговарању често нису једнаке и тако обарају претпоставку заступника уговорних схватања да друштво оснивају „софистицирана“ лица (лица са одређеним знањима и искуствима у обављању привредне делатности).²⁷⁸ Они указују на фактичку неједнакост уговорних страна, која је резултат „информационе асиметрије“, али и разлика у нивоу знања и искуства између уговорних страна. Ова неједнакост може постојати како приликом преговарања о условима уговора између чланова друштва и директора, тако и између самих чланова друштва када преговарају о одредбама уговора о оснивању друштва. Овакве констатације у потпуности негирају значај слободно изражене воље чланова друштва, јер таква воља, сматрају „традиционалисти“, и не постоји.

Чак и када би друштво било искључиво уговорна творевина, императивни законски режим дужности лојалности не би морао да буде у нескладу са уговорном правном природом друштва.²⁷⁹ Потпуна и неограничена слобода уговарања не постоји. Уговорно право садржи мноштво императивних правних правила, па тако постојање обавезујућег законског режима дужности лојалности не би само по себи морало да значи да друштво није „приватни уговор“.

Императивни законски режим дужности лојалности према друштву постоји у немачком праву.²⁸⁰ Традиционално схватање односа посебних дужности и начела слободе уговарања заступљено је и у српском праву. У оквиру одредаба ЗПД о ДОО не постоје било каква правила о посебним дужностима, па се и на ову правну форму

²⁷⁶ M. Manesh, стр. 563.

²⁷⁷ Tammy Savidge Moore, „The Policy of Opting-Out of Fiduciary Duties in a Limited Liability Company: *McConnel v. Hunt Sports Enterprises*“, *South Texas Law Review*, бр. 2/2000, стр. 197.

²⁷⁸ S. Miller, стр. 255-258.

²⁷⁹ *Ibid.*, стр. 260.

²⁸⁰ Petri Mäntysaari, *Comparative Corporate Governance, Shareholders as a Rulemaker*, Berlin, Heidelberg, 2005, стр. 346.

привредног друштва примењују општа правила о посебним дужностима, која су императивне правне природе.

7.4.3. Повезивање уговорног и традиционалног схватања

Изложена уговорна и традиционална схватања односа између дужности лојалности и начела слободе уговарања потпуно су супротна. Она представљају два екстремна одговора на постављено питање – треба ли постојање дужности лојалности према ДОО препустити вољи чланова друштва и дати примат начелу слободе уговарања? Законодавства, пословна и судска пракса изнедрили су мноштво различитих одговора на ово питање, одговора који успевају у ономе што се, на први поглед, чини немогућим: да повежу уговорно и традиционално схватање, да пронађу одговор који ће узети „оно најбоље“ из једних и других схватања.

Повезивање уговорног и традиционалног схватања има и своју теоријску основу, која почива на мишљењу да је ДОО „хибридна“ творевина.²⁸¹ Са једне стране, ДОО је „приватни уговор“. А са друге стране, оно је правни субјекат који служи општем интересу и који је основан под окриљем и уз дозволу државе члановима да обављају привредну делатност са ограниченом одговорношћу.²⁸² Приватни аспект ДОО изражава се кроз његов циљ стварања добити за чланове друштва, а јавни аспект долази до изражаја кроз обавезу поштовања свих ограничења постављених од стране државе.

Из уговорних схватања требало би прихватити флексибилност, као једну од основних карактеристика ДОО. Било који споразум чланова би заиста требало сматрати свесним и промишљеним избором. Аргументи „традиционалиста“, који сумњају у стварну слободу воље чланова и истичу проблем фактичке неједнакости између самих чланова (на пример, између већинског и мањинског члана) или између чланова и директора, подсећају на принцип заштите слабије уговорне стране. Лица која се професионално баве привредном делатношћу не могу се, барем у типичним случајевима, сматрати слабијом уговорном страном. Исто тако, ефикасност и смањење трошкова су циљеви присутни у обављању било које привредне делатности. Зато треба прихватити да дужност лојалности понекад повећава тзв. трансакционе трошкове, а да при том не доноси користи које би надмашиле те трошкове. Од ових схватања треба

²⁸¹ S. Miller, стр. 271.

²⁸² Thomas Rutledge, Thomas Earl Geu, „The Analytic Protocol for the Duty of Loyalty under the Prototype LLC Act“, *Arkansas Law Review*, бр. 2/2010, стр. 481.

преузети и предлоге који се тичу алтернативних механизма заштите привредног друштва од поступања директора супротно интересу друштва.

Уважавање моралне основе дужности лојалности и промовисање друштвених вредности које би требало да буду део пословне етике значајне су поруке које нам шаљу „традиционалисти“. Управљање друштвом, ипак, није питање које се тиче само чланова и њихових интереса. Оно има утицај на друштво (у социолошком смислу) у целини. Управљање које обављају одговорни, поштени и стручни директори има немерљив утицај на читаво привредно окружење једне земље.

Можда и најбољи пример избалансираног или мешовитог приступа представља решење америчког Једнообразног закона о друштву са ограниченом одговорношћу из 1996. године.²⁸³ Иако је овај закон у међувремену измењен, на начин којим се члановима друштва оставља већи степен слободе уговарања, његове одредбе и данас могу послужити као путоказ законодавцима који желе да уваже основне поставке и уговорног и традиционалног схватања. Према овом закону: 1) дужност лојалности не може бити искључена уговором чланова, али се могу дефинисати посебне врсте или категорије активности које не представљају повреду дужности лојалности; 2) могу се одредити механизми за одобрење радњи које би иначе могле да представљају повреду дужности лојалности; 3) дужност пажње може бити ограничена (не и искључена), али само ако је то ограничење разумно; 4) не може се елиминисати примена начела савесности и поштења, али се могу одредити критеријуми по којима ће примена овог начела бити цењена, под условом да ти критеријуми нису очигледно неразумни.²⁸⁴

²⁸³ Uniform Limited Liability Company Act (1996), National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/limited%20liability%20company/ullca96.pdf>, последњи приступ 03.11.2016.

²⁸⁴ Uniform Limited Liability Company Act (1996), чл. 103 (б) (2).

III Субјекти дужности лојалности

Према ЗПД, субјекти дужности лојалности према привредном друштву су: 1) ортаци и комплементари; 2) чланови друштва са ограниченом одговорношћу (у даљем тексту: ДОО) који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или члан ДОО који је контролни члан друштва, 3) акционари који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или акционар који је контролни члан друштва; 4) директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи; 5) ликвидациони управник.²⁸⁵

ЗПД познаје и појам лица повезаних са субјектима дужности лојалности.²⁸⁶ Ова повезана лица нису субјекти дужности лојалности, али она могу учествовати у повреди дужности лојалности од стране лица која су њени субјекти, а у неким случајевима њихово учешће у повреди повлачи и њихову имовинску одговорност према привредном друштву. Повезаним лицем, у смислу ЗПД, у односу на одређено физичко лице сматра се: 1) његов крвни сродник у правој линији, крвни сродник у побочној линији закључно са трећим степеном сродства, супружник и ванбрачни партнер ових лица; 2) његов супружник и ванбрачни партнер и њихови крвни сродници закључно са првим степеном сродства; 3) његов усвојилац или усвојеник, као и потомци усвојеника; 4) друга лица која са тим лицем живе у заједничком домаћинству.²⁸⁷ Повезаним лицем, у смислу ЗПД, у односу на одређено правно лице сматра се: 1) правно лице у којем то правно лице поседује значајно учешће у капиталу, или право да такво учешће стекне из конвертибилних обвезница, вараната, опција и слично; 2) правно лице у којем је то правно лице контролни члан друштва (контролисано друштво); 3) правно лице које је заједно са тим правним лицем под контролом трећег лица; 4) лице које у том правном лицу поседује значајно учешће у капиталу, или право да такво учешће стекне из конвертибилних обвезница, вараната, опција и слично; 5) лице које је контролни члан тог правног лица; 6) лице које је директор, односно члан органа управљања или надзора тог правног лица.²⁸⁸

²⁸⁵ ЗПД, чл. 61.

²⁸⁶ О појму повезаних лица види: Јелена Лепетић, „Повезана лица у пословном праву“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2015, стр. 19-39.

²⁸⁷ ЗПД, чл. 62 ст. 1.

²⁸⁸ ЗПД, чл. 62 ст. 2.

1. Чланови привредног друштва као субјекти дужности лојалности

Чланови привредног друштва, као субјекти дужности лојалности, нису на истоветан начин третирани у упоредном праву у зависности од правне форме привредног друштва. И док је готово неспорно да у друштвима лица чланови јесу субјекти дужности лојалности, значајне разлике поводом те дужности чланова постоје у друштвима капитала. На једној страни су америчко и немачко право, која имају развијен концепт постојања дужности лојалности чланова ДОО и акционара, док је на другој страни британско право, које их ни у законодавству ни у судској пракси није признало као субјекте, сматрајући директоре привредног друштва јединим субјектом дужности лојалности. Пре него што пређемо на детаљнију анализу ових различитих приступа, кратко ћемо се осврнути на разлоге и сврху сврставања чланова привредног друштва у круг субјеката дужности лојалности, као и на њихове особености у том својству.

1.1. Општа разматрања

Два су основна разлога за сврставање чланова привредног друштва у круг носилаца дужности лојалности. Први, контрола, односно утицај на пословање привредног друштва, који, на основу саме природе свог положаја, остварују контролни или већински чланови друштва. Оваква контрола ствара потенцијалну опасност да контролни или већински чланови дају приоритет својим личним интересима на штрб интереса привредног друштва и/или интереса мањинских чланова друштва. Други, међусобна повезаност и утицај, који чланови друштва врше једни на друге (посебно у малим и средњим друштвима), првенствено у поступку доношења одлука које су у надлежности чланова друштва (односно скупштине у друштвима капитала), може довести до шпекулативног одлучивања, које за последицу има доношење одлука, које се примењују на све чланове (и на оне који су гласали за и на оне који су гласали против одлуке).²⁸⁹ Наведени разлози сврставања чланова привредног друштва у круг субјеката дужности лојалности опредељују и основну сврху таквог сврставања, а то је -

²⁸⁹ Andreas Cahn, „The Shareholders’ Fiduciary Duty in German Company Law“, у: Hanne Søndergaard Birkmose (ур.), *Shareholders’ Rights*, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 348.

спречавање злоупотребе права од стране чланова.²⁹⁰ Можемо још закључити да је први наведени разлог одлучујући за успостављање дужности лојалности контролних или већинских чланова у великим привредним друштвима (претежно акционарским друштвима и неким ДОО), док је други разлог одлучујући за успостављање исте дужности чланова друштва лица, а у некој мери и чланова ДОО (у оним ДОО која спадају у мала или средња друштва).

Садржина дужности лојалности чланова друштва разликује се од садржине исте дужности директора и других лица која имају овлашћење да управљају друштвом. Већ је речено да обим дужности лојалности може бити различит у зависности од тога да ли она подразумева и одређено чињење у интересу друштва или се њом захтева само уздржавање од законом забрањених понашања. И док одговор у вези са обимом варира у различитим правним системима, у вези са дужношћу лојалности чланова друштва он је јединствен. Интензитет њихове дужности је нижи и своди се само на „негативан“ аспект дужности лојалности. Дужност лојалности чланова према друштву значи да члан има обавезу да не нанесе штету друштву својим понашањем.²⁹¹ Поред тога, док директори у свакој ситуацији треба да ставе интересе друштва испред својих личних интереса, чланови друштва не морају нужно да занемаре сопствене интересе на штету интереса друштва. То правило препознато је у америчком праву, у коме се поступање ортака, комплементара и чланова ДОО које је усмерено ка остварењу њиховог личног интереса не сматра само по себи повредом фидуцијарне дужности.²⁹² Интересе друштва и/или других чланова друштва члан друштва који је носилац дужности лојалности треба да размотри онда када друштво и/или други чланови могу доста да изгубе или када су ови интереси важнији или оправданији од интереса појединих чланова.²⁹³ То подразумева балансирање између интереса различитих чланова, а на суду је да на крају пронађе прави баланс.

Важно је поменути још једну специфичност дужности лојалности чланова привредног друштва, која се огледа у њеној повезаности и утицају на начин остваривања права гласа на седницама скупштине друштва. Дужност лојалности један је од правних основа забране злоупотребе права гласа чланова привредног друштва

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ К. Е. Sørensen, стр. 160.

²⁹² Амерички Једнообразни Закон о ортаким друштвима, чл. 404(е); Амерички Једнообразни закон о командитним друштвима, чл. 408(е); Амерички Једнообразни закон о друштвима са ограниченом одговорношћу, чл. 409(е).

²⁹³ К. Е. Sørensen, стр. 153.

(поред дужности савесног поступања и начела једнаког третмана акционара).²⁹⁴ Она обезбеђује савесно и лојално вршење права гласа чланова друштва, односно вршење права гласа у интересу привредног друштва, а не у неком другом интересу независном или чак противном интересу друштва.²⁹⁵ Ипак, обавеза вршења права гласа у интересу привредног друштва није генерална. Гласање о појединим одлукама на скупштини друштва подразумева да чланови друштва могу да поступају у складу са сопственим интересима. Најбољи пример је одлука о расподели добити. Чланови начелно нису обавезни да користе своје право гласа. Међутим, понекад и невршење права гласа може представљати повреду дужности лојалности (ако је одлука од изузетног значаја за пословање и опстанак привредног друштва, а вршење права гласа у том случају не нарушава оправдане интересе члана).²⁹⁶ У малим и средњим привредним друштвима чланови су обично на различите начине укључени у пословање друштва, не само преко остваривања права гласа, већ и као запослени, затим кроз пословање са друштвом итд, па је вршење дужности лојалности потребно ценити не само приликом гласања, већ и у тим другим ситуацијама.²⁹⁷

Конечно, не сме се занемарити значај оснивачког акта, као и посебног уговора чланова друштва, који представљају основу односа између чланова и који могу имати утицаја на постојање и начин остваривања дужности лојалности (посебно важи за мала и средња друштва). У неким правним системима ти уговори подлежу посебној уговорној обавези лојалности, која је свакако блажа од фидуцијарне дужности лојалности.²⁹⁸ Српско право не познаје уговорну обавезу лојалности између уговорних страна. Примена начела савесности и поштења, као механизма за попуњавање тзв. уговорних празнина, би могла бити од значаја приликом тумачења поменутих уговора.

1.2. Ортаци и комплементари као субјекти дужности лојалности

Правило да су ортаци субјекти дужности лојалности опште је прихваћено у упоредном праву. У немачком праву се постојање фидуцијарних дужности између ортака сматра основом на којој су касније створене фидуцијарне дужности чланова

²⁹⁴ Pierre-Henri Conac, „The Shareholders’ Duty not to Abuse Rights“, у: Hanne Søndergaard Birkmose (ур.), *Shareholders’ Rights*, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 363.

²⁹⁵ A. Cahn, стр. 349.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ K. E. Sørensen, стр. 153.

²⁹⁸ *Ibid.*, стр. 160.

ДОО и акционара.²⁹⁹ Енглески Закон о ортачким друштвима (у даљем тексту: РА)³⁰⁰ познаје поједине облике испољавања дужности лојалности ортака (забрана конкуренције, полагање рачуна друштву у случају коришћења имовине или пословних веза друштва итд).³⁰¹ Енглеска судска пракса пре усвајања РА установила је правило према коме ортаци дугују један другом дужност највеће савесности која се утврђује највишим стандардом части,³⁰² а правила правичности и *common law* правила која произилазе из ових случајева настављају да важе и након доношења закона из 1890. године. Она су појачана изричитом дужношћу полагања истинитих рачуна и потпуних информација које се тичу питања од значаја за ортачко друштво другим ортацима или њиховим заступницима, и полагања рачуна друштву за сваку корист изведену из правног посла који се тиче ортачког друштва или коришћења његове имовине, пословног имена или пословних веза без сагласности осталих ортака.³⁰³ Амерички Једнообразни закон о ортачким друштвима из 1997. године (у даљем тексту: УРА)³⁰⁴ изричито прописује да су ортаци субјекти дужности лојалности.³⁰⁵ Исто решење усвојено је и у ЗПД.³⁰⁶ У српском праву дужност лојалности ортака посебно долази до изражаја приликом вршења овлашћења за обављање радњи у редовном пословању друштва (пословођење). Ово зато што је законом установљено право вета ортака у случају појединачног пословођења више ортака, које подразумева да се сваки ортак може успротивити предузимању радње другог ортака, у ком случају та радња не може бити предузета.³⁰⁷ У случају заједничког пословођења више ортака, за предузимање сваке радње која спада у редовно пословање друштва потребна је сагласност свих ортака овлашћених за пословођење; поред тога, ортак овлашћен за пословођење има право давања обавезујућих инструкција другим ортацима.³⁰⁸ Приликом вршења свих ових права ортаци морају поступати лојално, односно, не смеју их злоупотребљавати и морају се руководити интересом привредног друштва.

²⁹⁹ Holger Fleischer, „A Guide to German Company Law for International Lawyers – Distinctive Features, Particularities, Idiosyncracies“, у: Holger Fleischer, Jesper Lau Hansen, Wolf-Georg Ringe (ур.), *German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, стр. 22.

³⁰⁰ Partnership Act 1890 (доступно на: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1890/39/pdfs/ukpga_18900039_en.pdf, 31.08.2017.).

³⁰¹ Види: РА, чл. 28-30.

³⁰² *Blisset v. Daniel* (1853) 10 Hare 493. Наведено према: Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law*, Cambridge, 2010, стр. 36.

³⁰³ РА, чл. 29 ст. 1.

³⁰⁴ Uniform Partnership Act 1997 (доступно на:

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/partnership/upa_final_97.pdf, 31.08.2017.).

³⁰⁵ УРА, чл. 404 (а).

³⁰⁶ ЗПД, чл. 61 ст. 1 тач. 1.

³⁰⁷ ЗПД, чл. 102 ст. 1.

³⁰⁸ Види: ЗПД, чл. 102 ст. 2.

Оно што је спорно и предмет разликовања између правних система у вези са правним режимом дужности лојалности у ортачком друштву је то шта је објекат дужности ортака, односно према коме су те дужности установљене (према друштву, према другим ортацима, или и према друштву и према другим ортацима). О овом питању говорићемо више у делу овог рада који се односи на објекат дужности лојалности.

У складу са општим правилом да се на комплементарне сходно примењују правила која важе за ортаке, комплементари су, попут ортака, субјекти дужности лојалности. То правило изричито је прописано Америчким Једнообразним законом о командитним друштвима,³⁰⁹ као и у ЗПД,³¹⁰ док у немачком и енглеском праву оно произилази из аналогне примене правила о постојању дужности лојалности ортака. С друге стране, командитори нису субјекти дужности лојалности.³¹¹ Они не могу водити послове привредног друштва, нити могу иступати као његови заступници, те њихово изостављање из круга носилаца дужности лојалности делује разумљиво и логично. ЗПД дозвољава проширење круга субјеката посебних дужности оснивачким актом или статутом, што свакако важи и за командиторе.³¹² Овакво проширење прихваћено је у Кодексу пословне етике Привредне коморе Србије (у даљем тексту: КПЕ)³¹³, који и командиторе сврстава у круг субјеката фидуцијарне дужности према друштву.³¹⁴

1.3. Чланови ДОО/акционари као субјекти дужности лојалности

У погледу чланова друштава капитала, као субјеката дужности лојалности, значајне су разлике између америчког и немачког права, са једне, и британског права са друге стране. У америчком и немачком праву чланови друштава у начелу могу бити субјекти дужности лојалности, а како је овај концепт развијен у судској пракси, да ли ће се та могућност претворити у постојање дужности зависи од околности конкретног

³⁰⁹ Uniform Limited Partnership Act, чл. 408 (а).

³¹⁰ ЗПД, чл. 61 ст. 1 тач. 1.

³¹¹ За америчко право види: Uniform Limited Partnership Act, чл. 305 (а); за немачко право: Немачки трговачки законик (Handelsgesetzbuch - HGB), чл. 165.

³¹² ЗПД, чл. 61 ст. 2.

³¹³ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 1/2006.

³¹⁴ КПЕ, чл. 32.

случаја. Постојање дужности лојалности чланова друштва сматра се једном од највећих специфичности немачког компанијског права.³¹⁵

Амерички Једнообразни закон о друштвима са ограниченом одговорношћу (у даљем тексту: ULLCA),³¹⁶ поводом питања носилаца дужности лојалности, прави разлику између ДОО којима управља један или више чланова друштва (енг. *member-managed limited liability company*) и друштава којима управља један или више менаџера који нису чланови друштва (енг. *manager-managed limited liability company*). У првом случају чланови ДОО јесу субјекти фидуцијарних дужности,³¹⁷ док у другом нису, већ су једино дужни да поступају у складу са начелом савесности и поштења.³¹⁸ Немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу не познаје дужност лојалности чланова ДОО, што је и очекивано, имајући у виду да је извор настанка те дужности у судској пракси. Немачки судови створили су опште примењиву дужност лојалности, чији се обим примене одређује на основу потребне сарадње између чланова друштва, природе и начина остваривања те сарадње, као и на основу утицаја чланова друштва. У друштвима са ограниченом одговорношћу дужност лојалности чланова друштва посебно је изражена, узимајући у обзир специфичности ове правне форме и бројне елементе друштава лица, које ова правна форма поседује.³¹⁹ Дужност лојалности постоји не само према друштву, већ и према другим члановима друштва, а некада су и мањински чланови друштва носиоци посебне дужности лојалности (у одређеној мери).³²⁰

Када је реч о дужностима акционара, америчко право већ дуго познаје концепт дужности већинског акционара. Међутим, објекат те дужности није привредно друштво већ мањински акционари. На темељима развоја дужности чланова друштава лица и чланова ДОО, и немачка судска пракса у чувеној пресуди Федералног суда правде из 1988. године (случај *Linotype*) признаје постојање дужности већинског акционара према мањинском.³²¹ Немачки судови отишли су и корак даље. У једној пресуди из 1995. године (случај *Girmes*), суд је заузео становиште да и мањински акционари могу бити субјекти дужности лојалности према већинском акционару, када они имају право вета

³¹⁵ Н. Fleischer (2015), стр. 21.

³¹⁶ Uniform Limited Liability Act 2006, доступно на:

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/limited%20liability%20company/ULLCA_Final_2014_2015aug19.pdf
15.08.2017.

³¹⁷ ULLCA, чл. 409(a).

³¹⁸ ULLCA, чл. 409(i).

³¹⁹ К. Е. Sørensen, стр. 130.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Н. Fleischer (2015), стр. 22.

на седници скупштине друштва и када блокирају доношење одлуке од значаја за опстанак друштва, као што је нпр. одлука о повећању основног капитала.³²²

Непризнавање постојања дужности чланова ДОО и акционара карактеристично је за британско право. Субјекти фидуцијарних дужности су само она лица која имају „ограничен приступ имовини других лица“. По том критеријуму направљена је разлика између директора (који такав приступ имају) и чланова друштва (који такав приступ имовини немају).³²³ Било је неких случајева у судској пракси који се могу тумачити као успостављање дужности лојалности чланова друштва, али се на основу њих не могу изводити било какви општи закључци. Пре свега, и ти изоловани случајеви предмет су различитих тумачења, а чак и када би се са сигурношћу могло тврдити да ти случајеви представљају основу дужности лојалности чланова друштва, не сме се занемарити да постоје многи други, знатно бројнији, случајеви, који негирају постојање такве дужности.³²⁴

Српско право је негде на средини између ова два радикална приступа. Оно познаје концепт постојања дужности лојалности чланова друштва капитала, али само оних који се могу сматрати већинским и контролним члановима ДОО/акционарима, док остали чланови друштва ни под каквим условима не могу бити субјекти дужности. То значи да је основни разлог сврставања чланова друштва капитала у круг носилаца дужности лојалности у српском праву утицај који поједини чланови могу да врше на пословање привредног друштва, а не међусобна повезаност и утицај који чланови врше једни на друге. То не значи да домаће право нема механизам забране злоупотребе права гласа од стране чланова друштва капитала који нису субјекти дужности лојалности. Овај механизам може се пронаћи у примени института побијања одлука скупштине. Један или више чланова ДОО/акционара који су имали право на учешће у раду седнице скупштине могу тужбом надлежном суду побијати одлуку донету на тој седници скупштине и тражити накнаду штете, ако било који члан ДОО/акционар вршењем свог права гласа има намеру да за себе или треће лице прибави корист на штету друштва или других чланова ДОО/акционара кроз доношење или извршење те одлуке.³²⁵

³²² *Ibid.*; детаљније о случајевима *Linotype* и *Girmes* види у: А. Сahn, стр. 359-361.

³²³ К. Е. Sørensen, стр. 134.

³²⁴ *Ibid.*, стр. 134-135.

³²⁵ ЗПД, чл. 376 ст. 1 тач. 5.

1.4. Чланови ДОО/акционари као субјекти дужности лојалности у српском праву

У српском праву дужност лојалности према друштву имају чланови ДОО/акционари који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва³²⁶ или члан ДОО/акционар који је контролни члан друштва.³²⁷ Значајно учешће у основном капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 25% права гласа у друштву.³²⁸ Контролни члан друштва је свако лице (физичко или правно) које има својство члана и које има контролу на основу неког од критеријума за успостављање контроле.³²⁹ Контрола подразумева право или могућност једног лица, да самостално или са другим лицима која са њим заједнички делују, врши контролни утицај на пословање другог лица путем учешћа у основном капиталу, уговора или права на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора.³³⁰ Сматра се да је одређено лице контролни члан друштва увек када то лице самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће³³¹ у основном капиталу друштва.³³² Из наведених одредаба ЗПД произилазе две неспорне чињенице: 1) члан ДОО/акционар који поседује више од 25% права гласа у друштву у сваком случају је носилац посебних дужности према друштву (необорива претпоставка); 2) члан ДОО/акционар који поседује мање од 25% права гласа у друштву може бити носилац посебних дужности према друштву, али само ако се тај члан сматра контролним чланом друштва. Дилема о томе постоји ли повезаност и међусобна условљеност појмова „контрола“ и „контролни члан“³³³ није релевантна за разматрања о томе ко је носилац посебних дужности у ДОО/акционарском друштву, пошто је законом јасно предвиђено да то може бити само контролни *члан*, дакле само лице које има удео у основном капиталу друштва.

Законодавац таксативно набраја три начина вршења контролног утицаја на пословање другог лица (критеријуми за успостављање контроле): учешће у основном капиталу, уговор и право на именовање већине директора или чланова надзорног

³²⁶ ЗПД, чл. 61 ст. 1 тач. 2.

³²⁷ ЗПД, чл. 62 ст. 3.

³²⁸ ЗПД, чл. 62 ст. 2.

³²⁹ Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Београд, 2014, стр. 94.

³³⁰ ЗПД, чл. 62 ст. 4.

³³¹ Већинско учешће у основном капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која са њим делују заједно, поседује више од 50% права гласа у друштву (ЗПД, чл. 62 ст. 4.).

³³² ЗПД, чл. 62 ст. 5.

³³³ О могућим тумачењима у српском праву види: Т. Јевремовић Петровић, стр. 95-96.

одбора. При том, учешће у основном капиталу представља основни критеријум, док преостала два начина представљају помоћне, допунске критеријуме.

Први и основни критеријум за утврђивање постојања контролног утицаја члана ДОО/акционара је његово учешће у основном капиталу друштва. Да ли је одређени проценат учешћа у основном капиталу довољан да успостави контролни утицај тог члана на друштво зависи од броја чланова, њиховог удела у основном капиталу (чињенице да ли је основни капитал подељен на уделе мноштва мањинских чланова који нису у могућности да остваре значајнији утицај на пословање друштва), начина одлучивања и већине потребне за доношење одлука итд. Тенденција савременог компанијског права је напуштање правила о тачно одређеном учешћу које производи одређене последице и настојање утврђивања суштинске везе између одређених лица (друштава) која доводи до одређених последица.³³⁴ Ипак, нека законодавства (не и домаће) познају појам минимум учешћа у основном капиталу, који представља законски минимум неопходан да би неко лице могло да се сматра контролним чланом. Претпоставка је да лице које поседује капитал мањи од тог законског минимума ни на који начин не може да има контролни утицај на управљање и пословање друштва. У упоредном праву минимум учешћа обично износи 10%.³³⁵ Вредно је помена да при одређивању лица са посебним дужностима, као критеријум, законодавац користи број гласова које члан ДОО/акционар поседује у друштву, а при дефинисању појма контроле користи учешће у основном капиталу као правно релевантно. Произилази да је могуће да лице које има више од 25% удела/акција у основном капиталу не буде по самом закону носилац посебних дужности, ако истовремено не поседује и више од 25% гласова у скупштини друштва. Такав члан би евентуално могао бити носилац посебних дужности, ако би се могао сматрати контролним чланом.

Критеријум учешћа у основном капиталу сам по себи прилично је неодређен и зависан од околности конкретног случаја. Зато је неопходно утврдити које су то околности које судовима могу бити од користи приликом процењивања да ли је члан ДОО/акционар истовремено и контролни члан, па самим тим и носилац посебних дужности. Законодавац прописује два већ поменута помоћна критеријума за утврђивање успостављања контроле: уговор и право на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора. Ове критеријуме сматрамо помоћним, али важним, јер један од њих у комбинацији са одређеним правно релевантним учешћем у основном

³³⁴ *Ibid.*, стр. 95-96.

³³⁵ *Ibid.*, стр. 99.

капиталу друштва представља основу за закључак о постојању контролног утицаја члана ДОО/акционара. Постојање ових критеријума је једноставније и лакше утврдити због њихове „видљивости“ (уговор, оснивачки акт). Када је реч о уговору као начину успостављања контроле несумњиво је да уговор о контроли и управљању може бити довољан основ, али то може бити и оснивачки акт друштва, као и уговор чланова, којима би било могуће пренети нека или сва овлашћења у складу са условима преноса надлежности директора и надзорног одбора на скупштину.³³⁶ Право на именовање већине директора, односно чланова надзорног одбора заснива се на формалном праву или овлашћењу (то не може бити пуко фактичко овлашћење) и оно може да произилази из оснивачког акта или уговора чланова.³³⁷

Поред законских критеријума који су примењиви у свакој ситуацији у којој се поставља питање контроле, сврсисходно је утврдити додатне критеријуме који би судовима били од користи приликом оцене да ли је члан ДОО/акционар носилац посебних дужности према друштву. У англосаксонском праву, које је полазиште и извориште дефинисања посебних дужности и фидуцијарних односа, тражио би се одговор на питање да ли постоји фидуцијарни однос између фидуцијара (члан ДОО/акционар) и поверавача (привредно друштво) у конкретном случају. Српско право не познаје фидуцијарне односе, али се чини да неки од критеријума за заснивање фидуцијарног односа из англосаксонског права могу бити примењени као помоћни критеријуми за наметање посебних дужности члану ДОО/акционару. Корисни би могли да буду следећи критеријуми: степен овлашћења и имовине којом управља члан ДОО/акционар у конкретном случају, степен дискреције коју члан ДОО/акционар има приликом вршења поверених овлашћења, немогућност стриктног одређивања његових обавеза приликом вршења поверених овлашћења.

Према томе, када члан ДОО/акционар поседује мање од 25% права гласа у друштву, две врсте критеријума су релевантне: 1) помоћни критеријуми предвиђени ЗПД из чл. 62 ст. 5; 2) опште познати и прихваћени критеријуми за настанак фидуцијарног односа.

Две ситуације у којима члан ДОО/акционар постаје носилац посебних дужности према друштву, а које су биле предмет досадашњих разматрања могу бити последица самосталног поступања члана друштва и самосталног поседовања значајног учешћа у основном капиталу, односно самосталног стицања својства контролног члана друштва,

³³⁶ *Ibid.*, стр. 112.

³³⁷ *Ibid.*, стр. 109-110.

али и заједничког деловања члана са другим лицима. Појам заједничког деловања дефинисан је у ЗПД и он је од значаја за дефинисање појмова значајног учешћа и контроле, који су, пак, релевантни за утврђивање круга лица која имају посебне дужности према друштву. Заједничко деловање постоји када два или више лица, на основу међусобног изричитог или прећутног споразума, користе гласачка права у одређеном лицу или предузимају друге радње у циљу вршења заједничког утицаја на управљање или пословање тог лица.³³⁸ Суштински елемент појма заједничког деловања у српском праву је заједнички циљ лица која заједнички делују, који је изражен у вршењу заједничког утицаја на управљање или пословање привредног друштва.³³⁹ Тај циљ може бити оствариван на различите начине, а законодавац само примера ради наводи да то може бити учињено коришћењем гласачких права у привредном друштву. Заједничко деловање може настати на основу изричитог или прећутног споразума два или више лица. Та лица могу, али и не морају бити чланови друштва, што значи да члан друштва може бити сматран носиоцем дужности и ако заједнички делује на управљање и пословање друштва са другим лицима која немају својство члана друштва, под условом да је резултат тог заједничког деловања испуњење једне од две анализиране претпоставке неопходне да би се члан ДОО/акционар сматрао субјектом дужности према друштву (поседовање већинског учешћа у основном капиталу или стицање својства контролног члана друштва у ситуацији у којој члан не поседује већинско учешће).

2. Директори као субјекти дужности лојалности

Директори, као лица која воде пословање друштва и иступају као његови законски заступници у правном промету, несумњиво припадају кругу лица која имају посебне дужности према привредном друштву. Нераскидива је повезаност института посебних дужности и директора привредног друштва. Директори привредног друштва су најважнији субјекти свих посебних дужности, а оне су према њима, као субјектима, најизраженије, најинтензивније, најстроже. Ове чињенице потпуно елиминишу питање

³³⁸ ЗПД, чл. 62 ст. 6.

³³⁹ О појму заједничког деловања види: Т. Јевремовић Петровић, стр. 100.

„постоји ли потреба да се директори сматрају носиоцима дужности према привредном друштву“. У англосаксонском праву се управо однос између директора и привредног друштва сматра полазном основом приликом анализе фидуцијарних односа у компанијском праву, па се назива и „парадигматичним фидуцијарним односом“. Ипак, постоје неке дилеме и када су у питању директори као носиоци дужности у привредном друштву, а које су последица чињенице да постоје различите врсте директора, односно да директори могу имати различита овлашћења, али и да њихов правни и фактички однос са друштвом може бити различит. Зато се поставља питање да ли баш свако лице које је директор треба да буде носилац дужности према друштву, а у вези са тим и питање да ли нека од лица која формално - правно нису директори треба да буду носиоци дужности, ако су њихова овлашћења и утицај на управљање и пословање друштва слични овлашћењима која имају лица која су формално - правно изабрана за директора.

2.1. *De jure, de facto* и директори у сенци

У упоредном праву постоји подела на *de jure* директоре, *de facto* директоре и директоре у сенци, и та подела има највећи правни значај за питање носилаца дужности лојалности, које разматрамо.

De jure директор је лице које је ваљано изабрано за директора привредног друштва у складу са законом, оснивачким актом и/или статутом и као такво регистровано у одговарајућем регистру привредних субјеката.

De facto директор је лице које унутар привредног друштва, али и у правном промету (према трећим лицима) иступа као директор друштва, иако није извршен правно ваљан избор тог лица за директора. Да би се неко лице сматрало *de facto* директором неопходно је постојање и интерног и екстерног елемента поступања. У британској судској пракси наглашено је да је *de facto* директор лице које преузима функције и статус директора, лице које извршава оне послове који могу бити вршени искључиво од стране директора.³⁴⁰ Није довољно да лице само иступа у правном промету као директор, већ је критично питање да ли је то лице део структуре корпоративног управљања привредног друштва.³⁴¹ У судској пракси Велике Британије

³⁴⁰ Re Hydrodan (Corby) Ltd 1994, наведено према: Andrew Keay, *Directors' Duties*, Bristol, 2014, стр. 13.

³⁴¹ *Ibid.*, стр. 13-14.

постоји неколико критеријума значајних за утврђивање да ли је неко лице *de facto* директор: да ли то лице према трећим лицима иступа као директор, да ли то лице користи титулу „директор“, да ли то лице има ваљане информације на којима заснива своје одлуке, да ли то лице доноси кључне одлуке.³⁴² У случају *Re Hydrodan de facto* директор дефинисан је као лице које преузима обављање послова у делокругу директора; лице које је истакнуто од стране компаније као директор, тврди да је директор и понаша се тако, иако никада није стварно или ваљано изабрано за директора; да би се установило да је неко лице *de facto* директор компаније неопходно је да наведе и докаже да је преузело функције у вези са компанијом које вероватно могу бити вршене само од стране директора.³⁴³ *De facto* директори се могу поделити у две групе. Једну групу чине они *de facto* директори чији формални избор за директора јесте извршен, али није био правно ваљан.³⁴⁴ Разлог постојања *de facto* директора често је то што у моменту избора тог лица за директора нису били испуњени сви услови (формални и/или материјални) за његов избор. Могуће је да ни лица која чине орган надлежан за избор директора (скупштина или надзорни одбор), као ни сам фактички директор, у тренутку избора нису била свесна о непостојању свих услова за избор. Другу групу *de facto* директора чине они чији избор никада није био ни покушан, али та лица ипак иступају унутар друштва и у правном промету као директори друштва.³⁴⁵

Директори из сенке (енг. *shadow directors*) су лица која не иступају ни унутар друштва ни у правном промету као директори, али на неки други начин остварују значајан утицај на управљање и пословање привредног друштва, који им даје извршен степен фактичке контроле, сличан овлашћењима која обично имају лица која су директори друштва. Британским компанијским законом (Companies Act 2006; у даљем тексту: СА)³⁴⁶ прихваћено је постојање директора из сенке, који је дефинисан као „лице у складу са чијим упутствима или налозима директори компаније уобичајено поступају“.³⁴⁷ Неће се сматрати директором из сенке лица у складу са чијим саветима поступају директори, у ситуацијама у којима је савет дат у вези са професионалном делатношћу даваоца савета.³⁴⁸ Тиме је искључена могућност да се професионални саветници, попут адвоката, рачуновођа, ревизора, сматрају директорима из сенке. Ово

³⁴² *Ibid.*, стр. 14.

³⁴³ *Re Hydrodan (Corby) Ltd (1994)*, наведено према: *Ibid.*, стр. 13.

³⁴⁴ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 54.

³⁴⁵ *Ibid.*, стр. 55; А. Кеау (2014), стр. 13.

³⁴⁶ Закон о компанијама Велике Британије (Companies Act 2006), доступно на: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, 12.08.2017.

³⁴⁷ СА, чл. 251 ст. 1.

³⁴⁸ СА, чл. 251 ст. 2.

изузеће је проширено изменама британског законодавства из 2015. године и на лица која обављају законом установљене функције. Сврха постојања директора из сенке је утврђивање лица која имају стварни утицај на пословање компаније.³⁴⁹ Питање директора из сенке обично се доводи у везу са групама привредних друштава и питањем да ли посебне дужности према зависном друштву треба наметнути контролном друштву као члану зависног друштва. Чини се да се у британском праву и судској пракси све више губи разлика између концепта *de facto* директора и концепта директора из сенке.³⁵⁰ Практично посматрано, директор из сенке, барем потенцијално, има већу моћ од *de facto* директора, с обзиром да *de facto* директори иступају као и сви други директори појединци, што значи да они могу бити надгласани од осталих чланова одбора директора, док директори у сенци, по дефиницији, морају поседовати контролу над већином чланова одбора директора.³⁵¹

De jure директори увек су носиоци дужности лојалности. Већина европских законодавстава не регулише законски *de facto* директоре и директоре из сенке. Изузеци су Велика Британија, Шпанија и Чешка.³⁵² Питање да ли су *de facto* директори и директори из сенке носиоци дужности лојалности тако је обично препуштено правној теорији и судској пракси. Одговор је најчешће позитиван када је реч о првој групи *de facto* директора (директори чији је формални избор за директора извршен, али није био правно ваљан), док за другу групу *de facto* директора (директори чији избор никада није био ни покушан) и директоре из сенке не постоји јединствен одговор у упоредном праву.³⁵³ Када је реч о фидуцијарним дужностима *de facto* директора чији избор никада није био ни покушан, на једној страни су земље које законски регулишу појам *de facto* директора, и у њиховим законодавствима и судској пракси одговорност *de facto* директора је иста као и одговорност *de jure* директора (Велика Британија,³⁵⁴ Шпанија и Чешка). Исто правило важи и за неке земље у којима је концепт *de facto* директора развијен кроз судску праксу (Шведска, Луксембург). У немачкој и аустријској судској пракси *de facto* директори обично нису носиоци истих дужности као и *de jure*

³⁴⁹ А. Кеау (2014), стр. 17.

³⁵⁰ Colin R. Moore, „Obligations in the Shade: the Application of Fiduciary Directors’ Duties to Shadow Directors“, *Legal Studies*, бр. 2/2016, стр. 344; А. Кеау (2014), стр. 21.

³⁵¹ С. Мооре, стр. 345.

³⁵² У чешком праву *de facto* директор дефинисан је као лице које на основу уговора, поседовања удела/акција друштва или на било који други начин има „суштински утицај“ на пословање компаније, без обзира на то што није изабрано за директора (наведено према: С. Gerner-Beuerle, Р. Paech, Е. Р. Schuster, стр. 47-48.)

³⁵³ *Ibid.*, стр. 55.

³⁵⁴ А. Кеау (2014), стр. 16; С. Мооре, стр. 327.

директори, али постоје и неки посебни случајеви у којима они могу бити одговорни, као што је случај пропуштања покретања стечајног поступка или одговорност за крајње нехатно трошење средстава друштва које је у „близини“ стечаја.³⁵⁵ Слично Немачкој и Аустрији, и у Француској је одговорност *de facto* директора иста као и одговорност *de jure* директора у случају када је друштво инсолвентно.³⁵⁶

Још веће разлике и нејасноће постоје поводом питања одговорности директора из сенке, које се обично своди на одговорност контролног друштва или директора контролног друштва према зависном друштву. У појединим земљама контролни члан или „друштво мајка“ практично никада неће одговарати за вршење контроле над „друштвом кћерком“ или „друштвом унуком“, док су на другој страни правни системи у којима је таква врста одговорности знатно реалнија, поготово ако се зависно друштво налази у стечају или његовој близини.³⁵⁷ У шпанском праву одговорност директора из сенке је генерално иста као и одговорност *de jure* директора и *de facto* директора. Када је реч о британском праву, које је посебно значајно у овој области, узимајући у обзир да су појам директора из сенке, као и бројне њихове обавезе, законски регулисани, не постоји јединствен одговор на питање да ли директори из сенке имају фидуцијарне дужности према друштву. У СА прописано је да се опште дужности примењују на директоре из сенке када и у мери у којој су оне примењиве.³⁵⁸ Тиме је питање примењивости фидуцијарних дужности препуштено судској пракси, која је веома неуједначена по том питању.³⁵⁹ Тако постоји схватање према којем би директори из сенке требало да имају посебне дужности према друштву само у вези са упутствима или налозима које дају *de jure* директорима.³⁶⁰ И у правној литератури постоје различита схватања о овом питању. Са једне стране, наводе се аргументи у прилог постојању посебних дужности директора из сенке, као што је аргумент да није утемељено да директори који уобичајено поступају у складу са упутствима и налозима директора из сенке имају посебне дужности, док они који дају та упутства и налоге немају посебне дужности.³⁶¹ Слично томе, узимајући у обзир да је директор у сенци, барем према *common law* правилима, кључна фигура у незваничној хијерархији компаније, на основу поседовања практичне, мада не формално - правне, контроле над

³⁵⁵ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 45-49.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Ibid.*, стр. 55.

³⁵⁸ СА, чл. 170 ст. 5.

³⁵⁹ О различитим ставовима о овом питању у британској и аустралијској судској пракси види: А. Кеау (2014), стр. 19-20. Разлике су посебно изражене у два утицајна случаја *Ultraframe* и *Vivendi*.

³⁶⁰ *Vivendi SA vs. Richards* (2013).

³⁶¹ А. Кеау (2014), стр. 20.

одбором директора, сматра се да је изненађујуће да директори у сенци никада, за разлику од *de facto* директора, нису били изједначени у потпуности са концептом *de jure* директора.³⁶² Са друге стране су аргументи против постојања посебних дужности директора из сенке. Према овим схватањима, тврди се да је на *de jure* директорима, као субјектима дужности лојалности, да буду пажљиви и да не прате упутства лица која немају било какво право да утичу на пословање друштва, као ни обавезу лојалности према том друштву. Такође, ни само друштво не очекује лојално поступање од директора из сенке, већ само од *de jure* директора.³⁶³

Српско право не познаје појмове *de facto* директора и директора из сенке. Ипак, када је реч о српском позитивном праву, из чл. 32 ст. 2 ЗПД може се индиректно извући закључак да су и *de facto* директори носиоци дужности лојалности према привредном друштву. Овим чланом предвиђено је да „ако друштво у континуитету прихвата да неко лице поступа као заступник на начин којим трећа лица доводи у уверење да има право на заступање, сматраће се да је друштво конклюдентно то лице овластило на заступање, осим ако друштво не докаже да је треће лице знало или морало знати за непостојање овлашћења за заступање“. Цитирана одредба ЗПД има шире подручје примене, јер се односи на све заступнике друштва. Њоме је, несумњиво, у погледу функције заступања, обухваћен и *de facto* директор.

Директори из сенке, такође, нису непосредно регулисани у српском праву. Већ је речено да се овај појам најчешће доводи у везу са групама привредних друштава и утицајем на пословање зависног друштва који врши контролно друштво. Домаће право делимично је решило ову ситуацију прописивањем посебних дужности према друштву члану ДОО/акционару који поседује значајно учешће у основном капиталу друштва и контролном члану ДОО/акционару. Ипак, дужности се односе само на лице које је члан зависног друштва, а директор из сенке може бити и лице које се налази „хијерархијски више“ у ланцу привредних друштава, па самим тим оно није члан контролисаног друштва (нпр. „друштво мајка“ није члан „друштва унук“, већ само „друштва кћерке“). Приликом проналажења адекватног режима посебних дужности у групама друштава мора се водити рачуна и о принципу ограничене одговорности чланова, који би наметањем одговорности члановима друштва кроз ланац друштава могао бити угрожен. Још један проблем карактеристичан је за српски привредни живот и тржиште, а повезан је са концептом директора из сенке. Држава се често јавља као већински или

³⁶² С. Moore, стр. 330.

³⁶³ А. Keay (2014), стр. 20.

мањински члан/акционар у великим привредним друштвима у нашој земљи. Политички утицај на пословање таквих привредних друштава често је значајан. Успостављање концепта директора из сенке и са њим повезаних посебних дужности према привредном друштву вероватно би довело, ако не до нестанка (што је идеално), онда макар до смањења ове негативне појаве.

2.2. Извршни и неизвршни директори

За разлику од поделе на *de jure*, *de facto* и директоре у сенци, коју не познаје, ЗПД познаје поделу на извршне и неизвршне директоре, и то када је реч о структури органа акционарских друштава која су се определила за једнодомну организацију управљања. Поред тога, ЗПД разликује и независне директоре, као и генералног директора и председника одбора директора. Поменуте врсте директора обавезан су део структуре органа јавних акционарских друштава. Извршни директори задужени су за свакодневно вођење послова друштва, обично су у радном односу са друштвом, са пуним радним временом. Неки од њих могу бити постављени на посебне позиције, као што је позиција финансијског директора, директора продаје, а из њихових редова обично се бира и тзв. први извршни директор (енг. *SEO – senior executive officer* или *CEO – chief executive officer*).³⁶⁴ У већини случајева извршни директори располажу веома значајним овлашћењима. Према ЗПД, извршни директори воде послове друштва и законски су заступници акционарског друштва, осим ако је статутом одређено да само поједини извршни директори заступају друштво.³⁶⁵ Неизвршни директори нису ангажовани у привредном друштву на основу уговора о раду са пуним радним временом (немају статус запослених лица), а свакодневно управљање друштвом и вођење послова друштва није у домену њихове надлежности. Функцију неизвршног директора понекад обављају бивши извршни директори, који поседују посебна искуства и знања, али и лица која тренутно обављају послове извршног директора у неком другом друштву (у српском праву, једно лице не може имати статус директора акционарског друштва у више од пет друштава).³⁶⁶ Циљ постављања таквих лица на положај неизвршног директора често је привлачење потрошача, купаца, инвеститора и

³⁶⁴ А. Кеу (2014), стр. 10.

³⁶⁵ ЗПД, чл. 388 ст. 1.

³⁶⁶ ЗПД, чл. 382 ст. 3 тач. 1.

повећање свеукупног угледа компаније на тржишту.³⁶⁷ Унутар друштва њихов задатак је надзор над радом извршних директора, а због заштите интереса чланова друштва. И према ЗПД, неизвршни директори надзиру рад извршних директора, а уз то и предлажу пословну стратегију друштва и надзиру њено извршавање.³⁶⁸ ЗПД - ом изричито је забрањено да неизвршни директори буду лица која су запослена у друштву.³⁶⁹

Када је реч о извршним и неизвршним директорима као носиоцима посебних дужности, нема никакве дилеме да и једни и други имају посебне дужности према друштву у српском компанијском праву. Ипак, у примени посебних дужности свакако би требало узети у обзир природу и обим овлашћења извршних и неизвршних директора. Време, посвећеност и приступ информацијама о пословању друштва, по природи ствари, на страни су извршних директора, па се чини разумним да судови приликом примене посебних дужности имају „већа очекивања“ од њих. Ипак, такав виши ниво очекивања има смисла код примене дужности пажње, али не и код примене појавних облика дужности лојалности у српском праву. Више информација и више времена проведеног у друштву свакако и обезбеђују и захтевају већи степен пажње, односно правилније формирање „разумног уверења“ о томе какво поступање јесте у најбољем интересу друштва. Појавни облици дужности лојалности односе се на ситуације у којима директори поступају у пословима у којима постоји њихов лични интерес, сукоб интереса или када они одају пословну тајну друштва. За таква несавесна понашања није од значаја чињеница да ли је и у којој мери неизвршни директор упознат са пословањем друштва. Иза таквих понашања крије се намера присвајања користи за себе или повезана лица, па се она свакако сматрају повредама дужности лојалности. Изузетак је повреда дужности поштовања забране конкуренције, али и коришћење могућности за закључење посла који се укаже друштву, као један од облика повреде дужности избегавања сукоба интереса. Природа положаја неизвршних директора намеће ситуације у којима они заузимају исте или сличне позиције у конкурентским друштвима (а за то им је наравно увек потребно одобрење надлежних органа конкурентских друштава, и једног и другог). Слично томе, мањи степен повезаности неизвршних директора са привредним друштвом указује на могућност проналажења пословних прилика, које могу бити од интереса за друштво, а до којих су неизвршни директори дошли независно од свог положаја у друштву и за које се зато

³⁶⁷ А. Кеу (2014), стр. 10.

³⁶⁸ ЗПД, чл. 390 ст. 1.

³⁶⁹ ЗПД, чл. 391.

може сматрати да „припадају“ њима, а не друштву. Све речено за посебне дужности неизвршних директора важи и за дужности независних директора, регулисаних у чл. 392. ЗПД.

2.3. Генерални директор и председник одбора директора

Савремена правна литература познаје и мешовите системе корпоративног управљања (поред класичне поделе на једнодомне и дводомне системе управе), који се могу именовати као једнодомнопополни (енг. *one and a half tier system*) и дводомнопополни (енг. *two and a half tier system*) систем управе.³⁷⁰ Ови мешовити системи одликују се истакнутом улогом тзв. првог извршног директора, односно генералног директора (користећи терминологију српског права) и/или председника одбора директора.

У домаћем праву функција генералног директора може постојати у акционарским друштвима на факултативној основи. Генерални директор у акционарским друштвима која су се определила за једнодомну организацију управљања је извршни директор који координира рад осталих извршних директора и организује пословање друштва.³⁷¹ У овим друштвима постојање функције генералног директора зависи, пре свега, од воље директора, који *могу* именовати једног од извршних директора овлашћених за заступање друштва за генералног директора. Иако то законом није изричито предвиђено, нема препрека да се ово питање статутом другачије уреди. У акционарским друштвима која су се определила за дводомну организацију управљања, овлашћење за именовање генералног директора има надзорни одбор.³⁷² У јавним акционарским друштвима то није само овлашћење (могућност), већ и обавеза надзорног одбора.³⁷³

У акционарским друштвима која имају одбор директора, директори бирају једног од директора за председника одбора. У акционарским друштвима која нису јавна то може бити и лице које обавља функцију генералног директора, док је у јавним акционарским друштвима извршено раздвајање између функција генералног директора (увек неко од извршних директора) и председника одбора директора (увек неко од

³⁷⁰ Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013, стр. 153.

³⁷¹ ЗПД, чл. 389 ст. 2. и чл. 423 ст. 3.

³⁷² ЗПД, чл. 423 ст. 1.

³⁷³ ЗПД, чл. 423 ст. 2.

неизвршних директора).³⁷⁴ Функција председника извршног одбора није изричито предвиђена законом, што је и логично с обзиром да је законом установљено да извршни одбор одлучује и поступа ван седница (правило), које се одржавају само ако постоји сагласност извршних директора по одређеном питању (изузетак).³⁷⁵ У тим изузетним случајевима седницама извршног одбора по самом закону председава генерални директор.³⁷⁶ Кодексом корпоративног управљања Привредне коморе Србије (у даљем тексту: ККУ)³⁷⁷ препоручено је да друштва треба да установе јасно разграничење одговорности између председника одбора директора и генералног директора.³⁷⁸

Према српском ЗПД, генерални директор и председник одбора директора несумњиво су носиоци посебних дужности према друштву. Постоји ли, пак, посебан режим процењивања усклађености понашања ових директора са посебним дужностима и у вези са тим, посебан режим одговорности у случају повреде неке дужности? Кренимо од генералног директора. Имајући у виду истакнуту улогу коју у сваком акционарском друштву има генерални директор, реално је очекивати да се у судској пракси установи стандард понашања који захтева већу посвећеност генералног директора интересу привредног друштва у односу на остале директоре. Ово посебно важи у ситуацијама у којима долази до сједињавања улога генералног директора и председника одбора директора (што је у српском праву могуће у нејавним акционарским друштвима, као и у свим акционарским друштвима која су се определила за дводомну организацију управљања). Председник одбора директора, када није истовремено и генерални директор, само је „први међу једнакима“, његова улога је у извесном смислу резидуална и супсидијарна.³⁷⁹ Ипак, не сме се занемарити да и у српском праву, као и у неким упоредним правима, председник одбора директора има значајно овлашћење одлучујућег гласа, ако су гласови директора при одлучивању једнако подељени и ако статутом или пословником о раду одбора директора није другачије одређено.³⁸⁰ Исто право има и генерални директор у дводомној организацији управљања, при чему је то његово право апсолутно, односно не може бити ограничено или искључено аутономним актима друштва.³⁸¹ Председник одбора директора, као

³⁷⁴ Упореди: ЗПД, чл. 389 ст. 1. и ЗПД, чл. 400 ст. 2.

³⁷⁵ Види ЗПД, чл. 429.

³⁷⁶ ЗПД, чл. 423 ст. 4.

³⁷⁷ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 99/2012.

³⁷⁸ ККУ (принцип 16); о аргументима за и против раздвајања функција генералног директора и председника одбора директора, види: М. Васиљевић (2013а), стр. 160-161.

³⁷⁹ М. Васиљевић (2013а), стр. 161.

³⁸⁰ ЗПД, чл. 406 ст. 2.

³⁸¹ ЗПД, чл. 429 ст. 4.

„први међу једнакима“ нема и не треба ни да буде субјекат појачаних посебних дужности, као ни ригорознијих стандарда понашања приликом примене тих дужности. Институт одлучујућег гласа председника одбора директора, као и постојање значајног фактичког утицаја генералног директора на управљање и пословање друштвом треба посматрати у контексту могућег утицаја који та лица могу да остваре на друга лица са посебним дужностима (пре свега, на друге директоре, можда и на већинске или контролне чланове). Постојање тог утицаја може бити од значаја у споровима због повреде посебних дужности тих других лица, приликом утврђивања да ли је дошло до повреде неког од облика дужности лојалности према друштву, и евентуалног учешћа генералног директора или председника одбора директора у тој повреди.

2.4. Посебна улога извршних директора (*officers*) у америчком праву

Питање одговорности извршних директора (енг. *officers*), а пре свега тзв. првих извршних директора, посебно је актуелно у америчкој правној теорији и судској пракси. Разлика која се у америчком праву прави између појмова *director* и *officer* слична је, али не и истоветна, разлици између неизвршних и извршних директора у српском праву. Џонсон и Милон директоре и извршне директоре сматрају кључним субјектима у систему корпоративног управљања, а разлику између њих описују на следећи начин: извршни директори (*officers*) су задужени за свакодневно вођење послова корпорације, док директори „са удаљености“ надзиру пословање корпорације.³⁸² Исти аутори наводе и следеће разлике: директоре бирају и могу да разреше акционари (кроз рад скупштине), док су извршни директори лица која могу бити именована и разрешена само од стране директора. Однос између корпорације и извршних директора је однос заступања, тј. однос између принципала и агента. У америчком законодавству, појмом „извршни директори“ означавају се лица којима су њихове функције и дужности поверене аутономним актима корпорације или одлукама одбора директора.³⁸³ У америчкој судској пракси наводи се да се овај појам односи на лица којима су поверене административне и извршне функције, а не односи се на оне којима није поверена слободна процена или одређени степен дискреције у вези са

³⁸² Lyman Johnson, David Millon, „Recalling why Corporate Officers are Fiduciaries“, *William & Mary Law Review*, бр. 5/2005, стр. 1601.

³⁸³ Закон о корпорацијама Делавера, чл. 142 (а).

корпоративним питањима.³⁸⁴ Природа односа између директора и извршних директора је таква да директори (односно одбор директора), као лица изабрана од стране акционара да управљају пословањем друштва, делегирају значајан део својих овлашћења управљања друштвом на друга лица, и то најчешће извршним директорима.³⁸⁵ То се дешава у јавним акционарским друштвима, у којима директори због сложености послова нису у могућности да самостално обављају све послове управљања друштвом. Временом, делегација овлашћења постала је толико уобичајена да је доминантни модел корпоративног управљања у САД постао онај у којем најважнију улогу имају извршни директори, а одбор директора, акционари и спољни саветници постају подређени првом извршном директору (*CEO* или *SEO*).³⁸⁶ Први извршни директори постају најутицајније личности у акционарским друштвима, њихова моћ и овлашћења постају све већа и снажнија, а одбор директора све више постаје орган надзора, са примарним циљем надгледања рада првог извршног директора и осталих извршних директора који у пракси воде послове друштва и управљају њиме.³⁸⁷ Међутим, савремена корпоративна пракса паралелно са повећањем утицаја првих извршних директора, али и других извршних директора, показује тенденцију све слабијег вршења контроле над њиховим радом од само декларативно надређеног одбора директора. Први извршни директори тако, захваљујући свом утицају и улози у корпоративној хијерархији, све чешће остају изван домена надзора одбора директора, који губи своју централну улогу у систему корпоративног управљања.

Узимајући у обзир напред изнето, питање посебних дужности првих извршних директора и осталих извршних директора изазива велику пажњу у америчкој правној литератури. Разлог је тај што је концепт посебних дужности првих извршних директора посебно неразвијен у судској пракси америчких судова (чак и у Делаверу), што се тај концепт врло ретко примењује, иако су незаконити, несавесни и нелојални поступци првих извршних директора нераскидиво повезани са бројним корпоративним скандалима.³⁸⁸ Неспорно је да извршни директори имају неки облик фидуцијарних дужности према друштву, а у судској пракси се често изједначавају дужности

³⁸⁴ A. Gilchrist Sparks, III, Lawrence A. Hamermesh, „Common Law Duties of non - Director Corporate Officers“, *The Business Lawyer*, бр. 1/1992, стр. 216.

³⁸⁵ L. Johnson, D. Millon, стр. 1607.

³⁸⁶ Megan W. Shaner, „The Un(enforcement) of Corporate Officers’ Duties“, *U.C. Davis Law Review*, бр. 1/2014-2015, стр. 273.

³⁸⁷ *Ibid.*, стр. 287-288.

³⁸⁸ *Ibid.*, стр. 276.

директора и извршних директора.³⁸⁹ Кључну одлуку по овом питању донео је Врховни суд америчке државе Делавер 2009. године, када је у случају *Gantler v. Stephens* суд изричито нагласио да извршни директори (*officers*), исто као и директори, имају фидуцијарне дужности пажње и лојалности, и да су њихове фидуцијарне дужности исте као и дужности директора.³⁹⁰ У Америчком Измењеном модел закону о корпорацијама (у даљем тексту: МВСА)³⁹¹ истакнуто је да дужности имају само извршни директори који поседују дискрециона овлашћења.³⁹² Нека од спорних питања у вези са дужностима извршних директора су питање да ли њихове дужности произилазе из права заступања (агенције) или извршни директори, попут директора, имају положај „квази трастија“, као и питање да ли извршни директори могу користити клаузуле о ограничењу или искључењу одговорности (попут оне коју предвиђа чл. 102(б)(7) Закона о корпорацијама америчке државе Делавер).³⁹³ Ипак, најспорније питање повезано са фидуцијарним дужностима првих извршних директора и осталих извршних директора је питање да ли њихове дужности треба да буду снажније, односно да ли се на поменути лица примењује правило пословне процене (енг. *business judgment rule*). Хамермеш и Спаркс залажу се за примену правила пословне процене и на извршне директоре,³⁹⁴ док Џонсон и Милон сматрају да снажна заштита коју директорима пружа ово правило не треба да се примењује и на извршне директоре, узимајући у обзир специфичности њиховог положаја (време које посвећују пословању друштва, приступ информацијама и сл.).³⁹⁵ Дебату је, барем привремено, окончао већ поменути случај *Gantler v. Stephens* у корист примене правила пословне процене и на извршне директоре.

³⁸⁹ Aaron D. Jones, „Corporate Officer Wrongdoing and the Fiduciary Duties of Corporate Officers under Delaware Law“. *American Business Law Journal*, бр. 3/2007, стр. 479; A. G. Sparks, III, L. A. Hamermesh, стр. 217.

³⁹⁰ *Gantler v. Stephens*.

³⁹¹ Revised Model Business Corporation Act.

³⁹² Види: МВСА, чл. 8.42.

³⁹³ Michael Follett, „*Gantler v. Stephens*: Big Epiphany or Big Failure? A Look at the Current State of Officers’ Fiduciary Duties and Advice for Potential Protection“, *Delaware Journal of Corporate Law*, бр. 2/2010, стр. 576-581.

³⁹⁴ A. G. Sparks, III, L. A. Hamermesh, стр. 230.

³⁹⁵ L. Johnson, D. Millon, стр. 1642-1643. Аутори полазе од поставке да фидуцијарне дужности извршних директора произилазе из права заступања. Њима директори поверавају део својих овлашћења и они онда иступају као агенти.

3. Чланови надзорног одбора као субјекти дужности лојалности

Надзорни одбор, као посебан колегијални орган, део је структуре органа друштва капитала која су се определила за дводомну организацију управљања. Чланови надзорног одбора законом су изричито одређени као лица која су субјекти посебних дужности према привредном друштву. Природа овлашћења чланова надзорног одбора, као и чињеница да су они лица која нису запослена у друштву (постоји законска забрана да ова лица буду у радном односу са друштвом), утичу и на примену института посебних дужности на њих. Уопштено говорећи, исти су принципи примене посебних дужности за неизвршне директоре у акционарским друштвима и за чланове надзорног одбора, као субјекте ових дужности. Ипак, постоје ситуације у којима би на чланове надзорног одбора требало оштрије применити посебне дужности. Једно од најзначајнијих овлашћења надзорног одбора је давање претходне или накнадне сагласности (извршним) директорима на законом прописане послове (нпр. стицање и отуђење непокретности, удела и акција у другим правним лицима итд.).³⁹⁶ Повреда посебних дужности у вези са неким од послова за које је неопходна поменута сагласност надзорног одбора требало би да буде одговорност и чланова надзорног одбора (некада чак искључиво њихова одговорност), а не само директора који су одлуке у вези са тим правним пословима спроводили.

С обзиром да је надзорни одбор колегијални орган и да се делокруг надзорног одбора остварује кроз седнице одбора и доношење одлука на тим седницама, то значи да евентуална повреда посебних дужности често може постојати као резултат колективног акта надзорног одбора. Повреду посебних дужности појединих чланова надзорног одбора у ситуацији када је одлуком надзорног одбора дошло до повреде посебних дужности треба тумачити у складу са правилима установљеним чланом 415. ЗПД. Начин рада надзорног одбора оснивачким актом, односно статутом, може бити и другачије организован, па онда у том случају не би нужно важило претходно речено.³⁹⁷ Не смеју се, свакако, занемарити ни случајеви повреде посебних дужности индивидуалним поступањем било ког члана надзорног одбора, који су, такође, реално могући, а до којих може доћи у вези са сваким од четири облика испољавања дужности лојалности у српском праву.

³⁹⁶ Види: ЗПД, чл. 441 ст. 1 тач. 14; чл. 232 ст. 2.

³⁹⁷ Види: ЗПД, чл. 401. у вези са чл. 444.

4. Заступници и прокуристи као субјекти дужности лојалности

Добро је познато да привредно друштво, као правно лице, не може пословати без одређених физичких лица која ће за њега преузимати права и обавезе у правном промету. Та лица су заступници привредног друштва. И баш зато што она представљају друштво у правном промету и привредном животу, зато што имају широка овлашћења која се тичу закључивања уговора и предузимања других правних послова и правних радњи, али и зато што та њихова овлашћења увек подразумевају и одређени степен дискреције, пошто садржајно не могу бити потпуно одређена, заступници имају посебне дужности према привредном друштву.

ЗПД разликује неколико врста заступника, односно неколико различитих правних основа заступања: законске (статутарне) заступнике, заступнике који су актом или одлуком надлежног органа друштва овлашћени да заступају друштво, конклюдентне (фактичке) заступнике и пуномоћнике по запослењу. Законски заступници за сваку правну форму привредног друштва (ортаци, комплементари, директори, извршни директори) носиоци су посебних дужности и на основу претходно анализираних ставова чл. 61. ЗПД. Законски заступник може бити не само физичко, већ и правно лице – то може бити друго привредно друштво регистровано у Републици Србији.³⁹⁸ Друштво које има функцију законског заступника ту функцију врши преко свог законског заступника који је физичко лице или физичког лица које је за то овлашћено посебним пуномоћјем издатим у писаној форми (поменута физичка лица су субјекти уписа у регистар привредних субјеката).³⁹⁹ Савремено привредно пословање познаје различите ситуације у којима законски заступник друштва може бити правно лице. Пре свега, ортак и комплементар може бити физичко или правно лице. Директор друштва не мора увек бити физичко лице, већ послови који спадају у делокруг овлашћења директора могу бити поверени специјализованим менаџерским агенцијама или консултантским кућама, које управљају друштвом и воде његове послове. Зато се поставља, као важно, питање какав је утицај на примену института посебних дужности чињеница да и правно лице може бити носилац тих дужности. Могуће је замислити ситуације у којима се посебне дужности могу применити и на правно лице (на пример, правно лице може повредити дужност поштовања забране конкуренције тако што ће

³⁹⁸ ЗПД, чл. 31 ст. 2.

³⁹⁹ ЗПД, чл. 31 ст. 4. и ст. 5.

постати члан конкурентског друштва). Ипак, логика налаже да се институт посебних дужности у већини случајева примењује на физичка лица. То би значило да се у случају када је законски заступник друштва правно лице, посебне дужности примењују на физичко лице из чл. 31 ст. 4. ЗПД, које фактички заступа привредно друштво које је објекат посебних дужности у конкретном случају.

Заступници одређени актом друштва или одлуком надлежног органа, као и конклюдентни заступници, такође, су носиоци посебних дужности према привредном друштву. Ове врсте заступника регулисане су чл. 32 ЗПД као „остали заступници“, па се и језичким, али и циљним тумачењем (узимајући у обзир природу њихових овлашћења, односно могућност да својим поступцима стварају права и обавезе за друштво, при том поседујући степен дискреције у стварању тих права и обавеза) долази до закључка да се институт посебних дужности на њих примењује.

Донекле је спорно да ли су носиоци дужности лојалности пуномоћници по запослењу.⁴⁰⁰ Применом језичког тумачења долазимо до противречних закључака. Са једне стране, пуномоћници по запослењу регулисани су у оквиру одредаба о заступницима, па се може закључити да они као и други заступници имају посебне дужности према друштву.⁴⁰¹ Са друге стране, законодавац за ова лица не користи термин „заступници“, већ их назива пуномоћницима, а пуномоћници нису носиоци дужности према привредном друштву. Применом циљног тумачења долазимо до закључка да пуномоћници по запослењу не би требало да буду носиоци посебних дужности. Посебне дужности примењују се на лица која управљају друштвом, имају значајан утицај на његово пословање и функционисање, и при том поседују извршан степен дискреционих овлашћења приликом вршења управљања и пословођења друштвом. Пуномоћници по запослењу не испуњавају ниједан од наведених критеријума, ако пођемо од егземпларног набрајања лица која се сматрају пуномоћницима по запослењу из чл. 98 ст. 1. ЗОО (продавци у продавницама, лица која обављају одређене услуге у угоститељству, лица на пословима шалтерске службе у пошти, у банци и сл.). Према томе, ЗОО-ом појам пуномоћника по запослењу доведен је у везу са лицима чија је природа посла таква да не намеће потребу за постојањем посебних дужности према друштву тих лица. Ипак, у судској пракси својство

⁴⁰⁰ Лица која као запослени раде у друштву на пословима чије обављање у редовном пословању укључује и закључење или испуњење одређених уговора или предузимање других правних радњи, овлашћена су да као пуномоћници друштва закључују и испуњавају те уговоре, односно предузимају те правне радње у границама послова на којима раде без посебног пуномоћја. (ЗПД, чл. 34.)

⁴⁰¹ Ј. Лепетић (2015), стр. 109.

пуномоћника по запослењу признавано је и лицима са знатно ширим овлашћењима, као што су комерцијални директор, директор кадровског сектора, руководилац градилишта, шеф представништва и сл.⁴⁰² И у домаћој правној литератури предлаже се усвајање ширег схватања овог појма.⁴⁰³ Аргумент у прилог ширем схватању је и чињеница да ЗПД-ом нису наведени било какви примери лица која се сматрају пуномоћницима по запослењу. Због наведене дилеме о ширини појма пуномоћника по запослењу, не можемо дати коначан одговор на питање (не)постојања посебних дужности пуномоћника по запослењу.

Прокура је пословно пуномоћје којим друштво овлашћује једно или више физичких лица да у његово име и за његов рачун закључују правне послове и предузимају правне радње.⁴⁰⁴ Прокура се традиционално сматра најширом формом пуномоћја, а прокуриста лицем које има широка овлашћења,⁴⁰⁵ што и произилази из формулације употребљене у ЗОО, којом је прокуриста одређен као „лице које закључује уговоре и обавља остале послове који су уобичајени у вршењу пословне делатности привредног друштва“.⁴⁰⁶ Пословно пуномоћје има значење општег пуномоћја и прокуриста на основу њега може закључивати све уговоре и обављати друге послове који су уобичајени у вршењу пословне делатности привредног друштва.⁴⁰⁷ У складу са модерним схватањима, усвојеним и у ЗПД, према којима друштво може обављати све делатности, а не само оне које су регистроване,⁴⁰⁸ то се обим овлашћења прокуристе шири и обухвата не само правне послове и радње повезане са регистрованом претежном делатношћу друштва, већ и послове и радње који су у вези са другим делатностима које друштво фактички обавља. Из наведених разлога прокуриста је потпуно оправдано сврстан у круг лица која имају посебне дужности према привредном друштву.

⁴⁰² Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2013, стр. 109.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ ЗПД, чл. 35 ст. 1.

⁴⁰⁵ М. Мићовић (2016), стр. 51.

⁴⁰⁶ ЗОО, чл. 95 ст. 1.

⁴⁰⁷ *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац, Горњи Милановац, 1980, стр. 200.

⁴⁰⁸ Види: ЗПД, чл. 4 ст. 1.

5. Ликвидациони управник и стечајни управник као субјекти дужности лојалности

ЗПД-ом ликвидациони управник сврстан је у групу лица која имају посебне дужности према привредном друштву. Такво решење има своје правно - политичко оправдање. Ликвидациони управник је лице које заступа друштво у поступку ликвидације.⁴⁰⁹ У одлуци о покретању ликвидације друштво именује ликвидационог управника, а правна последица именовања ликвидационог управника је престанак права на заступање свим заступницима друштва.⁴¹⁰ Ако, пак, друштво не именује ликвидационог управника у одлуци о покретању ликвидације, онда сви законски заступници друштва постају ликвидациони управници.⁴¹¹ Према томе, ликвидациони управник фактички ступа на место законских заступника друштва или законски заступници друштва постају ликвидациони управници. Из истих разлога због којих су законски заступници друштва лица са посебним дужностима то својство има и ликвидациони управник.

Слично ликвидационом управнику у поступку ликвидације, стечајни управник у стечајном поступку води послове и заступа стечајног дужника.⁴¹² На први поглед, правни положај стечајног управника једнак је положају ликвидационог управника, директора привредног друштва или било ког другог законског заступника друштва током његовог редовног пословања. Ипак, стечајни управник, потпуно оправдано, није сврстан у круг лица са посебним дужностима према привредном друштву. То произилази из природе, циљева и основних начела стечајног поступка. Циљ стечајног поступка је најповољније колективно намирење стечајних поверилаца остваривањем највеће могуће вредности стечајног дужника, односно његове имовине.⁴¹³ Једно од основних начела овог поступка је начело заштите стечајних поверилаца кроз колективно и сразмерно намирење стечајних поверилаца.⁴¹⁴ Према томе, стечајни управник се приликом вођења послова и заступања друштва у стечају првенствено

⁴⁰⁹ ЗПД, чл. 532 ст. 1.

⁴¹⁰ ЗПД, чл. 529 ст. 2.

⁴¹¹ ЗПД, чл. 529 ст. 2.

⁴¹² Закон о стечају (у даљем тексту: ЗС; *Службени Гласник Републике Србије*, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука Уставног суда и 83/2014), чл. 19 ст. 1.

⁴¹³ ЗС, чл. 2.; детаљније о циљевима стечаја види: Вук Радовић, *Стечајно право*, књига прва, Београд, 2017, стр. 34-37.

⁴¹⁴ ЗС, чл. 3.

руководи интересима стечајних поверилаца, а не привредног друштва у стечају, па зато он није носилац посебних дужности према привредном друштву. То је уједно и основна разлика између ликвидационог и стечајног управника. Ликвидациони управник води послове и заступа друштво које је солвентно, па не постоји опасност да повериоци неће бити намирени. Ипак, приликом примене посебних дужности ликвидационих управника треба имати у виду чињеницу да је један од циљева ликвидационог поступка (али не и једини и главни циљ као код стечаја) намирење поверилаца друштва. Та чињеница може доћи до изражаја приликом тумачења појма „интерес привредног друштва“, који у одређеним случајевима обухвата и интересе поверилаца.

Међутим, треба имати у виду да се стечај у домаћем праву спроводи на два начина: банкротством или реорганизацијом. Претходно речено у вези са посебним дужностима стечајног управника важи за случај спровођења стечаја банкротством, које за последицу увек има престанак привредног друштва над којим је стечај спроведен. Спровођење стечаја реорганизацијом, насупрот томе, може да подразумева наставак постојања и пословања („оживљавање“) привредног друштва које је субјекат стечајног поступка. Један од разлога за спровођење стечаја реорганизацијом је постојање економско оправданих услова за наставак пословања стечајног дужника.⁴¹⁵ За правни режим посебних дужности током трајања реорганизације привредног друштва од значаја су две чињенице: 1) доношењем решења о потврђивању усвајања плана реорганизације престају све последице отварања стечајног поступка;⁴¹⁶ 2) планом реорганизације може (а не мора) бити именован стечајни управник.⁴¹⁷ Једна од правних последица отварања стечајног поступка је престанак заступничких и управљачких права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника и прелазак тих права на стечајног управника.⁴¹⁸ Правне последице отварања стечајног поступка не наступају у случају истовременог отварања и обуставе стечајног поступка према унапред припремљеном плану реорганизације.⁴¹⁹ Према томе, током трајања поступка реорганизације привредног друштва, заступничка и управљачка овлашћења директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриста привредног друштва уопште не престају (када се реорганизација спроводи на основу унапред припремљеног плана реорганизације), или привремено престају и

⁴¹⁵ ЗС, чл. 155 ст. 1.

⁴¹⁶ ЗС, чл. 167 ст. 4.

⁴¹⁷ ЗС, чл. 156 ст. 1 тач. 16.

⁴¹⁸ ЗС, чл. 74 ст. 1.

⁴¹⁹ ЗС, чл. 73 ст. 2.

поново се успостављају након усвајања плана реорганизације (када је план реорганизације поднет након отварања стечајног поступка). На тај начин они остају носиоци посебних дужности према привредном друштву и у поступку реорганизације, али уз потребу посебног узимања у обзир интереса поверилаца кроз поступање у складу са планом реорганизације.⁴²⁰ И у једном и у другом случају, на основу језичког тумачења чл. 156 ст. 1 тач. 16 ЗС, може бити именован стечајни управник. Законодавац не даје одговор на питање какав је делокруг послова стечајног управника током спровођења стечаја реорганизацијом. Чини се да се деловање стечајног управника у поступку реорганизације своди на вршење надзора над спровођењем плана реорганизације и праћење динамике испуњења плана и намирења поверилаца. У обављању таквих послова било би логично и разложно установити посебне дужности стечајног управника према привредном друштву, јер је сврха реорганизације и оживљење привредног друштва и наставак његовог пословања и постојања, а не само намирење поверилаца.

⁴²⁰ Основна дужност реорганизационе управе је спровођење плана реорганизације, па питање у чијем интересу она треба да делује (у интересу поверилаца или привредног друштва) није од пресудног значаја. (Вук Радовић, *Стечајно право*, књига друга, Београд, 2017, стр. 321-322.)

IV Објекат дужности лојалности

Објекат дужности лојалности може бити: 1) привредно друштво; 2) чланови привредног друштва; 3) група привредних друштава. У државама чланицама ЕУ објекат дужности лојалности је привредно друштво, као посебан правни субјекат, а не чланови друштва („власници над друштвом“). У тим земљама овај објекат је универзално прихваћен и неспоран.⁴²¹ Тако је и у српском компанијском праву, јер је ЗПД-ом изричито прописано да посебне дужности постоје према привредном друштву.⁴²² У америчком праву, међутим, објекат дужности лојалности су привредно друштво (корпорација) и његови чланови/акционари (иако амерички судови понекад акционаре не третирају као посебан објекат дужности).⁴²³ У вези са привредним друштвима која послују у оквиру групе друштава, последњих година, посебно у компанијском праву ЕУ, све је актуелније питање признавања групе привредних друштава као објекта дужности. Али, шта год да представља објекат дужности лојалности, најважније питање је заправо питање утврђивања његовог интереса. Интерес објекта дужности лојалности увек је, мање или више, неодређен у потпуности. Дефинисање интереса привредног друштва иначе је једно од најспорнијих питања у компанијском праву. На потпуну и прецизну дефинисаност интереса привредног друштва утиче и чињеница да интереси привредног друштва и интереси његових чланова не морају бити подударни, а и интереси различитих чланова често су чак и супротстављени. Интерес групе привредних друштава посебно је тешко дефинисати због мноштва сукобљених појединачних интереса везаних за пословање групе. Према једном америчком теоретичару, објекат дужности лојалности је са намером учињен неодређеним, у циљу омогућавања директорима друштва да тај објекат одреде самостално, користећи своја дискрециона овлашћења.⁴²⁴ Зато су фидуцијарне дужности динамичне, имају различите бенефицијаре у различитим временским периодима и у различитим привредним друштвима, а те промене би, барем теоријски, требало да

⁴²¹ С. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 63.

⁴²² ЗПД, чл. 61.

⁴²³ Види нпр: Martin Gelter, Genevieve Helleringer, „Constituency Directors and Corporate Fiduciary Duties“, у: Andrew Gold, Paul Miller (ур.), *The Philosophical Foundations of Fiduciary Law*, Oxford, 2014, стр. 304.

⁴²⁴ Andrew Gold, „Dynamic Fiduciary Duties“, *Cardozo Law Review*, бр. 2/2012, стр. 494.

прате и промене у преговарачкој моћи носилаца интереса (стејкхолдера) у једном привредном друштву.⁴²⁵

1. Привредно друштво као објекат дужности лојалности

Утврђивање интереса привредног друштва, као објекта дужности лојалности, нераскидиво је повезано са дефинисањем циља пословања привредног друштва и добро познатим теоријама које тај циљ већ деценијама покушавају да одреде. Ипак, чини се да утицај ових теорија није од великог значаја на практичну примену различитих облика испољавања дужности лојалности.

1.1. Повезаност питања са циљем пословања привредног друштва

Наизглед јасна и недвосмислена констатација да је привредно друштво објекат дужности лојалности води нас ка неким од фундаменталних питања компанијског права – шта је привредно друштво, шта је „интерес привредног друштва“, шта је циљ пословања привредног друштва (енг. *corporate purpose*), је ли интерес исто што и циљ (да ли су ови појмови потпуно подударни). Одговори на ова питања дају смернице, имају улогу водича за управу привредног друштва (и друга лица са посебним дужностима), при управљању, заступању и обављању других послова привредног друштва. Они, такође, чине једноставнијим утврђивање чињенице да ли су лица са посебним дужностима поступала у складу са тим дужностима. У правној литератури се одговори на постављена питања траже кроз различите теорије о циљу пословања привредног друштва, при чему преовладава схватање да се ове теорије заправо баве питањем у чијем интересу би лица са посебним дужностима требало да поступају.

Теорије о циљу пословања привредног друштва окренуте су ка утврђивању циља пословања великих, претежно јавних акционарских друштава. Такво опредељење је разумљиво, јер су пословање и рад великих привредних друштава повезани са бројним, различитим субјектима (мноштво акционара, мноштво поверилаца, запослених,

⁴²⁵ *Ibid.*

потрошача, локална и друштвена заједница итд.), чији интереси су некад испреплетани, некад супротстављени, некад идентични интересима привредног друштва. Зато баш у великим друштвима и постоји потреба за усклађивањем (када је то могуће) или успостављањем хијерархије између интереса различитих конституената. Ситуација у малим привредним друштвима је другачија и обично једноставнија. У њима, када говоримо о објекту дужности, односно његовом интересу, много већи значај има питање постоји ли потреба за прописивањем међусобне дужности лојалности између чланова друштва. То не значи да расправу о циљу пословања привредног друштва треба схватити искључиво као дебату о циљу пословања јавног акционарског друштва. Величина, обим пословања и значај привредног друштва не морају увек бити у вези са правном формом у којој ће оно бити основано. Привредни живот у нашој земљи показује нам да су многе велике и друштвено значајне компаније основане у форми друштва са ограниченом одговорношћу (на пример, FCA Србија д.о.о. Крагујевац).

1.2. Општа разматрања о циљу пословања привредног друштва

Анализа литературе која се бави питањем циља пословања привредног друштва доводи нас до изненађујућих и контрадикторних закључака. Али, једно је сигурно. Дефинисање циља пословања привредног друштва предмет је ранијих, садашњих, а вероватно и будућих научних расправа у оквиру компанијског права. И не само компанијског права. Ово питање предмет је и других научних дисциплина, економије, финансија, пословне етике, организационих наука.⁴²⁶ То је и разумљиво, јер сам израз „циљ пословања“ указује на изворност, суштину и фундаменталност постављеног питања.

Две су основне теорије о циљу пословања привредног друштва: теорија приоритета акционара/чланова (акционарска теорија) и теорија заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву (стејкхолдерска теорија). Оне данас нису једине теорије, које савремено компанијско право познаје. Постоје и многа нова схватања, која у мањој или већој мери подсећају на две основне теорије, или која мање или више успешно комбинују карактеристике једне и друге теорије, по опробаном рецепту покушаја проналажења „средњег пута“, када постоји дилема о

⁴²⁶ Andrew Keay, „Ascertaining the Corporate Objective: An Entity Maximization and Sustainability Model“, *The Modern Law Review*, бр. 5/2008, стр. 664.

исправности екстремних одговора до којих се првобитно дошло. Узимајући у обзир фундаменталност питања циља пословања привредног друштва, делује помало збуњујуће да правна теорија, као ни све друге научне теорије, још увек нису дале јединствен одговор на постављено питање. И, то је, изгледа, једино у чему се слаже већина теоретичара: да одговор још увек не постоји. Одговор се, временом, мењао тако што су у различитим временским раздобљима различите теорије добијале и губиле примат. Данас би се могло поставити питање да ли савремено привредно друштво послује без јасно одређеног циља. То никако не одговара реалности и савременој пословној пракси. Али, и то не умањује значај и потребу даљег трагања за јасно дефинисаним циљем или циљевима пословања привредног друштва.

1.3. Осврт на ток расправе о циљу пословања привредног друштва

„Велика дебата“ о циљу пословања привредног друштва почела је тридесетих година прошлог века на страницама чувене Харвардске правне ревије (енг. *Harvard Law Review*), у којој је објављена научна расправа америчких професора Адолфа Берла и Едвина Мерица Дода.⁴²⁷ Берл је био поборник теорије приоритета акционара/чланова, тврдећи да „сва овлашћења која су додељена привредном друштву, управи привредног друштва или било којој групи унутар друштва, без обзира на то да ли произилазе из закона, оснивачког акта, или и из једног и из другог, у сваком тренутку треба да буду вршена искључиво у интересу акционара/чланова друштва“.⁴²⁸ Дод је имао потпуно другачије виђење циља пословања привредног друштва. Он је сматрао да је једини ваљани циљ друштва онај који не обухвата само стварање новца, већ и обезбеђивање сигурних радних места за запослене, квалитетних производа за потрошаче и давање доприноса развоју читаве друштвене заједнице.⁴²⁹ Он је говорио да је привредно друштво економска институција, које има како друштвену улогу, тако и функцију

⁴²⁷ Неслагања постоје чак и по питању када је научна расправа о циљу пословања привредног друштва почела. Поједини аутори кажу да она траје више од 150 година (Anant K. Sundaram, Andrew C. Inkpen, „The Corporate Objective Revisited“, *Organization Sciences*, бр. 3/2004, стр. 351.), а неки чак да она постоји већ више од 2000 година, односно већ од тренутка када су почели да се појављују први, рудиментарни облици организовања обављања привредне делатности (James P. Walsh, „Introduction to the “Corporate Objective Revisited” Exchange“, *Organization Science*, бр. 3/2004, стр. 349).

⁴²⁸ Adolf A. Berle, Jr., „Corporate Powers as Powers in Trust“, *Harvard Law Review*, бр. 7/1931, стр. 1049.

⁴²⁹ Edwin Merrick Dodd, Jr., „For Whom are Corporate Managers Trustees?“, *Harvard Law Review*, бр. 7/1932, стр. 1156.

стицања добити.⁴³⁰ У првој половини XX века управо је Додово схватање однело превагу. То је признао и његов највећи опонент Берл 1954. године, наводећи тада да је расправа, барем у том тренутку, завршена у корист модела који узима у обзир интересе шире друштвене заједнице.⁴³¹ Ипак, као што је Берл рекао, крај расправе и победа „друштвено одговорне“ теорије била је само привремена. Седамдесетих година прошлог века развија се тзв. Чикашка школа економије слободног тржишта. Ова економска школа циљ привредног друштва сматра врло јасним и једноставним: то је повећање богатства акционара, односно чланова друштва. Најутицајнији представник ове школе свакако је Милтон Фридман, који је тврдио да су акционари власници привредног друштва и да је зато његова једина „друштвена одговорност“ повећање профита акционара/чланова.⁴³² На развој теорије приоритета акционара седамдесетих година, значајан утицај има и рад економиста Џенсена и Меклинга, који акционаре описују као налогодавце, који ангажују директоре да поступају као њихови заступници.⁴³³ Коначно, 2001. године Хансман и Кракман „објављују крај историје компанијског права“, односно да је велика дебата о циљу пословања привредног друштва завршена, и то у корист теорије приоритета акционара/чланова друштва.⁴³⁴ Ипак, последњих година расправе на ову тему поново су актуелне, па се чини да теза о „крају историје“ у овом тренутку више није основана.⁴³⁵

1.4. Теорија приоритета акционара/чланова друштва (акционарска теорија)

Акционарска теорија полази од примарне улоге акционара, односно чланова друштва.⁴³⁶ Циљ пословања привредног друштва је задовољење интереса чланова друштва. Према овој теорији, интерес привредног друштва заправо је властити интерес друштва, односно онај интерес који се конституише у интересу чланова, али тако да он

⁴³⁰ *Ibid.*, стр. 1148.

⁴³¹ Adolf A. Berle, Jr., *The 20th Century Capitalist Revolution*, New York, 1954, стр. 169.

⁴³² Milton Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, N.Y. Times, Sept. 13, 1970 (доступно на <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>, 27.04.2017)

⁴³³ Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, бр. 3/1976, стр. 308.

⁴³⁴ Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „The End of History for Corporate Law“, *Georgetown Law Journal*, бр. 2/2001, стр. 468.

⁴³⁵ О току дебате о циљу пословања привредног друштва у европским земаљама види: Martin Gelter, Genevieve Hellinger, „Lift Not the Painted Veil! To Whom are Directors' Duties Really Owed?“, *University of Illinois Law Review*, бр. 3/2015, стр. 1089-1090.

⁴³⁶ У даљој анализи ове теорије користиће се реч „члан“, којом су обухваћени и акционари.

надилази њихове појединачне интересе.⁴³⁷ Наведена констатација заснива се на разликовању између интереса привредног друштва, као технике организовања предузећа,⁴³⁸ и интереса предузећа, схваћеног у економском смислу.⁴³⁹ Интерес чланова друштва није једноставно одредити, али се он претежно своди на остваривање што веће добити привредног друштва, која се потом, путем дивиденде, расподељује члановима.

Задовољење интереса чланова привредног друштва, као примарни циљ пословања друштва, према акционарској теорији, дефинисано је употребом сличних, али не и истих појмова. Тако се као циљ наводи приоритет чланова (eng. *shareholder primacy*), што делује као најшира формулација. Говори се и о повећању, односно максимизацији богатства чланова (eng. *shareholder wealth maximization*), али и о стварању вредности за чланове (eng. *shareholder value*). У правној литератури постоје различити ставови о односу између наведених појмова. Према појединим ауторима, ради се о синонимима, који се могу користити у заменљивом значењу.⁴⁴⁰ Бејнбриц, пак, сматра да се ради о појмовима који изражавају различите концепте. Појам „приоритет чланова“ подразумева модел одлучивања у коме крајња контрола („завршна реч“) припада члановима друштва, док „максимизација богатства чланова“ означава шта је заправо циљ и водиља управи друштва приликом доношења пословних одлука.⁴⁴¹ Приоритет чланова схваћен у овом смислу у складу је не само са акционарским, већ и са стејкхолдерским теоријама, што може бити од великог значаја за континентално - европске правне системе, који су традиционално усмеренији ка стејкхолдерским теоријама.⁴⁴² Ова научна расправа није само терминолошке, већ и суштинске природе. Појам приоритет чланова, према Бејнбрицовом схватању, има два значења: 1) циљ пословања привредног друштва треба да буде максимизација богатства чланова; 2) чланови имају крајњу контролу над пословањем друштва.⁴⁴³ Кеј истиче да се ово схватање, као вид акционарске теорије, временом развијало, готово у потпуности, ка

⁴³⁷ Миодраг Мићовић, „Фидуцијарне дужности и одговорност“, у: Божин Влашковић (ур.), *Правна мисао у срцу Шумадије*, Крагујевац, 2012, стр. 497.

⁴³⁸ М. Васиљевић (2013б), стр. 51.

⁴³⁹ Šime Ivanjko, „Suprotni ili jedinstveni interesi u trgovačkom društvu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (посебан број), 2006, стр. 167.

⁴⁴⁰ Andrew Keay, „Shareholder Primacy in Corporate Law: Can It Survive? Should It Survive“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 3/2010, стр. 370.

⁴⁴¹ Steven Bainbridge, „Director Primacy: the Means and Ends of Corporate Governance“, *Northwestern University Law Review*, бр. 2/2003, стр. 574.

⁴⁴² Paul Krüger Andersen, Evelyne Juliane Beatrix Sørensen, „The Principle of Shareholder Primacy in Company Law from a Nordic and European Regulatory Perspective“, у: Hanne S. Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (ур.), *The European Financial Market in Transition*, Alphen aan den Rijn, 2011, стр. 178.

⁴⁴³ S. Bainbridge, стр. 573.

првом значењу. Тако он појам приоритет чланова изједначава са стварањем што више богатства за чланове друштва. То једноставно значи да управа друштва треба да ради на томе да створи што више новца за чланове.⁴⁴⁴ Према овом схватању акционарске теорије, интереси других стејкхолдера подређени су интересима чланова друштва. Њихови интереси могу бити од значаја и у примени ове теорије, али само ако то доприноси свеукупном повећању богатства чланова.⁴⁴⁵

САД и Велика Британија традиционално се сматрају земљама које прихватају акционарску теорију.⁴⁴⁶ Последњих година и Европска унија прави корак ка усвајању акционарског модела, на шта указује све чешће позивање на принципе, попут активног власништва, акционарског активизма, акционарске демократије и сл.⁴⁴⁷ Андерсен и Соренсен сматрају да је принцип приоритета чланова заједнички принцип европског права, чије се значење разликује од значења овог принципа у САД.⁴⁴⁸ Усвајање овог принципа, према „европском значењу“, не значи да привредна друштва не могу да следе друге, друштвено корисне интересе.⁴⁴⁹ Међутим, ти интереси нису примарни циљ друштва, већ они треба да буду и јесу регулисани посебним прописима. Те прописе друштва треба да следе и поштују, а на члановима друштва је да одлуче да ли ће друштво ићи и корак даље и усвојити принципе, који ће ићи изван те регулативе.⁴⁵⁰ Поменути аутори своје ставове заснивају управо на горе поменутом Бејнбрицовом схватању појма приоритета акционара.⁴⁵¹

Принцип приоритета акционара није обавезујућа правна норма, пошто се у законодавству никада изричито не одређује да је циљ пословања привредног друштва увећавање богатства чланова друштва. Ипак, овај принцип у великој мери утиче на праксе корпоративног управљања (посебно у земљама англосаксонског правног круга,

⁴⁴⁴ А. Кеау (2010а), стр. 375.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, стр. 376.

⁴⁴⁶ К. Норт (2011), стр. 28.

⁴⁴⁷ European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Action plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, Strasbourg, 2012, COM (2012) 740 final.

⁴⁴⁸ P.K. Andersen, E.J.B. Sørensen, стр. 196.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ *Ibid.*

⁴⁵¹ О позитивним и негативним странама теорије приоритета акционара/чланова друштва детаљније у: Борко Михајловић, „Циљ пословања привредног друштва – само стицање добити или још нешто?“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, стр. 145-148.

али и у ЕУ), па се сматра да он данас постоји као опште прихваћена друштвена норма.⁴⁵²

1.5. Теорија заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву (стејкхолдерска теорија)

Теорија заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву полази од тога да, поред чланова, постоје и друге групе или појединци, унутар и изван привредног друштва, које су заинтересоване за његово пословање, а које, такође, доприносе том пословању, развоју друштва, његовом капиталу. Циљ пословања привредног друштва је задовољење интереса свих носилаца интереса за пословање друштва (стејкхолдера). Интерес привредног друштва, према овим теоријама, заправо је интерес предузећа, који обухвата не само интересе чланова, већ и интересе других стејкхолдера.⁴⁵³ Концепт постојања „интереса предузећа“ (нем. *Unternehmensinteresse*) као врховног интереса који треба следити у пословању акционарског друштва карактеристичан је за немачко компанијско право.⁴⁵⁴ Интерес предузећа је и у стварању добрих услова рада, високих одговарајућих резерви и повећању улоге рада у смислу да радници остварују што веће плате и доприносе, као и да имају што веће учешће у расподели добити предузећа.⁴⁵⁵

Стејкхолдерска теорија циља пословања привредног друштва тај циљ види у стварању и расподели богатства и вредности, створених пословањем привредног друштва, свим групама стејкхолдера (носилаца интереса), без давања предности, фаворизовања неке од тих група на штрб друге.⁴⁵⁶ Према овом схватању, суштина привредног пословања је да сви носиоци интереса или још шире посматрано – сви учесници на тржишту имају дугорочне користи од тог пословања. Стејкхолдери заслужују да се сматрају циљем, а не само средством за постизање циља.⁴⁵⁷ У свом чистом облику, ова теорија не захтева само пуко уважавање, разматрање, узимање у

⁴⁵² David Rönnegard, N. Craig Smith, „Shareholder Primacy as an Impediment to Corporate Social Responsibility“, у: Maria Cecilia Coutinho de Arruda, Boleslaw Rok (ур.), *Understanding Ethics and Responsibilities in a Globalizing World*, Berlin, 2016, стр. 49-50.

⁴⁵³ Миодраг Мићовић, „The Interest of a Commercial Company and the Liability of its Management in Serbia“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2012, стр. 138-139.

⁴⁵⁴ H. Fleischer (2015), стр. 21.

⁴⁵⁵ Š. Ivanjko, стр. 170.

⁴⁵⁶ Andrew Keay, „Stakeholder Theory in Corporate Law: Has It Got What It Takes?“, *Richmond Journal of Global Law and Business*, бр. 3/2010, стр. 256.

⁴⁵⁷ R. Edward Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984, стр. 46.

обзир интереса других стејкхолдера, поред интереса чланова друштва, већ равноправан третман свих тих носилаца интереса.⁴⁵⁸

Фриман, оснивач стејкхолдерске теорије, појам стејкхолдера је дефинисао као било коју групу или појединца који може утицати на остваривање циљева привредног друштва или на кога утиче остваривање тих циљева.⁴⁵⁹ У теорији се могу пронаћи многе сличне дефиниције. На пример, стејкхолдери су групе и појединци који сnose последице (корист и штету) од пословних поступака једног привредног друштва.⁴⁶⁰ Слично томе, ККУ дефинише носиоце интереса за пословање друштва као физичка или правна лица, групе лица, или организације које утичу или могу утицати на активности друштва или које могу бити погођене активностима друштва.⁴⁶¹ Стејкхолдери у једном привредном друштву несумњиво су акционари/чланови друштва, повериоци, запослени, управа (директори, чланови надзорног одбора), друштво у социолошком смислу (држава), а према неким схватањима и потрошачи.⁴⁶²

Земље које традиционално усвајају овај модел или барем нагињу ка њему су скандинавске земље, као и Аустрија, Немачка и Холандија.⁴⁶³ Иако се САД готово без изузетка повезују са теоријом приоритета акционара/чланова друштва, треба напоменути да су осамдесетих година прошлог века бројне америчке савезне државе (прва је то учинила Пенсилванија 1983. године) усвојиле законе који дозвољавају управи привредног друштва да у поступку одлучивања размотри интересе свих стејкхолдера (енг. *constituency statutes*). Ови закони донети су у временима учесталих непријатељских преузимања акционарских друштава, као одговор савезних држава на ту појаву, а са циљем задржавања друштава у оквиру савезне државе доносиоца закона, али и како би се сачувала радна места и омогућио несметани привредни развој.⁴⁶⁴ Ипак, разлог доношења и сврха поменутих закона не умањују њихов шири значај и чињеницу да они представљају барем мали корак америчког корпоративног права према

⁴⁵⁸ О позитивним и негативним странама теорије заступљености различитих носилаца интереса у привредном друштву детаљније у: Б. Михајловић (2017), стр. 150-152.

⁴⁵⁹ А. Кеау (2008), стр. 674.

⁴⁶⁰ Domenec Mele, „Corporate Social Responsibility Theories“, у: Andrew Crane, Abigail McWilliams, Dirk Matten, Jeremy Moon, Donald S. Siegel (ур.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, 2008, стр. 63.

⁴⁶¹ ККУ (речник појмова).

⁴⁶² Мирко Васиљевић, „Друштвена одговорност компанија (од политике, преко морала до права)“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013, стр. 14-15.

⁴⁶³ К. Норт (2011), стр. 28.

⁴⁶⁴ Joseph R. Shealy, „The Corporate Identity Theory Dilemma: North Carolina and the Need for Constructionist Corporate Law Reform“, *North Carolina Law Review*, бр. 2/2016, стр. 690-691.

стејкхолдерском моделу циља пословања привредног друштва.⁴⁶⁵ Тако се све чешће и у америчкој правној литератури наводи да се амерички систем корпоративног права погрешно посматра као систем усмерен искључиво ка остваривању добити акционара.⁴⁶⁶ Коначно, Штут иде корак даље и принцип приоритета чланова у америчком праву назива митом, који штети инвеститорима, корпорацијама и читавом друштву.⁴⁶⁷

1.6. Циљ пословања привредног друштва у британском праву

Савремена теорија циља пословања привредног друштва која је несумњиво привукла највише пажње академске и стручне јавности последњих година је теорија усвојена у британском Закону о компанијама из 2006. године. Слободан, мада не и идеалан, превод пажљиво смишљене енглеске кованице *enlightened shareholder value* могао би да гласи „просвећено стварање вредности за акционаре/чланове друштва“ као ново схватање општег циља пословања привредног друштва. Ово схватање привукло је пуно пажње и због тога што је Велика Британија историјски недвосмислено прихватила теорију приоритета акционара/чланова друштва. Оно је кодификовано у оквиру одредбе која прописује дужност директора да промовишу успех компаније у корист чланова као групе/колектива, узимајући у обзир и: могуће дугорочне последице било које одлуке, интересе запослених, потребу компаније да развија пословне односе са својим добављачима, потрошачима и др., утицај пословања компаније на заједницу и животну средину, жељу да компанија одржи своју репутацију високих стандарда пословања и потребу правичног поступања унутар друштва.⁴⁶⁸ Ова одредба брзо је постала предмет живе анализе правне теорије. Неки је схватају као доказ да се британско компанијско право креће ка усвајању стејкхолдерског модела, док други истичу да овај модел представља потпуно нови модел – „средњи пут“ између две

⁴⁶⁵ Делавер, као најутицајнија америчка савезна држава у области корпоративног права, једна је од ретких држава која није усвојила неки облик закона који дозвољава управи друштва узимање у обзир интереса различитих стејкхолдера, али судска пракса ове државе дозвољава директорима да размотре интересе других стејкхолдера све док постоји разумна веза са дугорочним интересима корпорације и акционара (најпознатија пресуда у овом смислу је у случају *Paramount v. Time*).

⁴⁶⁶ Steven M.H. Wallman, „Understanding the Purpose of a Corporation: an Introduction“, *Journal of Corporation Law*, бр. 4/1999, стр. 817.

⁴⁶⁷ Lynn Stout, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public*, San Francisco, 2012, стр. V-VI.

⁴⁶⁸ СА, чл. 172 ст. 1.

деценијама супротстављене теорије.⁴⁶⁹ Одредба се може тумачити на два начина: 1) интереси стејкхолдера могу бити од значаја само у процесу стварања богатства за акционаре/чланове; 2) интереси стејкхолдера од значаја су без обзира на то да ли су повезани са интересима акционара/чланова.⁴⁷⁰ Одговор се вероватно може пронаћи у документима британске Водеће групе за ревизију компанијског права (*Company Law Review Steering Group*), која се у свом раду и залагала за усвајање принципа просвећеног стварања вредности за акционаре/чланове друштва. Тако се у једном од извештаја ове групе, између осталог, наводи да „директори треба да поступају у најбољем колективном интересу акционара/чланова“, али и да нови приступ не подразумева „усмереност ка краткорочним финансијским интересима“, већ захтева инклузиван приступ који вреднује стварање дугорочних односа.⁴⁷¹ Према томе, чини се да принцип приоритета акционара и даље остаја полазна основа приликом одређивања циља пословања привредног друштва у британском праву. Уосталом, и језичким тумачењем поменуте одредбе закључује се да се од директора захтева само да „имају у виду“, односно „узму у обзир“ (енг. *have regard to*) интересе изричито наведене у чл. 172 ст. 1. СА.⁴⁷²

Теорија просвећеног стварања вредности за чланове друштва прихваћена је и у Моделу Европског компанијског закона, којим је у оквиру одредбе посвећене дужности лојалности прописано да директори морају да поступају на начин за који сматрају да ће највероватније промовисати успех привредног друштва у корист чланова као групе/колектива. У таквом поступању директор треба да има у виду низ фактора, као што су дугорочни интереси привредног друштва, интереси запослених у друштву, интерес поверилаца и утицај пословања привредног друштва на друштвену заједницу и животну средину.⁴⁷³

⁴⁶⁹ Andrew Keay, Hao Zhang, „An Analysis of Enlightened Shareholder Value in Light of *ex post* Opportunism and Incomplete Law“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 4/2011, стр. 452.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, стр. 453-454.

⁴⁷¹ Department of Trade and Industry, *Company Law Review, Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the Framework*, London, 2000 (доступно на <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20121029131934/http://www.berr.gov.uk/files/file23248.pdf>, 27.04.2017.)

⁴⁷² О значењу израза „have regard to“ у овом контексту види: А. Кеау (2014), стр. 159-166.

⁴⁷³ ЕМСА, чл. 9.04.

1.7. Утицај утврђеног циља пословања на облике испољавања дужности лојалности

Основни циљ пословања привредног друштва садржан је у самој дефиницији појма привредног друштва.⁴⁷⁴ То је стицање добити, што је неспорна истина и „(не)оборива претпоставка“⁴⁷⁵ компанијског права.⁴⁷⁶ Остваривање других, пратећих, а истовремено неопходних циљева (интереси других стејкхолдера), у директној је вези са доношењем конкретних пословних одлука у сваком привредном друштву, а нарочито одлуком о расподели и усмеравању стечене добити. Сваки други циљ (мимо основног) производ је или последица воље, односно одлуке самог привредног друштва.⁴⁷⁷ Интерес привредног друштва нераскидиво је повезан са циљем пословања привредног друштва, он из њега произилази, он мора бити у функцији остваривања циља пословања друштва. „Интерес привредног друштва“ је правни стандард који се мења, прилагођава и зависи од околности конкретног случаја.⁴⁷⁸ Њега утврђује управа друштва у поступку доношења пословних одлука. Улога правног стандарда „интерес привредног друштва“ је контрадикторна: он служи ограничењу овлашћења управе друштва, прописивањем обавезе поступања у интересу друштва, али он истовремено додељује тој истој управи широк степен дискреције приликом његовог дефинисања, одређивања у конкретном случају.

Да ли су и у којој мери бројне научне расправе о циљу пословања и интересу привредног друштва практично примењиве и релевантне за конкретне облике испољавања дужности лојалности? Другим речима, да ли се и како супротност интереса између различитих носилаца интереса у једном привредном друштву одражава у примени четири посебне дужности, које сматрамо појавним облицима дужности лојалности у српском праву, као и да ли и како утврђивање објекта дужности утиче на исту примену? Дужност лојалности подразумева рад у најбољем интересу друштва, али то не мења чињеницу да у великом броју ситуација, које представљају конкретизацију ове дужности, нема различитости интереса између привредног друштва

⁴⁷⁴ ЗПД, чл. 2.

⁴⁷⁵ Претпоставку би могли оборити једино акционари/чланови друштва доношењем одлуке да стицање добити није основни циљ пословања, али такви случајеви су готово незабележени, осим у посебним правним формама обављања привредне делатности, које по самом закону немају стицање добити за циљ (на пример, социјална предузећа).

⁴⁷⁶ О значају стицања добити у компанијском праву види: Rolf Skog, „The Importance of Profits in Company Law – a Comment from a Swedish Perspective“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 4/2015, стр. 565.

⁴⁷⁷ Б. Михајловић (2017), стр. 155.

⁴⁷⁸ Зоран Арсић, „Интерес акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1998, стр. 53.

и чланова друштва, као и других носилаца интереса у привредном друштву. Одавање пословне тајне, коришћење имовине, информација друштва у сопственом интересу, као и злоупотреба положаја у друштву понашања су која ни на који начин не могу бити ни у интересу привредног друштва, ни у интересу чланова друштва, а ни других носилаца интереса. Исто важи и за кршење забране конкуренције када за то не постоји одобрење надлежног органа (конкурисање друштву може бити у интересу привредног друштва, односно не мора нарушавати тај интерес, али та процена је на надлежном органу привредног друштва приликом давања одобрења). Закључивање правних послова и предузимање правних радњи у којима постоји лични интерес лица са дужностима и коришћење пословних могућности друштва ситуације су у којима лица са дужностима имају неку врсту дискреционог права да претходно одлуче да ли ће поступити у складу са обавезом пријављивања правног посла, радње или пословне могућности надлежном органу привредног друштва. Обе ситуације подразумевају дискреционо право лица са посебним дужностима да процени да ли постоји потреба пријављивања правног посла, радње или пословне могућности надлежном органу привредног друштва. У том претходном одлучивању у обе наведене ситуације утврђени интерес привредног друштва, као објекта дужности, веома је значајан. У првој ситуацији, можда мање, због чињенице да обавеза пријављивања правног посла или правне радње постоји код свих послова и радњи дефинисаних законом. У другој ситуацији, свакако више, јер се ради о процени „припадности“ настале, постојеће пословне могућности. Чини се да, можда, највећи значај у примени појавних облика дужности лојалности прецизно и јасно утврђени интерес има (или треба да има) у судским поступцима покренутим ради доказивања постојања повреде било које од четири дужности, или доказивања непостојања повреде (пример: судска оцена поштења посла или радње са личним интересом, коју ЗПД познаје као вид тзв. „сигурне луке“ за лица са посебним дужностима чак и када нису поступила у складу са дужношћу пријављивања правног посла или радње).

2. Чланови привредног друштва као објекат дужности лојалности

Чланови привредног друштва могу бити објекат дужности лојалности на два начина: непосредно и посредно. Најзначајнија практична разлика између ова два начина појављивања својства објекта је у томе што, као непосредни објекат, чланови остварују директан правни однос са лицима - носиоцима дужности и постају активно легитимисани у случају наступања евентуалне повреде дужности. Питање објекта дужности лојалности од посебног је значаја у друштвима лица, јер у њима чланови друштва често имају својство непосредног објекта дужности.

2.1. Чланови друштва као непосредан и посредан објекат дужности лојалности

Чланови друштва постају непосредни објекат дужности на неколико начина. Пре свега, стицање тог својства може бити прописано законом или прихваћено у судској пракси. Но, без обзира на правни основ дужности према члановима, они никада нису једини, самостални објекат дужности лојалности, већ су то увек заједно са привредним друштвом (као што је случај у америчком праву). И у европским правним системима, а посебно у земљама *common law* правне традиције, постоје ситуације у којима директори имају дужности и према члановима друштва.⁴⁷⁹ Тако, на пример, у Енглеској директор има непосредне дужности према акционарима ако постоји „посебан фактички однос“ између директора и акционара.⁴⁸⁰ Већ је било говора о томе да неки правни системи (САД, Немачка) познају посебне дужности већинских и/или контролних чланова према мањинским, који тако постају објекат дужности лојалности. Непосредан правни однос између лица са посебним дужностима и чланова привредног друштва (али и других стејкхолдера) може произаћи и из примене општих правила грађанског права, односно правила о вануговорној одговорности (општа забрана проузроковања штете другом).⁴⁸¹ Опште клаузуле деликтног права које постоје у многим правним системима који се заснивају на француској правној традицији могу бити посебно погодне за успостављање таквог непосредног правног односа, с обзиром да оне могу бити основ

⁴⁷⁹ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 64.

⁴⁸⁰ A. Keay (2014), стр. 53.

⁴⁸¹ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 64.

одговорности за било коју штету проузроковану намерно или непажњом.⁴⁸² Наш ЗПД признаје право на индивидуалну тужбу члановима друштва у случају када је повредом посебних дужности њима проузрокована штета.

Чланови друштва посредно постају објекат дужности лојалности и онда када је привредно друштво једини објекат те дужности, као што је то у нашем правном систему. Наиме, која год теорија о циљу пословања привредног друштва да је прихваћена (акционарска или стејкхолдерска), и једна и друга уважавају (потпуно или делимично) интересе чланова друштва, као најважнијих носилаца интереса у вези са пословањем друштва. Акционарска теорија потпуно је усмерена ка њиховим интересима, док стејкхолдерска теорија балансира између интереса чланова и интереса других конституената. Закључак је да, чак и када члановима друштва правом није признато својство објекта дужности лојалности, они тај објекат, у мањој или већој мери, увек постају посредно кроз интерес привредног друштва, као примарног објекта дужности.

2.2. Објекат дужности лојалности у друштвима лица

Признавање члановима друштава лица (ортацима, комплементарима, командиторима) статуса објекта дужности лојалности, односно постојање међусобне, узајамне дужности лојалности између чланова, од посебног је значаја због специфичне природе односа између чланова ове врсте привредних друштава. Већ је речено да су ортаци и комплементари, како у српском, тако и у упоредном праву, субјекти дужности лојалности. Објекат те дужности у друштвима лица могу бити: привредно друштво, други ортаци и комплементари (евентуално и командитори), или и привредно друштво и ортаци и комплементари. Постојање међусобне дужности лојалности између чланова друштава лица, упоредно – правно, зависи од неколико фактора, од којих су три кључна: 1) (не)постојање правног субјективитета ортачког друштва и са тим повезано питање различитих врста ортачких друштава које различити правни системи познају, 2) постојање узајамног, међусобног заступања ортака и 3) непостојање одвојености власништва од управљања.

Концепт постојања међусобних посебних дужности између чланова друштава лица постоји у земљама у којима ортачка друштва немају правни субјективитет, па

⁴⁸² *Ibid.*, стр. 64-65.

самим тим у таквим правним системима не може ни постојати посебна дужност према ортачком друштву (Немачка, САД, Енглеска). Ортачко друштво у таквим правним системима обично се дефинише као група људи који удружују своја средства и поступају као узајамни, међусобни заступници (агенти) и налогодавци (принципали) у сврху постизања заједничког циља. Наглашава се значај „међуперсоналног мешања талената и имовине ортака“.⁴⁸³ Ипак, и у тим земљама, постојање режима имовине тзв. заједничке руке⁴⁸⁴ производи исте правне последице као и у правним системима који ортачким друштвима признају правни субјективитет.⁴⁸⁵ У немачком и америчком праву ортачко друштво сматра се правном заједницом, са сопственом имовином, која је одвојена од имовине ортака.⁴⁸⁶ Другим речима, не постоје значајне практичне разлике у функционисању ортачког друштва у правним системима у којима је ортачко друштво правно лице и системима у којима му се тај статус не признаје.

Ортаци и комплементари имају широка овлашћења у заступању и вођењу послова друштва. У британском праву, примера ради, сваки ортак је заступник друштва, али и других ортака, те сваки његов поступак у својству заступника друштва правно обавезује не само друштво, већ и остале ортаке.⁴⁸⁷ У домаћем праву ортаци и комплементари законски су заступници привредног друштва, не и осталих чланова друштва. Међутим, то не умањује њихов утицај на правни положај других чланова друштва. Услед неограничене одговорности ортака и комплементара, сваки поступак било ког ортака или комплементара у вођењу послова и заступању друштва може имати значајан утицај на имовински положај других ортака и комплементара.

У друштвима лица не долази до одвајања власништва од управљања, односно не постоји потреба за решавањем првог агенцијског проблема корпоративног управљања. У њима је заступање и вођење послова друштва најчешће у рукама једног, неколицине или свих ортака/комплементара. Чак и када је власништво одвојено од управљања, што све више постаје потреба и у малим и средњим привредним друштвима (потреба професионализације менаџмента), чланови друштва могу вршити ефикасну контролу над обављањем послова лица ангажованог да управља друштвом. Рибштејн у свом утицајном чланку који се бави питањем да ли су ортаци фидуцијари управо полази од овог аргумента и наглашава да фидуцијарни однос настаје услед уговорног преноса

⁴⁸³ А. Сahn, D. Donald, стр. 25.

⁴⁸⁴ Види: РА, чл. 20.

⁴⁸⁵ М. Васиљевић (2013б), стр. 153.

⁴⁸⁶ Види нпр: УРА, чл. 201(а) и чл. 203.

⁴⁸⁷ РА, чл. 5.

широких овлашћења над нечијом имовином.⁴⁸⁸ Пренос широких овлашћења подразумева стицање права на вођење послова, односно управљање, које није предмет ограничења, попут активног надзора бенефицијара („власника“ друштва) или његовог овлашћења на давање одобрења за закључење одређених правних послова или предузимање правних радња.⁴⁸⁹ Из овог схватања произилази да успостављање посебне дужности лојалности није неопходно у друштвима лица, у којима се од ортака и комплементара очекује да буду активни, односно заинтересовани за пословање друштва и укључени у његов рад, чак и када су ангажовали професионалног менаџера. Према Рибштејну, потреба за постојањем дужности лојалности у друштвима лица постоји само када овлашћење за вођење послова и заступање друштва има један или више ортака или комплементара (не сви), па онда ти „ортаци менаџери“ треба да буду субјекат дужности према „пасивним ортацима“.⁴⁹⁰ Примена овог схватања подразумевала би увођење дужности лојалности комплементара према командиторима.

ЗПД не прописује било какво посебно правило у погледу објекта дужности лојалности у друштвима лица. Њиме је индиректно препознато постојање обавеза једног ортака/комплементара према другим ортацима/комплементарима, одредбом којом се регулише судска одлука о ликвидацији друштва. Оправдан разлог за доношење те одлуке постоји ако суд нађе да је ортак, са намером или грубом непажњом, повредио своју обавезу према друштву *или другим ортацима*, а што је имало утицаја на пословање друштва.⁴⁹¹ Међутим, то правило свакако није основ за наметање опште, узајамне дужности између чланова друштава лица. Таква узајамна дужност била је прихваћена у ЗПД 2004, којим је било прописано да су у случају ортакског друштва, дужности према друштву истовремено и дужности према ортацима друштва, ако оснивачким актом или уговором ортака није другачије одређено.⁴⁹² Узимајући у обзир изражен персонални карактер односа између чланова друштава лица, њихову неограничену одговорност услед које свака радња заступања једног ортака/комплементара може директно утицати на имовински положај другог, непостојање првог агенцијског проблема, изложена упоредно – правна решења и теоријска схватања, чини се да има смисла (поново) признати постојање узајамних

⁴⁸⁸ L. Ribstein (2005), стр. 212.

⁴⁸⁹ *Ibid.*

⁴⁹⁰ *Ibid.*, стр. 238-240.

⁴⁹¹ ЗПД, чл. 118 ст. 2 тач. 1.

⁴⁹² ЗПД 2004, чл. 40 ст. 2.

дужности између ортака/комплементара и у српском праву. Другим речима, објекат дужности лојалности треба проширити и на друге ортаке/комплементаре.

3. Група привредних друштава као објекат дужности лојалности

Привредна друштва која послују у оквиру групе представљају правно самосталне, али економски повезане целине.⁴⁹³ Стога се не може занемарити реалност привредног живота и чињеница да група привредних друштава постоји и функционише као група ради остварења циљева групе.⁴⁹⁴ Ти циљеви могу бити различити: стицање добити, расподела ризика, ширење пословања, избегавање негативних токова на тржишту, побољшање управљања и сл.⁴⁹⁵ За групу привредних друштава, као објекат дужности лојалности, од посебног је значаја одређивање интереса групе у складу са циљевима функционисања групе. Одређивање интереса групе није нимало једноставно, због бројних, често несагласних, интереса који постоје у оквиру групе: интерес доминантног друштва, интерес зависних друштава, интерес акционара доминантног друштва, интерес доминантног друштва као акционара у зависним друштвима, интерес спољних акционара зависних друштава, интерес поверилаца доминантног друштва и интерес поверилаца појединих зависних друштава, интерес запослених матичног друштва, интерес запослених у зависним друштвима, интерес управе матичног друштва, интерес управа зависних друштава, интерес државе седишта матичног друштва, интерес држава седишта зависних друштава, интерес локалне заједнице седишта матичног друштва, интерес локалних заједница седишта зависних друштава.⁴⁹⁶

Издавају се три начина дефинисања интереса групе привредних друштава: 1) интерес групе је збир свих појединачних интереса друштава која чине групу; 2) интерес групе је идентичан интересу матичног друштва; 3) интерес групе је посебан интерес, различит од скупа појединачних интереса („скупни интерес свих њених чланица који се

⁴⁹³ М. Мићовић (2016), стр. 105.

⁴⁹⁴ За потребе овог рада појам групе привредних друштава схваћен је шире у односу на појам групе друштава (концерн) из ЗПД. „Групу чине два или више правно самосталних и повезаних друштава, тако да представљају економско јединство тиме што су подвргнута под јединствену управу путем контроле над једним или више других друштава“. (Т. Јевремовић Петровић, стр. 124.)

⁴⁹⁵ *Ibid.*, стр. 208.

⁴⁹⁶ Мирко Васиљевић, „Субјективитет групе друштава („интерес групе“ – стварност и/или фикција)“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, Београд, 2015, стр. 13.

остварује координисаном политиком у одређеном временском периоду“).⁴⁹⁷ Упоредно - правно посматрано, интерес групе потпуно је признат у уговорним групама (засноване најчешће на уговору о контроли и управљању). У признавању интереса фактичке групе, као врсте групе, најдаље је отишло француско право, које је развило посебну тзв. *Rozenblum* доктрину. Поменута доктрина извршила је утицај и на друге земље сродне француској правној традицији.⁴⁹⁸ Питање интереса групе привредних друштава предмет је посебне пажње европског законодавца и правне теорије европског компанијског права последњих година, па се може очекивати да оно буде и регулисано компанијским правом ЕУ у будућности и да интерес групе друштава, у некој мери, буде признат као легитиман и приликом примене посебних дужности у групама друштава.

За примену посебних дужности у привредним друштвима која функционишу и послују као део групе, значајна је могућност постојања различитог или конкурентног интереса између групе друштава и неког од зависних друштава приликом доношења пословних одлука, управљања и заступања зависног друштва (можемо претпоставити да таква неподударност неће постојати између интереса групе и интереса матичног друштва). Када би интерес групе био законски признат, онда би то значило и промену правног режима посебних дужности у групама у смислу промене или проширења објекта дужности. У случају постојања посебног интереса групе привредних друштава као објекта посебних дужности, приликом закључивања неког правног посла или предузимања неке правне радње штетне за зависно друштво, према коме директори или друга лица са дужностима имају, такође, посебне дужности, они (она) неће повредити своје посебне дужности, уколико су успели да пронађу равнотежу између предности и недостатака припадности групи.⁴⁹⁹ То значи да ће одлука директора зависног друштва која није била у интересу зависног друштва, већ групе или можда матичног друштва, бити правно ваљана, али само ако зависно друштво дугорочно има неке користи од такве одлуке, ако се може очекивати да ће у будућности нека друга слична одлука бити донета искључиво у интересу зависног друштва, ако матично друштво надокнади евентуалну штету коју зависно друштво трпи као последицу те одлуке итд. Треба водити рачуна и о томе да у случају доношења одлука заснованих на интересу групе мора постојати одговарајућа заштита интереса поверилаца и мањинских чланова

⁴⁹⁷ Т. Јевремовић Петровић, стр. 209-213.

⁴⁹⁸ Више о *Rozenblum* доктрини у: *Ibid.*, стр. 226-231.

⁴⁹⁹ Pierre-Henri Conac, „Legalizing the Interest of the Group at the European Level“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 2/2013, стр. 195.

зависног друштва, јер при доношењу ових одлука пресудни утицај остварује матично друштво.⁵⁰⁰

Утицај евентуалног признавања интереса групе, као легитимног интереса, на примену дужности пажње је и више него очигледан, јер би лица која су субјекти дужности у свакој чланици групе, приликом доношења свакодневних пословних одлука, морала да поступају у интересу групе, а не друштва у којем заузимају положај из којег произилази њихова посебна дужност. Признавање интереса групе имало би значајне последице и на примену дужности лојалности. Правни послови између друштава унутар групе честа су појава, а пошто се ту ради о пословима са повезаним лицима у већини правних система они су предмет дужности пријављивања и одобрења, као једног од најзначајнијих појавних облика дужности лојалности. Ти послови могу имати функцију средства присвајања имовине зависног друштва од стране матичног друштва. Они могу бити недозвољени ако се посматрају са аспекта интереса зависног друштва, али резултат може бити другачији ако се њихова дозвољеност посматра са аспекта интереса групе друштава.

У важећем српском праву не постоје посебна правила о интересу групе, па лица са дужностима, без обзира да ли је друштво део групе или не, те дужности имају искључиво према привредном друштву у коме имају статус предвиђен законом за настанак посебних дужности. Важно је напоменути да наш ЗПД у делу, који се односи на уговор о контроли и управљању садржи две одреднице, рекли бисмо, веома значајне за групу друштава, као евентуални објекат дужности. Наиме, у случају постојања уговора о контроли и управљању, контролно друштво има право да даје обавезујућа упутства зависном друштву о начину вођења послова, руководећи се *интересима групе*. Ова упутства директори контролног друштва дужни су да контролисаном друштву дају са пажњом доброг привредника, а њихове посебне дужности (све законом прописане дужности) проширују се и на контролисано друштво. Овим одредбама наш ЗПД индиректно (само за случај постојања уговора о контроли и управљању) уводи групу друштава као потенцијални објекат дужности.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

4. Специфичности објекта дужности лојалности код директора/чланова надзорног одбора – заступника интереса стејкхолдера

Директори или чланови надзорног одбора могу бити, формално или фактички, именовани од стране појединаца или група који имају посебан, специфичан интерес у вези са пословањем привредног друштва ради заступања тог интереса (енг. *constituency directors*; у даљем тексту: директори представници). Присуство и значај директора представника веће је у земљама које почивају на тзв. аутсајдерском или координисаном капиталистичком систему, у коме већи део капитала обезбеђују институционални инвеститори, банке, богате породице, и у којима постоји изражена координација и сарадња између интересних група, као што су удружења послодаваца и запослених.⁵⁰¹ Наведене особине традиционално се сматрају особинама континентално – европских правних система (пре свега, Немачке и Француске), али како последњих деценија и америчко тржиште све више поприма неке од ових особина, директори представници постају глобална појава.⁵⁰² Пример постојања директора представника који се најчешће наводи потиче из немачког права и добро познате законске обавезе партиципације запослених у управљању кроз чланство представника запослених у надзорном одбору (слични системи постоје и у Аустрији, Чешкој, Словачкој, Словенији, скандинавским земљама итд.).⁵⁰³ Међутим, партиципација запослених у управљању није једини пример постојања директора представника. Они могу бити именовани у циљу заступања интереса акционара који не поседују обичне акције (ималаца преференцијалних акција), мањинских чланова друштва (применом тзв. кумулативног гласања), поверилаца (најчешће банака), а понекад и државе, када је она члан привредног друштва.⁵⁰⁴ Потреба за постојањем директора представника посебно је изражена у тзв. *start up* бизнисима и привредним друштвима која су у „близини“ стечаја.⁵⁰⁵ Директори представници присутни су и у српском привредном животу, посебно у привредним друштвима у којима је држава члан, а што није ретка појава у привредним друштвима након спроведеног поступка приватизације. Вид обезбеђивања и остваривања утицаја државе на пословање привредних друштава која су, већински или мањински, прешла у

⁵⁰¹ M. Gelter, G. Helleringer (2015), стр. 1085.

⁵⁰² *Ibid.*, стр. 1079-1080.

⁵⁰³ M. Gelter, G. Helleringer (2014), стр. 305.

⁵⁰⁴ Simone M. Sepe, „Intruders in the Boardroom: the Case of Constituency Directors“, *Washington University Law Review*, бр. 91/2013, стр. 312.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, стр. 330. О разлозима за изношење ове констатације види: *Ibid.*, стр. 319-335.

„страно власништво“ је именоване (на основу уговора чланова или неформално) директора представника у одбору директора или надзорном одбору.

Директори представници имају „подељену лојалност“. Објекат њихове правне дужности лојалности увек је привредно друштво (и/или чланови), што је потпуно неспорно у законодавству, судској пракси и теорији. Међутим, фактички објекат њихове лојалности (ванправне, некад истинске, аутентичне) су појединац или група која их је именovala и чије интересе би они требало да штите. Нема дилеме да појединац или група која је изабрала „свог“ директора или члана надзорног одбора оправдано очекује заштиту интереса те групе на седницама одбора директора или надзорног одбора, као и уопште приликом обављања послова у делокругу лица које су изабрали.

Проблем „подељене лојалности“, односно непомирљивости фактичких обавеза према појединцу или групи (у америчкој теорији ова лица називају се „спонзорима“), која је именovala директора представника, и правних обавеза према привредном друштву, у виду дужности лојалности, долази до изражаја у различитим ситуацијама. Најприметнији је у вези са забраном одавања пословне тајне и других поверљивих информација, као појавним облицима дужности лојалности. Тешко је очекивати да директори представници неће својим „спонзорима“ откривати информације до којих долазе у оквиру обављања послова у свом делокругу, па је зато ово ситуација у којој постоји највећа опасност да фактичка обавеза „однесе превагу“ у односу на правну. „Подељена лојалност“ може бити од значаја и приликом одобравања правних послова и радњи у којима постоји лични интерес члана друштва који је субјекат посебних дужности према друштву, када тај члан има „свог“ директора представника у органу надлежном за одлучивање о дозвољености закључивања посла или предузимања радње. Међутим, у том случају у већини правних система право гласа директора представника било би искључено, чиме се избегава проблем „подељене лојалности“.⁵⁰⁶

⁵⁰⁶ Дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес биће предмет V поглавља овог рада.

V Испољавање - појавни облици дужности лојалности

До испољавања дужности лојалности у привредном животу долази у ситуацијама када су лични интереси (у ширем смислу) лица са дужностима супротстављени интересима привредног друштва, а она су (та лица) дужна да увек раде у интересу привредног друштва. У европским правним системима најчешћи и најважнији појавни облици дужности лојалности су дужности у вези са правним пословима са повезаним лицима (енг. *related party transactions*) и коришћењем пословних могућности привредног друштва (енг. *corporate opportunities*).⁵⁰⁷ Хопт као најзначајније примере дужности лојалности наводи дужности које се односе на: забрану преваре, уговоре о зајму и кредиту између привредног друштва као зајмодавца или даваоца кредита и директора као зајмопримца или корисника кредита, правне послове са самим собом, поштовање забране конкуренције према привредном друштву, коришћење пословних могућности, забрану незаконитог стицања профита на основу позиције директора, одређивање накнада и дужност лојалности након престанка својства лица са дужностима према друштву (на пример, након истека уговора о раду између друштва и директора).⁵⁰⁸ Анализом суштине одредаба ЗПД о посебним дужностима, можемо закључити да су, и готово засигурно их препознати као такве, појавни облици дужности лојалности: дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност поштовања забране конкуренције и дужност чувања пословне тајне.⁵⁰⁹

1. Дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес

Један од најзначајнијих појавних облика дужности лојалности у упоредном праву повезан је са правним пословима у којима постоји лични интерес лица са дужностима, односно сукоб интереса (неподударност интереса лица са дужностима и

⁵⁰⁷ С. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 118.

⁵⁰⁸ Klaus J. Hopt, "Conflict of Interest, Secrecy and Insider Information of Directors, a Comparative Analysis", *European Company & Financial Law Review*, бр. 2/2013, стр. 176-181.

⁵⁰⁹ ЗПД, чл. 65, чл. 69, чл. 72, чл. 75.

интереса привредног друштва). Пре анализе решења прихваћених у нашем позитивном праву, указаћемо на термилошке дилеме, које постоје у вези са адекватним изразом за означавање ових правних послова, и различите приступе проблему послова са личним интересом у упоредном праву, како бисмо одредили место српског компанијског права у оквиру различитих приступа. На крају, предмет разматрања биће и недавно усвојена Директива о измени Директиве бр. 2007/36/ЕС у погледу подстицања дугорочног учешћа акционара из 2017. године (у даљем тексту: Директива)⁵¹⁰, која се, између осталог, бави и питањем правних послова са повезаним лицима.

1.1. Термилошке дилеме

У упоредно - правној терминологији наилазимо на различите изразе којима се означавају правни послови у којима постоји лични интерес лица са посебним дужностима, односно сукоб интереса. Неки од њих су већ поменути појам правних послова са повезаним лицима (енг. *related party transactions*), који се последњих година можда и најчешће користи, потом правни послови са самим собом (енг. *self dealing*), правни послови са сукобом интереса (енг. *conflicted transactions*), правни послови са постојањем интереса лица са дужностима (енг. *interested transactions*) итд. Поменути појмови се често користе у заменљивом значењу, мада се понекад и не ставља знак једнакости између њих. Тако Енрикес сматра да је појам правних послова са повезаним лицима ужи од појма правних послова са сукобом интереса.⁵¹¹ Из тог разлога правни послови са повезаним лицима постају једноставнији за регулисање и у фокусу су компанијског права последњих година.⁵¹² У српском праву говори се о правним пословима и радњама у којима постоји лични интерес, а установљене су, очигледно по угледу на британско право, као две посебне дужности, дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес и дужност избегавања сукоба интереса. Иако се, на први поглед, чини да је разликовање између ове две дужности засновано на разликовању између појмова „лични интерес“ и „сукоб интереса“, основна разлика

⁵¹⁰ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement.

⁵¹¹ Luca Enriques, „Related Party Transactions: Policy Options and Real-World Challenges (with a Critique of the European Commission Proposal)“, *European Business Organization Law Review*, бр. 1/2015, стр. 9.

⁵¹² *Ibid.*, стр. 12.

између њих није поменута терминологија, већ везаност прве за постојање, односно почетак закључивања конкретног правног посла, или предузимање конкретне правне радње, а код друге, такав правни посао или правна радња не постоје (постоји само обавеза „превентивног деловања“, избегавања да до таквог посла или радње дође). И на крају, зар постојање личног интереса није „потенцијални“ сукоб интереса? Само постојање личног интереса, који је другачији, супротстављен интересу привредног друштва, не значи да ће обавезно доћи до сукоба интереса. Оваквим размишљањем закључујемо да је повезаност ових појмова очигледна, као и да је „лични интерес“ предуслов за „сукоб интереса“.

1.2. Различити приступи регулисању правних послова са личним интересом

Постоји неколико могућих регулаторних приступа правним пословима у којима постоји лични интерес лица са дужностима: 1) радикални; 2) процедурални; 3) материјални; 4) комбиновани (процедурално - материјални); 5) потпуно либерални.

Радикални приступ подразумева потпуну забрану ових правних послова, односно остављање могућности члановима привредног друштва да одлуком скупштине прогласе такав правни посао ништавим. Овакво решење било је усвојено у земљама *common law* у другој половини XIX века, али је већ почетком XX века напуштено као превише круто и ригидно.⁵¹³ Савремени правни системи, такође, не прописују потпуну забрану правних послова лица са дужностима у којима она имају лични интерес. Пре свега, многи овакви правни послови могу бити потпуно правични, засновани на тржишним условима пословања и у складу са интересом привредног друштва. Трансакциони трошкови таквих „правичних“ правних послова са лицима са дужностима знатно су нижи од закључивања истог правног посла са трећим лицем. Поред тога, чак ни потпуна забрана ових правних послова не би гарантовала да директори и друга лица са дужностима не би проналазили начине да присвоје имовину друштва на неки други правно дозвољен начин.⁵¹⁴ Другим речима, потпуна забрана би имала смисла само у правним системима са готово перфектном применом правних правила, а таквих „идеалних“ правних система има мало, или не постоје. Блажа варијанта овог приступа подразумева забрану тачно одређених правних послова у

⁵¹³ Richard W. Holtz, „Interested Transactions by Corporate Directors: a Weakening of the Fiduciary Duty of Loyalty“, *Suffolk University Law Review*, бр. 1/1994, стр. 98.

⁵¹⁴ L. Enriques, стр. 14.

којима постоји лични интерес лица са дужностима (нпр. забрана уговора о зајму, кредиту, јемству, залози и сл).

Процедурални приступ заснива се на постављању одређених услова, претежно формалне природе, након чијег испуњавања правни посао у којем постоји лични интерес лица са дужностима постаје у потпуности пуноважан. Основна претпоставка овог приступа је објављивање (намере) закључивања таквог правног посла надлежном органу друштва, након чега о дозвољености предузимања или пуноважности већ предузетог правног посла одлучују други директори или чланови надзорног одбора који немају лични интерес у предметном послу, независни директори који немају лични интерес, или чланови друштва, који, такође, немају било какав правни, економски или фактички интерес у предметном правном послу. И процедурални приступ има различите варијанте, које могу да подразумевају учешће комисија одбора директора, комисија посебно оформљених само за потребе одлучивања о правним пословима са личним интересом, независних финансијских саветника и сл.⁵¹⁵ Ове комисије и појединци могу бити део процеса одлучивања непосредно и директно, са правом гласа, или, пак, посредно, кроз давање мишљења и пружање додатних информација члановима друштва и/или директорима о правном послу који је предмет одобрења (најчешће кроз тзв. мишљење о правичности правног посла). Најблажи процедурални приступ је онај усвојен у британском праву који се своди само на обавезу пријављивања правног посла у којем постоји лични интерес, док предмет одобрења нису сви правни послови са личним интересом, већ само неки правни послови изричито одређени законом (нпр. дугорочни уговори о пружања услуга директора, уговори о зајму, кредиту итд.).⁵¹⁶

Материјални приступ правним пословима у којима постоји лични интерес лица са дужностима у свом изворном облику подразумева да о закључивању поменутих правних послова могу да одлучују и лица која имају лични интерес у вези са послом, али коначан суд о пуноважности посла даје независно тело, обично суд, који врши објективну процену испуњености законских услова за пуноважност таквих правних послова, односно цени свеукупну правичност, поштење посла.⁵¹⁷ Најпознатији такви стандарди развијени су у судској пракси америчке савезне државе Делавер, у којој се примењује тест поштења. Тест поштења спроводи суд ценећи све елементе закљученог

⁵¹⁵ *Ibid.*, стр. 20.

⁵¹⁶ Види: СА, чл. 188-226.

⁵¹⁷ Zohar Goshen, „The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality“, *California Law Review*, бр. 1/2003, стр. 403.

правног посла, нарочито упоређивањем са актуелним тржишним параметрима и вредностима. Материјални приступ ретко постоји као једина и самостална брана пословима са личним интересом. Овај приступ се обично комбинује са неким варијантама процедуралног приступа.

Комбиновани приступ подразумева постављање услова формалне природе за пуноважност правног посла са личним интересом, уз остављање могућности суду да накнадно цени правичност, поштење посла, или, уз прописивање критеријума материјалне природе који утичу на пуноважност посла, постоји и потреба постојања одобрења као услова пуноважности. Пример комбинованог приступа постоји у француском праву, које прави разлику између три врсте правних послова са личним интересом: забрањених, условно допуштених и допуштених.⁵¹⁸ Забрањени су, примера ради, зајмови друштва директорима или давање средстава обезбеђења од стране друштва и ти правни послови не могу бити ратификовани одлуком скупштине.⁵¹⁹ Условно су допуштени послови који нису изричито забрањени, али који нису предузети у редовном току пословања. За такве правне послове неопходно је претходно одобрење одбора директора, при чему директор са личним интересом нема право гласа. Допуштени су правни послови предузети у редовном току пословања и у складу са тржишним условима.⁵²⁰ За ову врсту правних послова није потребно одобрење, а они чак не морају бити ни пријављени.

Потпуно либерални приступ решавању питања правних послова у којима постоји лични интерес лица са дужностима постоји само у теорији. Овај приступ подразумева непостојање било какве законодавне интервенције код ове врсте правних послова и препуштање снагама тржишта да овај проблем реше.⁵²¹ Јасно је да проблем личног интереса директора и других лица са дужностима тржишне снаге могу да реше само у оним привредама у којима тржиште капитала идеално функционише. На таквим тржиштима цену акција обликовали би и механизми заштите које акционарска друштва пружају својим потенцијалним инвеститорима у циљу сузбијања проблема послова са личним интересом. Овакво решење није могуће, не само зато што савршена тржишта капитала не постоје, већ и зато што бројна привредна друштва не послују на тржиштима капитала (тзв. затворене правне форме привредних друштава), па је зато поменута логика на њих потпуно непримењива.

⁵¹⁸ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 131-132.

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ Z. Goshen, стр. 404.

ЗПД прописује посебну дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес и тако начелно усваја процедурални приступ решавању питања послова са личним интересом. Субјекти дужности су сва лица из чл. 61. ЗПД, односно сва лица која су носиоци посебних дужности према привредном друштву у српском праву. Садржај дужности је у обавези пријављивања послова и радњи у којима лица са дужностима имају лични интерес. Примена ове дужности подразумева три корака: 1) дефинисање личног интереса, односно утврђивање круга правних послова и правних радњи у којима постоји лични интерес; 2) пријављивање таквог посла или радње надлежном органу привредног друштва; 3) одлучивање надлежног органа друштва о одобрењу посла или радње.

1.3. Појам правног посла са личним интересом

Пре анализе појма правног посла са личним интересом у нашем позитивном праву, указаћемо на неке од дефиниција овог појма које се срећу у другим правним системима и у правној литератури.

1.3.1. Појам правног посла са личним интересом у упоредном праву и правној теорији

Земље континентално европске правне традиције у својим националним законодавствима не садрже много правила посвећених појавним облицима дужности лојалности, што се односи и на питање правних послова са личним интересом лица са дужностима. Нека правила постоје, али она ретко теже регулисању свих могућих фактичких ситуација у којима може постојати лични интерес.⁵²² Одређивање ситуација у којима постоји лични интерес лица са дужностима реткост је у европским законодавствима. Француско и немачко право не садрже правила о личном интересу, већ су та правила развијена кроз судску праксу. Ипак, постоје и европска законодавства која дају, барем посредну, дефиницију личног интереса. Тако, на пример, у данском праву лични интерес постоји у: 1) правном послу који подразумева уговор између привредног друштва и члана органа управе; 2) поступку заснованом на праву (судски, административни итд.) који друштво води против члана органа управе; 3) правном

⁵²² С. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 125.

послу који подразумева уговор између друштва и трећег лица, или поступку који друштво води против трећег лица, ако члан органа управе има материјални интерес у таквом послу и ако тај материјални интерес може бити у супротности са интересима друштва.⁵²³ Компанијско право Луксембурга даје врло широку дефиницију према којој лични интерес директора постоји у сваком правном послу који је у супротности са интересима привредног друштва, изузимајући редовне послове у правном промету који су предузети под уобичајеним условима.⁵²⁴ Из дефиниције правних послова са личним интересом у неким европским земљама искључени су послови који су у оквиру редовног пословања друштва, послови који суштински не одступају од тржишних услова закључења тих послова, који су закључени у уобичајеним околностима и под уобичајеним условима и сл. (овакав изузетак постоји у Бугарској, Чешкој, Француској, Португалији).⁵²⁵

У енглеском праву не постоји непосредна дефиниција правног посла са личним интересом. Међутим, до те дефиниције долази се посредно утврђивањем ситуација у којима постоји обавеза пријављивања интереса. Та обавеза постоји када директор, директно или индиректно, има интереса у предложеном правном послу (енг. *transaction*) или споразуму (енг. *arrangement*).⁵²⁶ Такав лични интерес није предмет обавезе пријављивања у следећим случајевима: 1) ако директор не зна за постојање интереса или не зна за правни посао или споразум у коме тај интерес постоји (сматраће се да је директор упућен у питања у која би у редовним околностима један директор требало да буде упућен);⁵²⁷ 2) ако се у разумним околностима не може очекивати да ће постојање тог интереса створити сукоб интереса;⁵²⁸ 3) ако други директори већ знају за постојање тог интереса, и то у мери у којој они за то знају;⁵²⁹ 4) ако се постојање интереса тиче уговора о пружању услуга директора, који је већ био, или ће бити предмет разматрања на седници одбора директора, или од стране комисије одбора директора.⁵³⁰

Амерички МВСА садржи дефиницију сукоба интереса и правног посла у коме постоји сукоб интереса директора и привредног друштва. У америчком праву појмови „лични интерес“ и „сукоб интереса“ често се користе у заменљивом значењу. Сукоб

⁵²³ Компанијски закон Данске, чл. 131.

⁵²⁴ Компанијски закон Луксембурга, чл. 57 ст. 1 и ст. 4.

⁵²⁵ Види: С. Gerner-Beuerle, Р. Paech, Е. Р. Schuster, стр. 126-141.

⁵²⁶ СА, чл. 177 ст. 1.

⁵²⁷ СА, чл. 177 ст. 5.

⁵²⁸ СА, чл. 177 ст. 6(а).

⁵²⁹ СА, чл. 177 ст. 6(б).

⁵³⁰ СА, чл. 177 ст. 6(ц).

интереса може постојати у вези са правним послом који је извршен или чије је извршење предложено. МВСА прави разлику између правних послова за које је ирелевантно да ли су поднети одбору директора на одлучивање и правних послова који су поднети одбору директора на одлучивање. У првом случају, сукоб интереса директора постоји ако директор зна у време предузимања правног посла да је он или са њим повезано лице: 1) учесник у правном послу; 2) има значајан финансијски интерес у правном послу; или 3) тако блиско повезано са правним послом и тај посао је од таквог финансијског значаја за директора или повезано лице да се разумно може очекивати да ће то утицати на процену директора, ако би гласао о правном послу. У другом случају, сукоб интереса директора постоји ако директор зна у време предузимања правног посла да се једно од следећих лица нашло у једној од три горе наведене ситуације: 1) правни субјекат у коме је директор директор, ортак, заступник или запослени; 2) лице које контролише једног или више таквих правних субјеката или правни субјекат који је под контролом, појединачном или заједничком, правних субјеката из тачке 1; 3) појединац који је ортак, налогодавац или послодавац директора.⁵³¹ Закон о корпорацијама америчке државе Делавер садржи доста једноставнију дефиницију личног интереса. Лични интерес постоји у уговору или правном послу закљученом између: 1) корпорације и једног или више директора; или 2) корпорације и било које друге корпорације, ортакског друштва, удружења или друге организације у којој су један или више директора директори, или у којој имају финансијски интерес.⁵³²

У правној литератури се правни послови у којима постоји лични интерес некада врло једноставно дефинишу као правни послови између компаније и директора, било да ти послови постоје непосредно или посредно, зато што је директор повезан са другим привредним субјектом који послује са компанијом (као већински акционар/члан, ортак и сл.) или зато што лице које је повезано са директором (нпр. блиски рођак) послује са компанијом.⁵³³ Правни послови са повезаним лицима сматрају се ефикасним и у неким земљама често коришћеним средством за лица која имају контролу над привредним друштвом (контролни чланови и директори у условима дисперзованог акционарства) да преусмере ка себи вредност створену пословањем друштва.⁵³⁴ Међународни рачуноводствени стандард број 24 дефинише правне послове са повезаним лицима као пренос ресурса, услуга или обавеза између привредног друштва и повезаног лица, без

⁵³¹ МВСА, чл. 8.60.

⁵³² Закон о корпорацијама Делавера, чл. 144 (а).

⁵³³ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 118.

⁵³⁴ L. Enriques, стр. 2.

обзира на то да ли је приликом тог преноса наплаћена цена.⁵³⁵ Једна од ретких непосредних дефиниција личног интереса је она према којој он означава постојање личног учешћа лица са дужностима у одлуци која се доноси или правном послу који се предузима, а то учешће има за последицу значајну финансијску вредност, коју лице са дужностима може да стекне у вези са одлуком или правним послом.⁵³⁶

1.3.2. Појам правног посла са личним интересом у српском праву

Према ЗПД, лични интерес, који је предмет обавезе пријављивања лица са дужностима постоји у случају: 1) закључивања правног посла између друштва и лица са дужностима (или са њим повезаног лица), 2) правне радње коју друштво предузима према лицу са дужностима (или према са њим повезаном лицу); 3) закључивања правног посла између друштва и трећег лица, односно предузимања правне радње друштва према трећем лицу, ако је то треће лице са лицем са дужностима (или са њим повезаним лицем) у финансијском односу и ако се може очекивати да постојање тог односа утиче на његово поступање; 4) закључивања правног посла, односно предузимања правне радње друштва, из које треће лице има економски интерес, ако је то треће лице са њим (или са њим повезаним лицем) у финансијском односу, и ако се може очекивати да постојање тог односа утиче на његово поступање.⁵³⁷

Према томе, ЗПД-ом су регулисане четири ситуације у којима постоји лични интерес лица са дужностима, а за све њих заједничко је да се одређивање, одређивање постојања личног интереса врши на основу закључивања правног посла или предузимања правне радње. Правни посао и правна радња су правне чињенице, чије значење и међусобни однос нису јасно разграничени у домаћој грађанско - правној теорији. Правни посао се најчешће и најједноставније дефинише као изјава воље која производи правно дејство (настанак, престанак, пренос или измену постојећих субјективних права).⁵³⁸ Слично томе, правни посао јесте изјава једне или више воља, којима правни поредак признаје правно дејство које се састоји у промени субјективних

⁵³⁵ *International Accounting Standards* (стандард 24), доступно на <https://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias24>, 12.08.2017.

⁵³⁶ Paul Finn, *Fiduciary Obligations*, Sydney, 1977, стр. 203.

⁵³⁷ ЗПД, чл. 65 ст. 3.

⁵³⁸ Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, 5. неизмењено издање, Београд, 2007, стр. 160; Обрен Станковић. (главни уредник), *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, стр. 531; *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1985, стр. 1225; *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада (I-III)*, том други, Београд, 1978, стр. 1055.

грађанских права.⁵³⁹ Он се дефинише и као радња или више повезаних радњи једног или више лица која је усмерена на то да изазове измене у правним односима појединаца.⁵⁴⁰ Сматра се средством остварења аутономије воље странака, актом самообликовања правних односа.⁵⁴¹ Правна радња, такође, изазива одређене правне последице. Али, за разлику од правног посла, код правне радње није битан елемент намера субјекта да произведе управо одређену правну последицу.⁵⁴² Другим речима, правне радње могу стварати како жељене, тако и нежељене правне последице. Најзначајније правне радње, према овом схватању, су деликти, затим заснивање пребивалишта и његов престанак, пословодство без налога, стицање државине, прерада ствари итд.⁵⁴³

Међусобни однос између правног посла и правне радње није сасвим разграничен у домаћој правној теорији, а понекад су дефиниције ових појмова контрадикторне.⁵⁴⁴ Према једном схватању, које заступају Стојановић и Антић, разлика између правног посла и правне радње лежи у (не)вољном стварању правних последица. Кључни елемент правног посла, за разлику од правне радње, је постојање намере за заснивање одређених правних последица.⁵⁴⁵ Гамс, пак, однос између поменутих појмова схвата потпуно другачије. Он сматра да је правна радња она изјава воље коју странке намерно предузимају ради стварања неког правног односа.⁵⁴⁶ Дакле, Гамс дефинише правну радњу онако како већина аутора дефинише правни посао, посебно наглашавајући њен вољни елемент. Према његовом схватању, правни послови су посебна врста правне радње. Они су изјаве воље којима не само да се ствара или мења неки правни однос, већ се њима и преноси нека ствар или нека друга имовинска вредност из једне имовине у другу (остале изјаве воље којима се не преноси непосредно нека вредност из једне имовине у другу Гамс назива правним радњама у ужем смислу).⁵⁴⁷ Слично Гамсу, Радовић дефинише правну радњу као сваку вољну радњу која доводи до неког правног учинка, тј. која ствара неке правно релевантне последице, без потребе да воља буде

⁵³⁹ Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, 1. издање, Београд, 2001, стр. 286.

⁵⁴⁰ Драгољуб Стојановић, *Увод у грађанско право*, 9. издање, Београд, 2000, стр. 236.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² Д. Стојановић, О. Антић, стр. 290.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Тако Стојановић, најпре, истиче да је правни посао најважнија врста правне радње (Д. Стојановић (2000), стр. 235), да би потом навео да је појам правне радње супротан појму правног посла (*Ibid.*, стр. 240.).

⁵⁴⁵ Д. Стојановић, О. Антић, стр. 286.

⁵⁴⁶ Андрија Гамс, *Увод у грађанско право – опити део*, Београд, 1972, стр. 176.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, стр. 181.

усмерена ка наступању такве последице.⁵⁴⁸ Радовић, такође, сматра да је појам правне радње општији појам који обухвата и појам правног посла.⁵⁴⁹

Прва ситуација у којој постоји лични интерес према ЗПД је она, која се односи на закључивање правног посла између друштва и лица са дужностима (или са њим повезаног лица), и она, чини се, производи и најмање дилема у тумачењу и примени. Јасно је да је законодавац под закључивањем правног посла првенствено имао у виду уговор, као најраспрострањенији правни посао. Коришћење речи „закључивање“ и „између“ упућује на закључак да се овде ради само о двостраним правним пословима.

Друга ситуација постојања личног интереса је предузимање правне радње према лицу са дужностима или према са њим повезаном лицу. Она изазива посебне недоумице због коришћења појма правне радње, о чијем спорном значењу у грађанско - правној теорији смо напред говорили. Следећи Стојановића и Антића, најочигледнији примери правне радње су деликти, заснивање пребивалишта, пословодство без налога итд. Јасно је да ове правне радње нису оне које се појављују у привредном животу, те нису од значаја за компанијско право. ЗПД, као правне радње, наводи предузимање радњи у судским и другим поступцима, одрицање од права и слично. Овакво законско одређивање правне радње није довољно јасно, потпуно, прецизно, али се може констатовати да је оно ближе појму правне радње на начин на који исту дефинишу Гамс и Радовић.⁵⁵⁰

Трећа ситуација полази од закључивања правног посла и предузимања правне радње, али у овом случају учесници у послу или радњи су привредно друштво и треће лице. Да би постојао лични интерес лица са дужностима у таквом правном послу или правној радњи, потребно је да су испуњена два кумулативна услова: 1) да је треће лице са лицем са дужностима (или са њим повезаним лицем) у финансијском односу и 2) да се може очекивати да постојање финансијског односа утиче на поступање лица са дужностима. За примену ове одредбе кључно је утврдити значење појма „финансијски однос“. Суштина овог појма може обухватити многобројне фактичке ситуације, којима је заједничко то да лице са дужностима или са њим повезано лице на неки начин стиче економску корист од трећег лица, или да стицање те користи зависи од радњи или пропуштања трећег лица. На пример, није спорно да је лице са дужностима или са њим повезано лице у финансијском односу са трећим лицем ако од тог лица прима накнаду

⁵⁴⁸ В. Радовић (2017), стр. 34.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, стр. 38.

⁵⁵⁰ Примере правних радњи види у: *Ibid.*, стр. 38-39.

по основу уговора о раду, уговора о делу, уговора о пружању саветодавних услуга и сл. Међутим, постоје бројне недоумице и у вези са значењем овог појма. Пре свега, поставља се питање у ком тренутку тај финансијски однос треба да постоји. Да ли се сматра постојањем финансијског односа, примера ради, накнада по основу уговора о делу примљена годину дана пре него што је дошло до закључења спорног правног посла између друштва и трећег лица? Потом, да ли је било која накнада, макар она била и незнатна у односу на годишње приходе лица са дужностима, довољна да би се сматрало да постоји финансијски однос између друштва и трећег лица? Да ли је само једном примљена накнада по основу уговора довољна за настанак финансијског односа? До одговора на постављена питања у практичној примени ове одредбе може се доћи применом другог прописаног кумулативног услова. Дакле, неопходно је да се може очекивати да финансијски однос утиче на поступање лица са дужностима, а на такво очекивање свакако утичу интензитет, учесталост, бројност, значај фактичких правних или ванправних ситуација на основу којих је настао финансијски однос између лица са дужностима (или са њим повезаног лица) и трећег лица. Иако критеријум утицаја финансијског односа на поступање лица са дужностима може бити од помоћи приликом утврђивања постојања финансијског односа, прописивање тог критеријума оставља и значајан степен дискреције лицима са дужностима, која би требало да пријаве постојање личног интереса у правном послу или радњи, и могућност да евентуално непријављивање посла или радње правдају непостојањем утицаја финансијског односа на њихово поступање у конкретном случају. Другим речима, лицима са дужностима остављена је значајна могућност злоупотребе ове одредбе, јер је на њима, као субјектима дужности пријављивања, да процене да ли финансијски однос утиче на њихово поступање. Наравно, остаје могућност да суд у евентуалном судском поступку накнадно утврди постојање тог утицаја, али свакако да сврха одредбе о пријављивању послова и радњи са личним интересом (као, уосталом, и ниједне друге) није вођење дуготрајних и често неефикасних судских поступака.

И четврта ситуација полази од закључивања правног посла и предузимања правне радње, с тим што се у овом случају као учесници у правном послу или правној радњи појављују привредно друштво и лице које није ни лице са посебним дужностима, ни са њим повезано лице, као ни треће лице у смислу претходно анализираних треће ситуације. У овом случају законодавац има у виду правни посао или правну радњу између привредног друштва и таквог „четвртог лица“, а правни посао или радња су предмет обавезе пријављивања, ако су испуњена три кумулативна услова:

1) треће лице (у смислу треће ситуације) има економски интерес из правног посла или правне радње; 2) треће лице је са лицем са дужностима (или са њим повезаним лицем) у финансијском односу и 3) може се очекивати да постојање финансијског односа утиче на поступање лица са дужностима. Значи, за примену ове одредбе кључно је тумачење појма „економски интерес“, пошто су последња два услова истоветна условима који су већ били предмет анализе код треће ситуације постојања личног интереса. Економски интерес повезан је са посредним утицајем предметног правног посла или радње на треће лице, на економско увећање или смањење његове имовине. На пример, економски интерес трећег лица постоји када закључење уговора између њега и „четвртог лица“ зависи од претходног закључења уговора између друштва и „четвртог лица“.

Прописивањем треће и четврте ситуације постојања личног интереса законодавац настоји да обухвати и стави под режим одобрења од стране надлежног органа привредног друштва оне правне послове и правне радње који, барем на први поглед, не показују особине послова и радњи са личним интересом. Ти послови и радње су можда и од највећег значаја за примену посебне дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, јер се ради о пословима или радњама у којима лица са дужностима желе да прикрију постојање личног интереса и своју повезаност са трећим лицем. Такође, овим случајевима постојања личног интереса (а посебно четвртог ситуацијом) обухваћене су и коруптивне радње, пре свега, директора и чланова надзорног одбора привредног друштва. У српском компанијском праву не постоји посебна дужност неприхватања користи од трећих лица, која је, примера ради, изричито прописана у британском праву. Британски компанијски закон тако садржи изричиту забрану за директора да прими корист од трећег лица која му је додељена зато што је директор друштва, или због радњи или пропуштања предузетих у оквиру обављања функције директора друштва.⁵⁵¹ Појам „финансијски однос“ требало би тумачити тако да он обухвата и примање мита или других користи чланова органа управљања или надзора друштва од стране трећих лица. Ово посебно важи ако се има у виду у коликој мери је проблем корупције карактеристичан за српску привреду и друштво у целини. Иако је он израженији у државним органима, јавним предузећима и другим субјектима под утицајем државе, не сме се занемарити да је држава, након спроведеног поступка приватизације, остала власник удела у многим великим

⁵⁵¹ СА, чл. 176 ст. 1.

привредним друштвима са својим представницима у одбору директора или надзорном одбору (пример FCA Србија, *Air Serbia* итд.). Таква спрега државе и политике са неким од великих српских привредних друштва потенцијално са собом носи и опасност коруптивног понашања представника државе у органима управљања и надзора тих друштава.

1.4. Пријављивање правног посла или правне радње са личним интересом

Други корак примене дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес у српском (као и у упоредном) праву, који следи након утврђивања да у конкретном правном послу или радњи постоји лични интерес, је само пријављивање тог посла или радње надлежном органу привредног друштва. У вези са њим постављају се три питања: а) коме се пријављује постојање личног интереса, што је свакако основно питање; б) у ком тренутку се пријављује постојање тог интереса (пре или након закључења правног посла, односно предузимања правне радње) и в) каква је садржина те пријаве, односно које чињенице о правном послу или радњи морају бити део пријаве.

а) Постојање личног интереса, упоредно – правно посматрано, предмет је обавезе пријављивања различитим органима друштва, у зависности од система организације управљања, круга субјеката дужности, лица са дужностима које пријављује лични интерес, органа надлежног за одлучивање о одобрењу посла или радње итд. У енглеском праву правни посао са личним интересом директора предмет је обавезе пријављивања другим директорима друштва.⁵⁵² У америчком праву правни посао са личним интересом пријављује се органу надлежном за давање одобрења: одбору директора, односно комисији одбора директора (када директори који немају лични интерес у правном послу одлучују о његовом предузимању или пуноважности) или члановима друштва (када о судбини правног посла одлучује скупштина друштва).⁵⁵³ У компанијском праву Луксембурга надлежни орган за пријављивање правног посла у којем постоји лични интерес директора је одбор директора, а када

⁵⁵² СА, чл. 177 ст. 1.

⁵⁵³ МВСА, чл. 8.62(а) и чл. 8.63(а); исто решење усвојено је и у Закону о корпорацијама Делавера (чл. 144 (а)).

друштво има само једног директора не постоји обавеза пријављивања правног посла, већ постојање тог правног посла мора једино бити документовано.⁵⁵⁴

ЗПД јединствено регулише обавезу пријављивања, без обзира на то који је орган привредног друштва надлежан да касније одлучује о одобрењу правног посла или радње са личним интересом. Лице са посебним дужностима дужно је да одбор директора, односно надзорни одбор, ако је управљање друштвом дводомно, обавести о постојању личног интереса који друштво закључује, односно правној радњи коју друштво предузима.⁵⁵⁵ Попут луксембуршког права, посебно правило прописано је за случај да друштво има само једног директора. Тада се обавештење о правном послу или правној радњи упућује скупштини, односно надзорном одбору, ако је управљање друштвом дводомно.⁵⁵⁶

б) На питање у ком тренутку (пре или након предузимања) правни посао или правна радња са личним интересом треба да буду пријављени надлежном органу друштва упоредно право даје различите одговоре. У енглеском праву изричито је прописано да правни посао са личним интересом мора бити пријављен пре него што дође до његовог закључења или предузимања.⁵⁵⁷ За случај да директор не поступи у складу са том обавезом (чија повреда свакако има последице у виду грађанско – правне одговорности), прописана је и његова обавеза да пријави лични интерес у правном послу који је већ закључен, и то у што краћем року, који је разумно и практично изводљив⁵⁵⁸ (повреда ове обавезе има и кривично – правне последице⁵⁵⁹). Америчким МВСА регулисани су како правни послови чије предузимање је предложено, тако и правни послови који су већ предузети.⁵⁶⁰ МВСА, пак, не прави разлику у погледу правних последица непоступања у складу са обавезом пријављивања између ове две ситуације. Специфично решење постоји у словеначком праву, чији компанијски закон⁵⁶¹ прави разлику између две врсте правних послова: 1) правних послова које друштво закључује са другим друштвом у коме члан органа управе, прокуриста или извршни директор, као и блиски члан породице наведених лица (или неко од наведених лица заједно са блиским чланом породице) поседује више од 1/10 основног капитала

⁵⁵⁴ Види: Компанијски закон Луксембурга, чл. 57 ст. 1 и ст. 3.

⁵⁵⁵ ЗПД, чл. 65 ст. 1.

⁵⁵⁶ ЗПД, чл. 65 ст. 2.

⁵⁵⁷ СА, чл. 177 ст. 4.

⁵⁵⁸ СА, чл. 182 ст. 1. и ст. 4.

⁵⁵⁹ Види: СА, чл. 183.

⁵⁶⁰ МВСА, чл. 8.60(1).

⁵⁶¹ Zakon o gospodarskih družbah (*Uradni list Republike Slovenije*, бр. 65/09, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – одлука Уставног суда, 82/13, 55/15 и 15/17; у даљем тексту: ZGD).

друштва, или ако је неко од наведених лица или близак члан њихове породице тајни ортак у другом друштву, или учествује у расподели добити по било ком другом правном основу и 2) правних послова привредног друштва са друштвом у коме неко од наведених лица поседује мање од 1/10 основног капитала.⁵⁶² У првом случају, правни посао не може бити предузет без сагласности одбора директора или надзорног одбора, односно скупштине друштва, ако друштво нема одбор директора или надзорни одбор. Према томе, у првом случају правни посао мора бити пријављен пре него што је предузет, јер он не може бити ваљано предузет без сагласности надлежног органа друштва. У другом случају, правни посао може бити ваљано предузет, али је члан органа управе, прокуриста или извршни директор дужан да обавести надзорни одбор или одбор директора у року од три дана од дана предузимања правног посла.⁵⁶³ Ако друштво нема надзорни одбор или одбор директора, не постоји обавеза обавештавања о правном послу у року од три дана, већ на првој наредној седници скупштине друштва.

Српски ЗПД не даје изричит одговор на питање у ком тренутку постоји обавеза пријављивања правног посла или радње у којима постоји лични интерес. У домаћој правној литератури постоји тумачење према коме се дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес односи само на послове који још нису предузети, односно на послове које друштво намерава да предузме.⁵⁶⁴ Ово тумачење чини се као једино логично и исправно, пошто су послови и радње у којима постоји лични интерес предмет одобрења у складу са чл. 66. ЗПД. Правни посао или радња који су већ закључени, односно предузети, теоретски би, такође, могли да буду предмет одобрења.

в) Садржина обавештења о правном послу или радњи у којој постоји лични интерес утиче на крајњу одлуку о судбини посла или радње, јер орган надлежан за давање одобрења најчешће одлучује на основу чињеница и података наведених у обавештењу. Зато је лице са посебним дужностима у обавези да обавести надлежни орган о природи и обиму личног интереса, као и о свим чињеницама које су му познате, а које се тичу предмета правног посла или радње, и које би разумно лице сматрало суштинским за доношење одлуке о томе да ли треба наставити са предузимањем правног посла или радње.⁵⁶⁵ Према ЗПД, надлежном органу друштва морају бити достављене све чињенице од значаја за доношење одлуке о одобравању правног посла,

⁵⁶² ZGD, чл. 38а ст. 1.

⁵⁶³ ZGD, чл. 38а ст. 2.

⁵⁶⁴ Ј. Лепетић (2015), стр. 194.

⁵⁶⁵ Види: МВСА, чл. 8.60(5); СА, чл. 177 ст. 1.

односно предузимања правне радње.⁵⁶⁶ У пракси није једноставно одредити које су то чињенице. Врховни суд Делавера изнео је став да нека чињеница или информација има материјални значај, ако постоји суштинска вероватноћа да би, узимајући у обзир све околности конкретног случаја, чињеница која није саопштена имала стварни значај приликом одлучивања разумног члана друштва (односно другог надлежног органа друштва). Конкретније, полазећи од широке формулације која се користи у ЗПД, надлежном органу друштва свакако би требало доставити информације о потреби за закључењем правног посла или предузимањем правне радње, као и о томе да ли на тржишту постоје друга лица, осим лица са дужностима или са њим повезаних лица (или трећих лица у случају треће и четврте ситуације постојања личног интереса), са којима правни посао може бити закључен, а ако та лица постоје да ли се са њима преговарало, да ли су размотрене њихове понуде, какве су те понуде биле (не само у смислу цене, већ и свих осталих битних елемената неког правног посла) и сл.

1.5. Одобрење правног посла или радње са личним интересом

Давање одобрења правног посла или правне радње у којој постоји лични интерес може бити поверено различитим органима привредног друштва. Можда и основна претпоставка ефикасног функционисања система пријављивања и одобрења ових послова и радњи је суштинска непристрасност органа надлежног за давање одобрења. Оцена надлежног органа треба првенствено да зависи од тога да ли се закључивање правног посла, односно предузимање правне радње, врше под посебним, повољнијим условима за лице са посебним дужностима према коме се посао или радња предузимају.⁵⁶⁷

1.5.1. Општа разматрања

Надлежност за одобрење посла или радње са личним интересом може бити у делокругу: а) скупштине/чланова друштва; б) директора/одбора директора или в) надзорног одбора. Који ће од ових органа одлучивати о одобрењу правног посла или радње зависи првенствено од тога које лице са посебним дужностима има лични

⁵⁶⁶ ЗПД, чл. 67 ст. 1.

⁵⁶⁷ Драган Вујисић, „Сукоб интереса у вођењу послова привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2006, стр. 124.

интерес у правном послу или радњи, али и од врсте организације управљања која постоји у компанијском праву неке земље или за коју се конкретно привредно друштво определило (ако право даје могућност избора), вредности правног посла или неких његових суштинских карактеристика итд.⁵⁶⁸

а) Улога чланова друштва, односно скупштине, као најзначајнијег органа сваког привредног друштва, постаје све израженија и приликом одобравања послова и радњи у којима постоји лични интерес лица са дужностима. Ово решење, које је постало познато као „правило одлучивања већине мањине“ (енг. *majority of minority rule* – у ситуацијама када постоји лични интерес већинског члана/акционара), своди се на изјашњавање чланова привредног друштва који немају лични интерес у конкретном правном послу или радњи о том послу или радњи, и као такво оно представља значајно средство заштите мањинских чланова. Енрикес издваја четири предуслова неопходна за успешну примену овог правила и одобравање искључиво правичних и поштених правних послова и радњи: чланови друштва треба да имају реалну могућност да гласају; они треба да гласају искрено и поштено, тј. требало би да буду заиста независни од лица са дужностима које има лични интерес; одобрење правног посла треба да буде последица поступка одлучивања у којем су чланови друштва били потпуно информисани о свим чињеницама за доношење одлуке; гласање се одвија у тренутку када је стављање вета на правни посао или радњу још увек изводљива опција за друштво.⁵⁶⁹

Постоје бројни потенцијални проблеми, мањкавости, недостаци, који настају приликом одлучивања чланова друштва о правном послу или радњи са личним интересом. Основни проблем тиче се пружања одговарајућих, адекватних, правих информација члановима друштва, које су од значаја за доношење конкретне одлуке. Чак и када су такве информације доступне, чланови (а посебно акционари у условима дисперзованог акционарства) нису заиста способни да донесу одлуку о предметном послу или радњи, због недовољног интересовања, разумевања, убеђења да њихов глас не утиче на крајњу одлуку (феномен „рационалне апатије“ акционара) и сл.⁵⁷⁰ Са друге стране, може постојати и проблем преоптерећености акционара информацијама (енг. *information overload*), које они не могу да схвате и искористе на правилан начин, па зато није лако пронаћи праву меру у погледу броја и садржине информација које ће им бити

⁵⁶⁸ L. Enriques, стр. 15.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, стр. 16.

⁵⁷⁰ Victor Brudney, „Revisiting the Import of Shareholder Consent for Corporate Fiduciary Loyalty Obligation“, *Journal of Corporation Law*, бр. 2/2000, стр. 218.

пружене. Истинска неутралност, независност чланова друштва који одлучују о правном послу или радњи, такође, може бити проблематична. Закон о корпорацијама Делавера, примера ради, као услов за одобрење посла са личним интересом захтева већину гласова чланова друштва, који су притом гласали у доброј вери.⁵⁷¹ У случају *Fleigler vs. Lawrence* утврђено је да гласање у доброј вери подразумева да чланови привредног друштва који гласају о послу или радњи не смеју да имају лични интерес у вези са тим послом или радњом.⁵⁷² Постављањем овог услова онемогућава се, пре свега, директору који је истовремено и члан друштва, да учествује у доношењу одлуке скупштине о судбини правног посла или радње у којој он има лични интерес. Међутим, постоје многи софистицирани начини избегавања ове забране, односно омогућавања гласања чланова друштва који само формално немају лични интерес у послу или радњи који је предмет одобрења, посебно у великим, јавним акционарским друштвима. У савременом привредном пословању све чешће формални и фактички власник акција нису исто лице, па како се постојање личног интереса цени на основу формалног власника, јасно је да неутралност и независност акционара који гласају о одобрењу правног посла или радње могу бити доведени у питање. Могуће је замислити и постојање „куповине гласова“, односно подмићивања акционара од стране лица са дужностима које има интерес у послу или радњи. На крају, постоји и могућност утицаја контролних или већинских чланова на мањинске чланове друштва и доношење одлуке, која би на тај начин била у складу са интересима лица са дужностима, које има лични интерес у предметном правном послу или радњи.⁵⁷³ Постојање таквог утицаја препознао је и Врховни суд Делавера, наводећи у случају *Kahn* да се мањински акционари суочавају са претњом „имплицитне принуде“ и притиском када гласају о предлогу контролног акционара, па они не могу да поступају слободно и независно против воље контролног акционара.⁵⁷⁴ На чланове привредног друштва снажан утицај могу вршити и директори друштва.⁵⁷⁵

Узимајући у обзир све наведене потенцијалне проблеме и мане одобрења правног посла или радње у којој постоји лични интерес од стране скупштине друштва, оправдано се поставља питање правних последица таквог одобрења. У правној литератури дати су различити одговори на то питање: одобрење може бити довољно за

⁵⁷¹ Закон о корпорацијама Делавера, чл. 144 (а)(2).

⁵⁷² *Fleigler vs. Lawrence*.

⁵⁷³ J. Travis Lester, „The Effect of Stockholder Approval on Enhanced Scrutiny“, *William Mitchell Law Review*, бр. 4/2014, стр. 1461.

⁵⁷⁴ *Kahn*, 638 A.2d at 1116 (цитирајући *Citron v. E.I. Du Pont de Nemours & Co.*, 584 A.2d 490, 502 (Del. Ch. 1990)).

⁵⁷⁵ J. Robert Brown, Jr., „Speaking with Complete Candor: Shareholder Ratification and the Elimination of the Duty of Loyalty“, *Hastings Law Journal*, бр. 54/2003, стр. 654.

правну ваљаност посла или радње, без потребе за било каквим даљим утврђивањем правичности, поштења или услова под којима је посао закључен или радња предузета; правна последица одобрења може бити примена уговорних начела, уместо фидуцијарних, а пре свега начела савесности и поштења на правни посао; након одобрења и даље се могу примењивати правила о фидуцијарним дужностима на лице са дужностима, али уместо правичности или поштења целокупног посла или радње, пуноважност посла зависи од примене неког другог, блажег начела или стандарда (нпр. правило пословне процене); одобрење може значити само испуњеност услова процедуралне правилности, док судови и даље имају могућност да испитују материјалну, суштинску страну посла или радње (у том случају обично ће терет доказивања неправичности посла или радње прећи са туженог на тужиоца).⁵⁷⁶ Интересантно и, као и увек када оно долази из Делавера, утицајно решење изнедрила је судска пракса ове америчке савезне државе. Према том решењу, разликују се правне последице одобрења чланова друштва у случају правног посла или радње директора друштва и правног посла или радње контролног члана друштва. У првом случају посао или радња могу бити испитивани само са аспекта правила пословне процене, које даје велику слободу директорима и оставља мале изгледе тужиоцу (привредно друштво или мањински чланови у случају подношења деривативне тужбе) да ће доказати непоступање директора у складу са тим правилом. У другом случају судови имају могућност да испитају целокупну правичност, поштење спорног посла или радње (енг. *entire fairness test*), али терет доказивања, у случају постојања одобрења, прелази са контролног члана на тужиоца. О правним последицама одобрења правног посла од стране скупштине друштва у српском праву више ћемо говорити у оквиру наредног поднаслова.

б) Надлежни орган за одлучивање о правном послу или радњи у којем постоји лични интерес може бити и одбор директора. Постоји неколико проблема када директори одлучују о одобрењу посла или радње са личним интересом. Најпре, директори су најважнији субјекти посебних дужности, па су тако они најчешће и лица која имају лични интерес у послу или радњи који су предмет одобрења. Иако је неспорно да директор који има лични интерес нема право гласа приликом одобравања тог посла или радње, оправдано је претпоставити да остали директори, иако немају посредан или непосредан лични интерес, можда неће бити вођени искључиво

⁵⁷⁶ V. Brudney (2000), стр. 220; Krystal Pfluger Scott, „A Catch-22 or a Catch-All? Delaware and Texas Grasp for Certainty in Shareholder Ratification“, *Duquesne Business Law Journal*, бр. 1/2006, стр. 132.

професионалним мотивима и мотивима лојалности према друштву и његовом интересу приликом давања одобрења, већ мотивима лојалности према другим директорима који имају лични интерес у конкретном послу или радњи. Такви односи међусобне лојалности неретко се развијају унутар одбора директора, поготово када директори један другом дугују позицију до које су дошли (у пословном свету до чланства у одбору директора често се долази на основу препорука или пријатељских контаката са другим директорима или менаџерима на тржишту, пословне елите су веома повезане).⁵⁷⁷ Непостојање независног и непристрасног гласања директора о одобрењу посла или радње са личним интересом још је израженије када постоји лични интерес контролног члана друштва у послу или радњи. Утицај контролног члана на пословање друштва и на директоре друштва, на чије именовање је он својим гласовима пресудно утицао, свакако је посебно изражен приликом одобравања послова и радњи у којима постоји лични интерес тог члана.

Питање утврђивања кворума и већине за одлучивање од посебног је значаја за одобрење од стране одбора директора, посебно када овај орган одлучује о сукобу интереса неког од својих чланова. Два су могућа решења: 1) издвајање директора који немају лични интерес у посебну групу и утврђивање кворума на основу присуства већине чланова из те групе (као логично правило које прати ово решење намеће се и забрана директорима који имају лични интерес да присуствују и на било који начин учествују на седници одбора директора на којој се одлучује о послу или радњи у којој имају лични интерес; постојање тог правила карактеристично је за скандинавске земље); 2) утврђивање кворума у односу на укупан број чланова одбора директора, уз касније искључење права гласа директора који имају лични интерес (тада постоји додатно питање да ли се већина за доношење одлуке рачуна у односу на све чланове одбора директора или само у односу на оне који немају лични интерес; усвајањем овог решења одбор директора не би могао да одлучује ако би више од половине његових чланова имало лични интерес).

Правне последице одобрења директора/одбора директора могу да буду исте као и последице одобрења од стране скупштине друштва, о којима је напред било говора. Принципи корпоративног управљања Америчког правног института прописују посебно правило у случају постојања одобрења од стране директора/одбора директора. Наиме, у том случају, због наведених потенцијалних мана ове врсте одобрења, судови не би

⁵⁷⁷ Peter E. Kay, „Director Conflicts of Interest under the Model Business Corporation Act: a Model for All States?“, *Washington Law Review*, бр. 69/1994, стр. 228-229.

требало да примене правило пословне процене у вези са правним послом или радњом који су одобрени, већ посебно осмишљен стандард који је „негде у средини“ између правила пословне процене и теста свеукупне правичности, поштења посла или радње. Према том правилу, акционари/чланови, као тужиоци, треба да докажу да директори који немају лични интерес (а који су одобрили спорни правни посао или радњу) нису могли разумно да закључе да је тај посао био правичан за корпорацију у тренутку одобрења.⁵⁷⁸

в) У правним системима који усвајају дводомну организацију управљања привредним друштвима, као и оним системима који друштвима остављају могућност избора (а друштво се определило за дводомну организацију), надзорни одбор је често орган надлежан за одобрење правног посла и правне радње са личним интересом неког из круга лица са посебним дужностима. Ова надлежност надзорног одбора реализује се на два начина: 1) изричитим давањем овлашћења надзорном одбору да гласа о правном послу или радњи са личним интересом; 2) прописивањем правила да надзорни одбор заступа друштво у свим правним пословима или радњама између друштва и чланова органа управе (чланова одбора директора, али и других заступника друштва; ово решење постоји у немачком, аустријском, хрватском праву).⁵⁷⁹

1.5.2. Правни режим одобрења у српском праву

ЗПД-ом је регулисан орган надлежан за одобрење правног посла или радње са личним интересом за сваку правну форму привредног друштва, али не и за сва лица која имају дужности према друштву. Одредбама које регулишу орган надлежан за одобравање послова и радњи у којима постоји лични интерес направљен је пропуст у погледу одређивања лица која дају одобрење у случају постојања личног интереса акционара, заступника, прокуристе или ликвидационог управника.⁵⁸⁰

У ортачком и командитном друштву о послу или радњи са личним интересом одлучују сви ортаци, односно комплементари који немају лични интерес, и то обичном већином гласова (ортак или комплементар који има лични интерес у предметном послу или радњи нема право гласа и не рачуна се приликом утврђивања кворума; оснивачким актом може се одредити другачија већина за доношење одлуке).⁵⁸¹

⁵⁷⁸ Принципи корпоративног управљања Америчког правног института, чл. 5.02(a)(2)(Б).

⁵⁷⁹ Види нпр: Закон о акционарским друштвима Немачке (Aktengesetz, у даљем тексту: Aktg), чл. 112.

⁵⁸⁰ Ј. Лепетић (2015), стр. 242.

⁵⁸¹ ЗПД, чл. 66 ст. 1 тач. 1.

У друштву са ограниченом одговорношћу направљена је разлика у погледу надлежног органа који одлучује о послу или радњи у коме постоји лични интерес у зависности од тога да ли постоји лични интерес директора, лични интерес члана надзорног одбора или лични интерес члана друштва, као и од врсте организације управљања коју је друштво усвојило. Ако постоји лични интерес директора о послу или радњи одлучује се обичном већином гласова свих чланова друштва, односно од стране надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно.⁵⁸² Овде би свакако требало нагласити да о послу или радњи одлучују чланови друштва, односно чланови надзорног одбора *који немају лични интерес*, као што је то, на пример, учињено у чл. 66 ст. 2. ЗПД. Иако је одредбама ЗПД о искључењу права гласа члана ДОО изричито предвиђено да члан друштва не може гласати у скупштини кад се доноси одлука о одобравању послова између њега и друштва,⁵⁸³ та одредба није довољна, јер се односи само на случајеве у којима члан друштва има непосредан, директан лични интерес, као учесник у правном послу (њоме је искључено право гласа члана друштва који је истовремено директор са личним интересом). Могуће је замислити бројне друге случајеве у којима повезаност директора и члана друштва, односно члана надзорног одбора, може утицати на објективност и непристрасност тих лица приликом одобравања спорног посла или радње. Ако постоји лични интерес члана надзорног одбора, о послу или радњи одлучује се обичном већином гласова свих чланова надзорног одбора који немају лични интерес.⁵⁸⁴ Ако постоји лични интерес члана друштва, одобрење се даје обичном већином гласова свих чланова друштва који немају лични интерес, односно обичном већином гласова свих чланова надзорног одбора који немају лични интерес, ако је управљање друштвом дводомно.⁵⁸⁵ У свим наведеним случајевима могуће је одредити оснивачким актом да одобрење даје скупштина, као и другачију већину за доношење одлуке.⁵⁸⁶

⁵⁸² ЗПД, чл. 66 ст. 1 тач. 2.

⁵⁸³ ЗПД, чл. 214 ст. 1 тач. 4.

⁵⁸⁴ ЗПД, чл. 66 ст. 1 тач. 2.

⁵⁸⁵ Постоји и другачије тумачење одредбе чл. 66 ст. 1 тач. 2. ЗПД, којом се одређује надлежност за одобрење послова и радњи са личним интересом чланова ДОО и чланова надзорног одбора у ДОО. Према том тумачењу, ако постоји лични интерес чланова надзорног одбора одобрење даје скупштина, а ако постоји лични интерес члана друштва, одобрење даје надзорни одбор. Истиче се и да се вероватно ради о грешци законодавца, чија је намера била да предвиди да је скупштина друштва надлежна за одобрење послова и радњи чланова надзорног одбора надлежни чланови надзорног одбора који немају лични интерес (Ј. Лепетић (2015), стр. 240.).

⁵⁸⁶ ЗПД, чл. 66 ст. 1. и ст. 3.

У погледу акционарског друштва разлика је направљена између органа надлежног за одобрење када постоји лични интерес директора и лични интерес члана надзорног одбора, као и од врсте организације управљања коју је друштво усвојило. Ако постоји лични интерес директора, о послу или радњи одлучује се обичном већином гласова свих директора који немају лични интерес, односно од стране надзорног одбора, ако је управљање друштвом дводомно.⁵⁸⁷ Ако постоји лични интерес члана надзорног одбора, о правном послу или радњи одлучује се обичном већином гласова свих чланова надзорног одбора који немају лични интерес.⁵⁸⁸ У свим наведеним случајевима могуће је одредити статутом да одобрење даје скупштина.⁵⁸⁹ Ако одбор директора или надзорни одбор одобри правни посао или радњу у којој постоји лични интерес, о томе се обавештава скупштина на првој наредној седници.⁵⁹⁰ То обавештење мора садржати детаљан опис правног посла, као и природе и обима личног интереса.⁵⁹¹ Постоје још два случаја у којима одобрење посла или радње даје скупштина обичном већином гласова присутних акционара који немају лични интерес у том послу: 1) ако услед броја чланова одбора директора који немају лични интерес у предметном послу не постоји кворум за гласање; 2) ако се због једнаке поделе гласова чланова одбора директора, односно надзорног одбора, одлука не може донети.⁵⁹²

Донекле је спорно питање начина утврђивања кворума надлежног органа друштва за одобрење посла или радње. ЗПД садржи две одредбе које су од значаја за утврђивање кворума. Пре свега, изричито је прописано да се за потребе утврђивања кворума као укупан број гласова узима укупан број гласова оних чланова друштва који немају лични интерес из предметног посла.⁵⁹³ Поред тога, већ је поменуто да ЗПД познаје и ситуацију у којој не постоји кворум за гласање услед броја чланова одбора директора који немају лични интерес у предметном послу (прописујући скупштину као надлежни орган за одобрење у овом случају). Дакле, јасно је да се гласови чланова који имају лични интерес у послу или радњи изузимају и за потребе утврђивања кворума, када *чланови друштва* одлучују о судбини правног посла или радње, и да се кворум одређује на основу укупног броја гласова чланова који немају лични интерес. Да ли се исто правило примењује и када о предметном послу или радњи одлучују

⁵⁸⁷ ЗПД, чл. 66 ст. 1 тач. 3.

⁵⁸⁸ ЗПД, чл. 66 ст. 1 тач. 3.

⁵⁸⁹ ЗПД, чл. 66 ст. 3.

⁵⁹⁰ ЗПД, чл. 66 ст. 4.

⁵⁹¹ ЗПД, чл. 66 ст. 5.

⁵⁹² ЗПД, чл. 66 ст. 2.

⁵⁹³ ЗПД, чл. 66 ст. 6.

директори/одбор директора или надзорни одбор? Логично је претпоставити да исто правило важи и за директоре и чланове надзорног одбора који имају лични интерес. Такво схватање постоји у домаћој правној литератури.⁵⁹⁴ Исто решење, примера ради, усвојено је у законодавству америчке државе Делавер.⁵⁹⁵ Ипак, ни другачије тумачење, које би могло да дође у обзир пошто законодавац регулише само начин утврђивања кворума када одлуку доносе чланови друштва, не би било нецелисходно, поготово када одбор директора или надзорни одбор одлучује о правном послу или радњи у којем постоји лични интерес директора, односно члана надзорног одбора. Наиме, ако се за потребе утврђивања кворума не би изузимали директори, односно чланови надзорног одбора, који имају лични интерес, онда би то практично значило да кворум никада не би постојао ако би више од половине чланова одбора директора или надзорног одбора имало лични интерес, и у тој ситуацији, према ЗПД, надлежност за одобрење посла или радње прелази на скупштину друштву. Такво решење би имало смисла, пошто се може поставити питање фактичке независности и неутралности преосталих директора, односно чланова надзорног одбора, у ситуацији када већина чланова тих органа има лични интерес у предметном послу или радњи. Није сасвим јасно које случајеве законодавац има у виду када говори о непостојању кворума „услед броја чланова одбора директора који немају лични интерес у предметном послу“. Изгледа да законодавац првенствено мисли на случајеве у којима само један директор нема лични интерес, па је стога одлучивање тог једног јединог директора супротно природи појмова кворума и обичне већине. Такво решење постоји и у америчком праву, пошто МВСА захтева да о правном послу са личним интересом одлучују барем два директора која немају лични интерес.⁵⁹⁶

ЗПД прописује и четири случаја у којима није потребно одобрење правног посла или радње. Одобрење није потребно у случају: 1) постојања личног интереса јединог члана друштва; 2) постојања личног интереса свих чланова друштва; 3) уписа, односно куповине удела, односно акција по основу права пречег уписа, односно права прече куповине чланова друштва; 4) прибављања сопствених удела, односно акција од стране друштва, ако се то прибављање врши у складу са одредбама ЗПД које се односе на сопствене уделе, односно акције, или Закона о тржишту капитала.⁵⁹⁷

⁵⁹⁴ Златко Стефановић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2012, стр. 78.

⁵⁹⁵ Закон о корпорацијама Делавера, чл. 144 (а)(1).

⁵⁹⁶ МВСА, чл. 8.62. (а).

⁵⁹⁷ ЗПД, чл. 66 ст. 7.

Правна последица одобрења надлежног органа привредног друштва у складу са чл. 66 ЗПД је могућност предузимања правног посла или правне радње у којој постоји лични интерес, а који је био предмет одобрења. Дакле, ако је лице са посебним дужностима испунило све формалне претпоставке из чл. 65. и 66. ЗПД, ни друштво ни чланови друштва немају могућност побијања правног посла или радње из разлога постојања личног интереса лица са дужностима. То значи да је у српском праву усвојен формални, процедурални приступ пословима или радњама са личним интересом, без могућности задирања суда у суштину правног посла, осим у случају примене изузетка из чл. 68 тач. 1. ЗПД (о чему ће се говорити у оквиру наредног поднасловa).

1.6. Оцена о пословима и радњама са личним интересом у српском праву

Лични интерес лица која својим положајем и односом према друштву остварују значајан утицај на управљање и пословање друштва је један од „вечитих“ проблема компанијског права, који свакако не може бити „укинут“ евентуалном забраном. Такви послови су одувек постојали, постојаће и убудуће, а на правном систему је да покуша да уклони или барем ублажи њихове потенцијалне негативне последице. Правна регулатива послова са личним интересом у српском компанијском праву није идеална, али она то није ни у упоредном праву. Наиме, не постоји „супериорно“ решење по овом питању. Српски законодавац прописује обавезу пријављивања послова и радњи са личним интересом и одобрења од стране надлежног органа, како би ти послови и радње касније могли бити реализовани, у случају позитивне одлуке надлежног органа. Кључно питање за сваког законодавца приликом регулисања послова и радњи са личним интересом је питање да ли правни режим регулисања тих послова треба да обухвати и постојање извесне, мање или веће, улоге суда у процени тих послова, или, пак, одобрење и предузимање тих послова треба посматрати као интерно питање друштва, које зависи искључиво од воље надлежних органа друштва. Правна теорија понудила је неколико критеријума који би требало да утичу на крајње опредељење законодавца. Либералније решење, решење које не подразумева умешаност суда у одобрење и предузимање послова и радњи са личним интересом има смисла у оним земљама које имају развијено тржиште корпоративне контроле, тржиште капитала, земље у којима су инвеститори софистицирани и у којима репутација учесника на

тржишту утиче на њихово тржишно понашање.⁵⁹⁸ Пошто је јасно да српско тржишно окружење нема готово ниједну од наведених особина, као кључни проблем постојеће позитивно - правне регулативе дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес намеће се скоро потпуна немогућност суда да оцени материјалну страну правног посла или радње са личним интересом. Наиме, суд има могућност утврђивања да ли је посао или радња у интересу друштва, али само ако то питање у спору постави тужени (лице са дужностима) који претходно није испунио своју дужност пријављивања. Доказивање чињенице да је посао био у интересу друштва представља тзв. сигурну луку (енг. *safe harbor*) за лице са дужностима. Обрнуто, међутим, није могуће у смислу позитивног српског компанијског права. Друштво, односно чланови друштва, као деривативни тужиоци, не могу да поднесу тужбу за повреду дужности пријављивања, ако је лице са дужностима поступило у складу са чл. 66 ЗПД. Другим речима, друштво или поменути деривативни тужиоци не могу доказивати да правни посао или радња са своје материјалне, суштинске стране нису предузети у интересу друштва. Имајући у виду бројне недостатке функционисања српског тржишног окружења, као и ризике, о којима је било говора, а који прате поступак давања одобрења посла или радње лица из чл. 65. ЗПД и који угрожавају истинску непристрасност надлежног органа приликом давања одобрења, ово прилично либерално решење српског законодавца несумњиво отвара врата бројним злоупотребима. Јасно је да суд није орган који је компетентан да цени вредност и значај правног посла или радње и услове под којима је закључен или предузет, али у актуелним околностима он би могао да представља брану изигравању одредаба ЗПД о личном интересу лица са дужностима.

ЗПД не користи ни све механизме унутрашње контроле у поступку пријаве и одобрења послова и радњи са личним интересом, пошто независни директор, који би због услова који се захтевају за стицање тог својства, могао бити орган са значајнијим овлашћењима у поменутом поступку, нема никакву посебну улогу у српском компанијском праву.⁵⁹⁹ Постоји неколико могућих облика ангажовања независног директора у поступку пријаве и одобрења посла или радње са личним интересом. Најмањи утицај постоји када се од независног директора захтева да изнесе

⁵⁹⁸ Z. Goshen, стр. 421-425.

⁵⁹⁹ Не смеју се, свакако, занемарити ни ограничења ефикасности независних директора, међу којима се три сматрају кључним: презаузетост, некомпетентност и неинформисаност. Детаљније о овим разлозима, види: Вук Радовић, „Три разлога неефикасности независних директора“, *Правни живот*, бр. 11/2011, стр. 99-115.

необавезујуће мишљење о послу или радњи са личним интересом. Снажнији утицај подразумева да поред одобрења посла или радње од стране надлежног органа друштва, посао или радња морају бити одобрени и од стране већине независних директора, а ако друштво има само једног независног директора, уместо гласања, независни директор даје обавезујуће мишљење о послу или радњи, што му суштински даје право вета.⁶⁰⁰ Најснажнији утицај независних директора постоји у случају образовања посебне преговарачке комисије састављене од независних директора, који имају овлашћење да преговарају о условима предузимања правног посла и право да активно траже и друга заинтересована лица са којима посао може бити закључен.⁶⁰¹ Поред тога, ЗПД не забрањује лицима са дужностима која имају лични интерес да физички присуствују седници скупштине, одбора директора или надзорног одбора на којој се одлучује о судбини посла или радње са личним интересом. У упоредном праву и правној литератури физичко присуство лица са дужностима са личним интересом препознато је као један од значајнијих облика утицаја тих лица на преостале чланове органа надлежног за одлучивање који немају лични интерес у правном послу или радњи.⁶⁰² На крају, корисно је поменути решење усвојено у америчком МВСА, који садржи појам „квалификованог директора“ и тако проширује искључење права гласа о предметном послу или радњи и на лица која немају лични интерес, али су на други начин под утицајем директора са личним интересом. Тако се искључење права гласа примењује и на директора који има породични, финансијски, професионални или радни однос са другим директором који има лични интерес у вези са предметним правним послом и може се разумно очекивати да тај однос, према околностима случаја, може утицати на процену прво поменутог директора приликом гласања о правном послу.⁶⁰³ Оваква одредба могла би бити целисходна и у српском праву, имајући у виду непостојање судске оцене послова са личним интересом и могуће пристрасно одлучивање органа надлежног за давање одобрења.

⁶⁰⁰ L. Enriques, стр. 19.

⁶⁰¹ *Ibid.*, стр. 20.

⁶⁰² *Ibid.*, стр. 21.

⁶⁰³ МВСА, чл. 8.62 (д).

1.7. Правни послови са повезаним лицима у компанијском праву ЕУ

Један од три основна циља, постављена Акционим планом европског компанијског права из 2012. године, је веће учешће акционара у корпоративном управљању, што подразумева и стварање више могућности за њих да надгледају правне послове са повезаним лицима.⁶⁰⁴ У том циљу Директивом о измени Директиве бр. 2007/36/ЕС у погледу подстицања дугорочног учешћа акционара из 2017. године (у даљем тексту: Директива)⁶⁰⁵ значајна пажња посвећена је правном режиму послова са повезаним лицима (енг. *related party transactions*). Подручје примене Директиве ограничено је на јавна акционарска друштва, тачније на привредна друштва која имају седиште у држави чланици ЕУ и чије су акције уврштене за трговање на уређеном тржишту које се налази или послује у држави чланици.⁶⁰⁶

Директива не даје непосредну дефиницију правног посла са повезаним лицима. Она уводи појам битних правних послова, односно послова од материјалног значаја (енг. *material transactions*), чије дефинисање је препуштено државама чланицама уз прописивање оквирних критеријума за ту дефиницију: утицај који информације о правном послу могу имати на економске одлуке акционара јавног акционарског друштва; ризике које правни посао ствара за друштво и његове акционаре који нису повезана лица, укључујући мањинске акционаре.⁶⁰⁷ Поред тога, при дефинисању битних правних послова државе чланице одређују један или више квантитативних критеријума који се темеље на утицају посла на финансијски положај, приходе, имовину, капитализацију, укључујући власничке инструменте, или промет привредног друштва, или узимају у обзир природу посла или положај повезаног лица.⁶⁰⁸ Државама чланицама остављена је могућност различитог дефинисања битних правних послова који су предмет обавезе јавног објављивања и послова који су предмет одобрења.

Када је реч о појму повезаних лица, Директивом је изричито усвојен појам повезаних лица из међународних рачуноводствених стандарда (стандард бр. 24). Према овом стандарду, повезано лице у односу на привредно друштво може бити физичко или

⁶⁰⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740&from=EN>, 14.03.2017.

⁶⁰⁵ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement.

⁶⁰⁶ Директива, чл. 1 ст. 1(а).

⁶⁰⁷ Директива, чл. 9ц ст. 1.

⁶⁰⁸ Директива, чл. 9ц ст. 1.

правно лице. Физичко лице или близак члан његове породице повезано је са друштвом, ако то лице: 1) има контролу или заједничку контролу над друштвом, 2) има значајан утицај на друштво; 3) држи кључну управљачку позицију у друштву, или у друштву које је матично друштво друштва у питању. Правно лице је повезано са привредним друштвом ако је испуњен један од следећих услова: 1) правно лице и привредно друштво су чланови исте групе друштава (што значи да су свако „друштво мајка“ и зависно друштво, као и зависна друштва међусобно, повезана лица); 2) правно лице је придружено друштво (друштво над којим инвеститор има значајан утицај), или је заједнички подухват привредног друштва, или обрнуто (или је придружено друштво или заједнички подухват члана групе у којој је привредно друштво члан групе, или обрнуто); 3) правно лице и привредно друштво су заједнички подухвати истог трећег лица; 4) правно лице је заједнички подухват трећег лица, а привредно друштво је придружено друштво трећег лица, или обрнуто; 5) план примања након престанка запослења је засебно правно лице које послује у корист запослених или привредног друштва или другог друштва повезаног са привредним друштвом; 6) правно лице је под контролом или под заједничком контролом физичког лица повезаног са привредним друштвом; 7) физичко лице које има контролу или заједничку контролу над друштвом има значајан утицај на правно лице, или држи кључну управљачку позицију у правном лицу (или матичном правном лицу тог правног лица); 8) правно лице или било који члан групе, чији је члан и правно лице, пружа услуге кључног управљачког особља привредном друштву или матичном друштву привредног друштва.⁶⁰⁹

Директивом су прописане две мере заштите друштва и акционара од евентуалних штетних последица послова са повезаним лицима: јавно објављивање битних послова са повезаним лицима и одобрење ових послова. Прописано је да јавна акционарска друштва морају јавно да објаве битне послове са повезаним лицима најкасније у тренутку закључења ових послова. Објава мора садржати барем информације о природи односа са повезаним лицем, имену повезаног лица, датуму и вредности правног посла и друге информације да би се проценило да ли је посао поштен и разуман из угла привредног друштва и акционара који нису повезана лица, укључујући мањинске акционаре.⁶¹⁰ Државе чланице могу предвидети да се уз јавну објаву битног правног посла прилаже и извештај у којем се процењује да ли је посао

⁶⁰⁹ *International Accounting Standards* (стандард 24), доступно на <https://www.iasplus.com/en/standards/ias/ias24>, 12.08.2017.

⁶¹⁰ Директива, чл. 9ц ст. 2.

поштен и разуман из угла привредног друштва и акционара који нису повезана лица, укључујући мањинске акционаре, те у којем се објашњавају претпоставке на којима се темељи и коришћене методе.⁶¹¹ Поред обавезе јавног објављивања, Директивом се прописује и да државе чланице обезбеђују да битне послове са повезаним лицима одобрава скупштина друштва или управни или надзорни орган друштва у складу са поступцима којима се повезано лице спречава у томе да искористи свој положај, те којима се пружа одговарајућа заштита интереса друштва и акционара који нису повезана лица, укључујући мањинске акционаре.⁶¹² Директивом је остављена могућност државама чланицама да предвиде да битни посао са личним интересом одобрава и скупштина, након претходног одобрења управног или надзорног органа друштва. Ако је лице са личним интересом директор или акционар, то лице не учествује у давању одобрења и гласању. Изузетно, државе чланице могу допустити акционару који је повезано лице да учествује у гласању, под условом да се националним правом обезбеде одговарајуће заштитне мере које се примењују пре или током поступка гласања ради заштите интереса друштва и акционара који нису повезана лица, укључујући мањинске акционаре, тако што се повезано лице спречава да одобри посао упркос супротном мишљењу већине акционара који нису повезано лице или упркос супротном мишљењу већине независних директора. Послови закључени у уобичајеном току пословања и у складу са редовним тржишним условима нису предмет обавезног јавног објављивања и одобрења. За такве правне послове управни или надзорни орган друштва успоставља унутрашњи поступак како би се периодично оценило јесу ли ти услови испуњени, при чему повезана лица не учествују у том оцењивању.⁶¹³ Међутим, државама чланицама остављена је могућност да и послове закључене у уобичајеном току пословања и под редовним тржишним условима ставе под режим обавезног јавног објављивања и одобрења. Директива прописује и још неколико изузетака од обавезујућег правног режима јавног објављивања и одобрења битних послова повезаних лица.⁶¹⁴

⁶¹¹ Директива, чл. 9ц ст. 3.

⁶¹² Директива, чл. 9ц ст. 4.

⁶¹³ Директива, чл. 9ц ст. 5.

⁶¹⁴ Државе чланице могу од обавезе одобрења и објављивања изузети, или допустити друштвима да изузму, неке од наведених обавеза: 1) правне послове закључене између привредног друштва и његових друштava кћери, под условом да су у потпуном власништву привредног друштва или да ниједно друго повезано лице привредног друштва није интересно повезано са друштвом кћери или да се националним правом при таквим правним пословима осигурава одговарајућа заштита интереса привредног друштва, друштva кћери и њихових акционара, који нису повезана лица, укључујући мањинске акционаре; 2) јасно дефинисане врсте правних послова за које се националним правом захтева одобрење скупштине, под условом да се посебно води рачуна о поштеном поступању према свим акционарима и интересима

Усвајање нове Директиве, дугорочно посматрано, имаће утицаја и на српско компанијско право, које у овом тренутку у битној мери није усклађено са двама одредбама Директиве. Прво, дефиниција правних послова и радњи са личним интересом у српском праву не садржи квантитативне критеријуме предвиђене чл. 9 ст. 1. Директиве, што значи да би у српском праву требало прописати додатне критеријуме у циљу усклађивања са европским компанијским правом. Друго, у српском праву не постоји обавеза јавног објављивања послова и радњи са личним интересом до тренутка њиховог закључења. Законом о тржишту капитала (у даљем тексту: ЗТК)⁶¹⁵ предвиђено је да годишњи извештај о пословању јавног акционарског друштва обавезно садржи све значајније послове са повезаним лицима.⁶¹⁶ Исто тако, и полугодишњи извештај из чл. 52. ЗТК, који се објављује и доставља Комисији за хартије од вредности, садржи податке о значајним трансакцијама између повезаних лица, извршеним у првих шест месеци текуће пословне године, а које су битно утицале на финансијски положај и пословање јавног друштва у том периоду, као и промене у трансакцијама између повезаних лица које су наведене у последњем годишњем извештају, које би могле битно утицати на финансијско стање или резултате пословања друштва у првих шест месеци текуће пословне године.⁶¹⁷ Међутим, ниједна од наведених одредаба није у складу са обавезом јавних друштава, која је изричито прописана Директивом, да објаве битне послове са повезаним лицима *најкасније у тренутку закључења тих послова*.

2. Дужност избегавања сукоба интереса

Дужност избегавања сукоба интереса састоји се у обавези лица са дужностима да не дозволи, да избегне, да његов лични интерес дође у сукоб са интересом

привредног друштва и акционара који нису повезана лица, укључујући мањинске акционаре, и да су они одговарајуће заштићени тим правним одредбама; 3) правне послове повезане са накнадама директора, или одређеним елементима накнада директора, које су додељене или би требало да буду додељене у складу са чл. 9а; 4) правне послове које су склопиле кредитне институције на основу мера чија је сврха заштита њихове стабилности и које је донело надлежно тело задужено за бонитетни надзор у смислу права ЕУ; 5) правне послове понуђене свим акционарима под истоветним условима, при чему се обезбеђује једнако поступање према свим акционарима и заштита интереса привредног друштва (Директива, чл. 9ц ст. 6.)

⁶¹⁵ *Службени Гласник Републике Србије*, бр. 31/2011, 112/2015 и 108/2016.

⁶¹⁶ ЗТК, чл. 50 ст. 3 тач. 4.

⁶¹⁷ ЗТК, чл. 52 ст. 3 тач. 6.

привредног друштва, као објектом дужности лојалности. Таква обавеза представља суштину односа поверења који постоји између друштва и лица са дужностима. Лице са дужностима које не би избегавало сукоб интереса поступало би нелојално према друштву.⁶¹⁸

Дужност избегавања сукоба интереса у српском праву претежно се односи на тзв. коришћење пословних могућности друштва (енг. *corporate opportunities*), које је у теорији компанијског права прихваћено као један од два најзначајнија облика испољавања дужности лојалности. Садржај дужности је у релативној забрани лицима са дужностима да у свом интересу или у интересу са њима повезаних лица користе имовину друштва, информације до којих су дошли у том својству, а које иначе нису јавно доступне, могућности за закључење послова које се укажу друштву, као и у апсолутној забрани злоупотребе свог положаја у друштву.⁶¹⁹ Забрана коришћења имовине, информација и пословних могућности је релативна, јер коришћење имовине, информација и могућности може бити предмет претходног или накнадног одобрења надлежног органа друштва.⁶²⁰

Субјекти ове дужности су сва лица која су ЗПД-ом одређена као субјекти посебних дужности према привредном друштву. Дужност се примењује на случајеве у којима постоји како непосредан, тако и посредан, сукоб између интереса друштва и интереса лица са дужностима, односно супротност, неподударност интереса привредног друштва и интереса лица која су повезана са лицима са дужностима у смислу ЗПД.

Прописивање дужности избегавања сукоба интереса, као посебне дужности, инспирирано је британским компанијским правом. Британско право, пак, познаје општу забрану сукоба интереса, односно забрану избегавања ситуација у којима директор има, или може имати, непосредан или посредан интерес који је у сукобу, или је само потенцијално у сукобу, са интересима компаније.⁶²¹ Та забрана примењује се нарочито на коришћење имовине, информација или могућности.⁶²² Српско компанијско право не познаје општу забрану сукоба интереса лица са дужностима, већ предвиђа четири случаја у којима постоји сукоб интереса који је предмет забране (апсолутне или релативне). Међутим, иако општа забрана не постоји, термини и формулације

⁶¹⁸ А. Кеу (2014), стр. 267.

⁶¹⁹ ЗПД, чл. 69 ст. 1.

⁶²⁰ ЗПД, чл. 70.

⁶²¹ СА, чл. 175 ст. 1.

⁶²² СА, чл. 175 ст. 2.

коришћени у чл. 69. ЗПД при опису ових случајева веома су широки, те се њима могу обухватити бројне практичне, животне ситуације. Свеобухватност коришћених појмова и формулација чине да је практична последица ове одредбе општа забрана сукоба интереса.

2.1. Забрана коришћења имовине друштва

Лице са дужностима не може у свом интересу или интересу са њим повезаног лица да користи имовину друштва. Имовину привредног друштва чини укупност права која припадају привредном друштву као правном лицу: право својине, удео у другом привредном друштву, право индустријске својине, ауторско право, потраживања и сва друга права имовинског карактера.⁶²³ Према неким, али не преовлађујућим, схватањима, имовину друштва чине и информације и пословне могућности (такав начин размишљања присутнији је у англосаксонском праву).⁶²⁴

Коришћење имовине друштва представља и најочигледнију повреду дужности лојалности. Ова повреда обично се своди на поступање са имовином друштва као са сопственом имовином. Постоје два типична случаја коришћења имовине друштва. Први случај обухвата коришћење имовине друштва за сопствене потребе или потребе повезаног лица (коришћење службеног аутомобила у приватне сврхе, коришћење новца са рачуна привредног друштва за сопствене потребе и сл.), док други случај подразумева коришћење имовине у циљу присвајања пословне могућности друштва (коришћење пословних просторија друштва, производних погона, машина привредног друштва за развијање новог пословног подухвата, који представља пословну могућност привредног друштва). Прикривени начини коришћења имовине друштва су исплата дивиденди, враћање улога кроз смањење основног капитала, исплата прекомерних накнада директорима итд.⁶²⁵

Могућност одобрења коришћења имовине лица са дужностима, која је предвиђена ЗПД-ом, намеће питање оправданости таквог, евентуалног одобрења са аспекта заштите интереса мањинских чланова и поверилаца друштва. Коришћење имовине друштва од стране контролних или већинских чланова, који обављају функцију директора или су именовали већину директора, па тако имају утицај на

⁶²³ М. Мићовић (2016), стр. 33.

⁶²⁴ В. Kasolowsky, стр. 95.

⁶²⁵ *Ibid.*, стр. 100-101.

свакодневне пословне одлуке и могућност присвајања имовине друштва може проузроковати штету мањинским члановима. Исто тако, ако је солвентност друштва под знаком питања, коришћење имовине од стране чланова или директора може негативно утицати на интересе поверилаца. Интереси поверилаца у том случају могу бити заштићени применом института пробијања правне личности када су имовину друштва за сопствене потребе користили чланови друштва који не одговарају за обавезе друштва (командитори, чланови ДОО, акционари). Примена тог института не би била могућа када имовину користе друга лица са дужностима (пре свега, директори).

2.2. Забрана коришћења информација

Лице са дужностима не може у свом интересу или интересу са њим повезаног лица да користи информације друштва, које иначе нису јавно доступне. Положај који лица са дужностима заузимају у друштву подразумева да она имају приступ бројним информацијама од значаја за пословање и рад привредног друштва. То могу бити информације о клијентима, потрошачима, пословним партнерима, добављачима, али и информације о самој компанији, њеним пословним плановима, циљевима, препрекама за развој пословања и сл. Забраном су обухваћене и тзв. инсајдерске информације, које су тичу токова пословања јавног акционарског друштва, који утичу на кретање цене акција тог друштва на тржишту.⁶²⁶

Забрана коришћења информација тесно је повезана са забраном коришћења пословних могућности, али и са дужношћу чувања пословне тајне. Могућност за закључење посла се заправо своди на поседовање информације лица са дужностима о новој пословној прилици. Тако се готово свако коришћење пословне могућности може свести на коришћење информација. Како се ради о облицима исте дужности, немогућност јасног разграничења између коришћења информација и коришћења могућности за закључење посла нема практични значај, јер ће и у једном и у другом случају постојати повреда дужности избегавања сукоба интереса.

Када је реч о односу са дужношћу чувања пословне тајне, значај разграничења је много већи, пошто се ради о различитим дужностима. Правне последице повреда ових дужности су различите (у погледу правних средстава која су на располагању тужиоцу у

⁶²⁶ О инсајдерским информацијама види: Мијат Јоцковић, *Злоупотреба инсајдерских информација на тржишту вриједносних папира – правни аспект*, Подгорица, 2013.

случају повреде), а одавање пословне тајне не може бити предмет одобрења, за разлику од коришћења информација. Предмет заштите пословне тајне је информација, односно податак. Међутим, да би се нека информација сматрала пословном тајном потребно је да за то буду испуњени услови предвиђени законом (о њима ће бити говора у оквиру разматрања о дужности чувања пословне тајне). „Информација која није јавно доступна“ односи се на шири круг информација у односу на пословну тајну. Једини услов за ову информацију је да она није „јавно доступна“, што је слично једном од основних услова за постојање пословне тајне – услови тајности.

2.3. Забрана коришћења могућности за закључење послова

Лице са дужностима не може у свом интересу или интересу са њим повезаних лица да користи могућности за закључење послова које се укажу друштву.⁶²⁷ Могућности за закључење послова су пословне могућности у којима привредно друштво има интерес.⁶²⁸ Коришћењу пословних могућности, као једном од два најзначајнија појавна облика дужности лојалности, посебан значај дат је у америчком корпоративном праву, чија су судска пракса и правна теорија развили посебну „доктрину пословних могућности“. „Доктрина пословних могућности“ представља механизам за расподелу имовинских права између привредног друштва и лица са посебним дужностима.⁶²⁹ Говорећи нешто конкретнијим и практичнијим језиком, проблем коришћења пословних могућности своди се на следећу фактичку ситуацију: треће лице открива, указује на конкретну пословну могућност лицу са дужностима, а која је у вези са предметом пословања привредног друштва које је објекат дужности (на пример, куповина земљишта у непосредној близини производних погона друштва); ту могућност може да искористи привредно друштво или лице са дужностима, тако да оно друго остаје без икакве материјалне користи, ако не искористи могућност за себе; лице са дужностима одлучује да искористи пословну могућност за себе.⁶³⁰ „Доктрина пословних могућности“ треба да одговори на два основна питања, која се постављају и у вези са применом забране коришћења могућности за закључење послова у нашем праву: 1) када се сматра да нека могућност за закључење посла „припада“ привредном

⁶²⁷ ЗПД, чл. 69 ст. 1 тач. 4.

⁶²⁸ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 148.

⁶²⁹ DeLarne R. Landes, “Economic Efficiency and the Corporate Opportunity Doctrine: in Defense of a Contextual Disclosure Rule”, *Temple Law Review*, бр. 74/2001, стр. 843.

⁶³⁰ W. L. Schaller (2012), стр. 18.

друштву; 2) када се утврди да нека могућност за закључење посла „припада“ друштву, да ли је и под којим условима дозвољено лицу са дужностима да ту пословну могућност искористи у сопственом интересу?

2.3.1. „Припадност“ могућности за закључење посла

Бројни су критеријуми који могу утицати на утврђивање „припадности“ пословне могућности. Различита законодавства придају различит значај појединим критеријумима, а у складу са општим циљевима, чијем остварењу правна регулатива пословних могућности у одређеној земљи тежи. Ти циљеви односе се не само на интересе привредног друштва, већ и на интересе лица са посебним дужностима, трећих лица и друштва (у социолошком смислу).

2.3.1.1. Критеријуми „припадности“

„Постављање границе“ између могућности за закључење послова које „припадају“ друштву и пословних могућности које лица са посебним дужностима могу самостално да искористе предмет је анализе америчке судске праксе већ деценијама. Проналажење те границе јавља се као претходно питање у примени института пословних могућности, јер оцена да нека пословна могућност не „припада“ друштву представља сигуран знак да не постоји потреба за применом овог института. Бројна правна правила, стандарди, практични критеријуми, који су развијени у америчком праву у вези са овим институтом утицали су на компанијска права широм света, па и на земље континентално - европске правне традиције. Приликом постављања неопходне границе најчешће се постављају следећа питања: да ли је могућност за закључење посла у оквиру предмета пословања или делатности привредног друштва; да ли друштво има интерес или очекивање да искористи пословну могућност; да ли је друштво финансијски способно да искористи могућност; да ли је поштено да пословну могућност искористи друштво или лице са дужностима; да ли треће лице које нуди могућност за закључење посла жели да послује са друштвом или искључиво са лицем са дужностима; да ли постоје правне сметње за друштво да искористи пословну могућност; да ли је лице са дужностима за могућност за закључење посла сазнало независно од своје повезаности са друштвом или је до те могућности претежно или искључиво дошло захваљујући тој повезаности; да ли је могућност за закључење посла

од суштинског значаја за друштво и др.⁶³¹ Одговор на било које од постављених питања сам по себи није пресудан, одлучујући, већ крајњи исход спора, односно прави одговор, зависи од околности конкретног случаја у којем ће бити постављена ова питања (или само нека од њих).

У једном од најзначајнијих прецедената у америчкој судској пракси, *Guth vs. Loft Inc.*, дат је сумаран приказ неких критеријума за утврђивање да ли могућност за закључење посла припада друштву: „...ако је директору понуђена пословна могућност и ако је друштво финансијски способно да искористи ту могућност, потом ако из природе те могућности произилази да је она у оквиру предмета пословања друштва и да друштво има практичних користи од ње, ако друштво има интерес или разумно очекивање у вези са том могућношћу и ако би коришћењем могућности од стране директора лични интерес тог директора био у сукобу са интересом друштва, право неће дозволити том директору да присвоји пословну могућност за себе...“.⁶³² У тексту који следи размотрићемо најзначајније критеријуме за утврђивање „припадности“ пословне могућности: критеријум предмета пословања друштва, критеријум интереса или очекивања, критеријум немогућности привредног друштва да искористи могућност за закључење посла, критеријум одбијања трећег лица да послује са друштвом, критеријум поштења и критеријум својства у којем је лице са посебним дужностима „дошло“ до пословне могућности.

а) Критеријум предмета пословања друштва (енг. *line of business test*) традиционално се сматра најзначајнијим критеријумом за утврђивање „припадности“ могућности за закључење посла. Примена овог критеријума објашњена је у већ поменутом случају *Guth vs. Loft Inc.*: „Ако је друштво ангажовано у одређеном послу и могућност за закључење посла се односи на активност у вези са којом друштво има знање, практично искуство и способност да реализује тај посао, или ако се ради о послу који је у складу са оправданим потребама и тежњама за проширивањем предмета пословања, онда је та могућност за закључење посла у оквиру предмета пословања друштва и може се сматрати да она „припада“ друштву“.⁶³³ Са друге стране, ако је неопходно изменити структуру пословања друштва у значајнијој мери како би било

⁶³¹ Eric G. Orlinsky, „Corporate Opportunity Doctrine and Interested Director Transactions: a Framework for Analysis in an Attempt to Restore Predictability“, *Delaware Journal of Corporate Law*, бр. 2/1999, стр. 459.

⁶³² *Guth vs. Loft Inc.*

⁶³³ *Ibid.*

могуће искористити могућност за закључење посла, сматраће се да та могућност није у оквиру предмета пословања друштва.⁶³⁴

Иако је неспорно да критеријум предмета пословања и данас има значајну улогу у дефинисању „припадности“ пословне могућности, у савременом привредном пословању његова примена може изазвати бројне дилеме. Пре свега, поставља се питање да ли се предметом пословања друштва за ове потребе сматрају само оне делатности које су наведене у оснивачком акту или статуту, или су то делатности којима се друштво заиста бави у привредном промету. Треба, пак, имати у виду, и то да тај фактички, стварни предмет пословања друштва често није једноставно одредити. Савремено привредно друштво, а посебно она друштва која се у економском смислу сматрају великим привредним друштвима (обично јавна акционарска друштва), имају врло широк предмет пословања. Активности које таква друштва обављају чак не морају бити повезане једна са другом, што свакако отежава утврђивање предмета пословања. Поред тога, таква друштва често започињу нове пословне подухвате који не морају да буду повезани са пословима које је то друштво раније обављало. И савремено компанијско право, следећи промене, препознаје потребу за флексибилношћу у погледу делатности које друштва обављају, па тако и ЗПД дозвољава привредним друштвима да обављају како регистроване, тако и нерегистроване (законом дозвољене) делатности.⁶³⁵ На пример, друштво које се бави производњом и дистрибуцијом хране може искористити могућност за инвестирање у изградњу стамбено - пословног објекта на атрактивној локацији, што оно може видети као добру прилику за пласирање створеног капитала. Јасно је да таква инвестиција нема никакве везе са претежном делатношћу друштва. Такве животне ситуације у великој мери ограничавају значај „критеријума предмета пословања“, али и доводе у питање оправданост потребе за разграничењем између пословних могућности које „припадају“ друштву и пословних могућности које „припадају“ лицима са посебним дужностима. Према неким економским схватањима, карактеристике савременог привредног пословања намећу закључак да све пословне могућности аутоматски „припадају“ друштву.⁶³⁶ Додатни проблем представља то што привредна друштва све чешће свој предмет пословања оснивачким актом или статутом дефинишу врло широко, обично тако да он обухвата „све законом дозвољене делатности“. Да ли такав свеобухватан предмет пословања значи да друштво има

⁶³⁴ D. Landes, стр. 851.

⁶³⁵ ЗПД, чл. 4.

⁶³⁶ Victor Brudney, Robert Charles Clark, „A New Look at Corporate Opportunities“, *Harvard Law Review*, бр. 5/1981, стр. 1025-1026.

приоритет у односу на лица са дужностима у погледу сваке пословне могућности која се укаже у привредном пословању остаје једно од питања на која није једноставно пронаћи одговор.

б) Критеријум интереса или очекивања још један је критеријум који амерички судови већ деценијама примењују приликом утврђивања „припадности“ пословне могућности. Пример његове примене може се пронаћи у случају *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.* У овом случају суд је заузео становиште да могућност за закључење посла „припада“ друштву само ако је та могућност таква да друштво у њој има видљив интерес или очекивање које произилази из постојећег интереса, или ако би активности лица са посебним дужностима спречиле друштво у остваривању циљева његовог оснивања и постојања.⁶³⁷ Понекад се овај критеријум схвата веома уско, па се сматра да друштво има оправдани интерес или очекивање у вези са пословном могућношћу само када тај интерес или очекивање произилази из постојећег уговорног односа или из обављених преговора о закључењу уговора.⁶³⁸

в) Немогућност привредног друштва да искористи пословну прилику која му се указала у америчкој судској пракси често је пресудан аргумент за доношење закључка да пословну могућност може самостално искористити лице са посебним дужностима.⁶³⁹ Ово је једна од основних разлика између америчког и британског приступа проблему пословних могућности, пошто је британским компанијским законом изричито предвиђено да је чињеница да ли је привредно друштво способно да искористи пословну могућност ирелевантна.⁶⁴⁰ Идентично решење усвојено је и у српском ЗПД.⁶⁴¹ Насупрот томе, италијанско компанијско право усваја правило да повреда дужности не постоји ако друштво није способно да искористи пословну могућност.⁶⁴²

Разлози који доводе до немогућности привредног друштва да закључи неки правни посао могу бити различити. Најчешће се ради о економским разлозима, односно о непоседовању финансијских средстава неопходних за реализацију посла. Процена о томе да ли друштво поседује довољно финансијских средстава обично је на управи друштва или контролним члановима, који су уједно и најзначајнији носиоци посебних дужности према друштву. То свакако оставља могућност за злоупотребе приликом

⁶³⁷ *Lagarde v. Anniston Lime & Stone Co.*

⁶³⁸ David Brown, „When Opportunity Knocks: an Analysis of the Brudney & Clark and ALI Principles of Corporate Governance Proposals for Deciding Corporate Opportunity Claims“, *Journal of Corporation Law*, бр. 2/1986, стр. 262.

⁶³⁹ D. Landes, стр. 849-850; E. Orlinsky, стр. 461-462.

⁶⁴⁰ СА, чл. 175 ст. 2.

⁶⁴¹ ЗПД, чл. 69 ст. 2.

⁶⁴² Италијански грађански законик, чл. 2391.

доношења таквих процена. Ако постоји неки од стечајних разлога, или ако је друштво „у близини“ стечаја, јасно је да оно вероватно није финансијски способно за предузимање нових послова. Али, ако оно само тренутно нема довољно средстава, могућност задуживања путем кредита или зајмова може бити начин за реализацију понуђеног посла. И у америчкој судској пракси је уочено да усвајање правила да финансијска неспособност друштва да закључи посао, који се сматра пословном могућношћу, за последицу има потенцијално слободно присвајање те могућности од стране лица са дужностима. Такво правило може негативно утицати на настојања, труд лица са дужностима да обезбеде потребна финансијска средства за реализацију посла, а понекад може имати као последицу и флагрантно кршење дужности лојалности, које се манифестује у управљању друштвом и вођењу његових послова са намером оштећења друштва и умањења његових финансијских средстава.⁶⁴³ До сличних закључака долази се и у правној теорији, па се истиче да је „неизбежна последица“ прихватања финансијске неспособности друштва, као правно релевантног критеријума, „преусмеравање“ пословних могућности ка лицима са дужностима.⁶⁴⁴ Поред финансијске неспособности, препреку привредном друштву да искористи указану пословну прилику може представљати и ограничење правне природе. Такво ограничење може бити прописано оснивачким актом друштва или законом. Ограничење прописано оснивачким актом лако може бити превазиђено изменама тог акта. Ограничење које произилази из закона, пак, обично не може бити једноставно превазиђено (на пример, пословна могућност може бити повезана са обављањем делатности за које је неопходно одобрење надлежног државног органа, а такво одобрење не постоји). Немогућност коришћења пословне прилике може бити и практичне природе, ако друштво не поседује одговарајући материјал, опрему, просторије, запослене одговарајуће струке за предузимање посла. Ипак, такве препреке нису несавладиве и често могу бити лако отклоњене.

г) Посебан случај немогућности коришћења пословне прилике повезан је са одбијањем трећег лица да послује са друштвом (енг. *third party refusal to deal*). О таквом одбијању може се говорити ако, на пример, треће лице током преговора о закључењу посла са лицем са посебним дужностима изричито нагласи да жели да такав посао закључи са тим лицем или са привредним друштвом које ће то лице основати за

⁶⁴³ Matthew R. Salzwedel, “A Contractual Theory of Corporate Opportunity and a Proposed Statute”, *Pace Law Review*, бр. 1/2002, стр. 117; D. Brown, стр. 263.

⁶⁴⁴ V. Brudney, R.C. Clark, стр. 1021.

потребе реализације посла, а не са друштвом према коме лице са дужностима има дужност лојалности. Иако на први поглед делује логично да би у таквим случајевима било оправдано сматрати да лице са дужностима може несметано да искористи пословну могућност и закључи понуђени посао, опасност од злоупотребе таквог правила превазилази његове потенцијалне позитивне стране. Амерички судови имали су различит став према овом случају немогућности коришћења пословне прилике од стране друштва. У случају *New v New* изнето је становиште да одбијање трећег лица да послује са друштвом даје слободу лицу са дужностима да самостално искористи пословну могућност, док су судови у неким другим случајевима, и у таквим ситуацијама постављали као неопходан услов пријављивање постојања пословне могућности надлежном органу друштва.⁶⁴⁵ Правна теорија често има негативан став према давању правног значаја чињеници да је треће лице одбило да послује са друштвом.⁶⁴⁶ Аргумент правне теорије је да примена овог критеријума уноси ризик и опасност од незаконитог и преварног понашања, подстицањем трећег лица и лица са дужностима да закључују забрањене правне послове, а да се касније у евентуалном судском поступку лице са дужностима брани на основу исказа трећег лица, које ће истицати како никако није имало намеру да послује са друштвом.⁶⁴⁷ Наравно, постоје и ситуације у којима би било оправдано применити овај критеријум. Ако је репутација директора или контролног члана друштва (или другог лица са дужностима) знатно боља од репутације друштва према коме наведена лица имају дужности, није нереално очекивати да треће лице искрено и без икакве преварне намере жели да послује искључиво са тим лицима. Ипак, овом критеријуму не треба дати одлучујућу улогу, већ га треба применити у вези са другим критеријумима.

д) Критеријум поштења (енг. *fairness test*) уноси флексибилност, али и правну несигурност приликом утврђивања „припадности“ пословне могућности. Најједноставније речено, примена критеријума поштења своди се на проналажење одговора на питање да ли је понашање лица са дужностима приликом коришћења пословне могућности било поштено према друштву коме дугује дужност лојалности. Значење критеријума поштења изражено је у познатој пресуди Врховног суда америчке државе Масачусетс, у случају *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*: „...основа доктрине пословних могућности суштински је у непоштењу израженом кроз околности

⁶⁴⁵ M. Salzwedel, стр. 115-116.

⁶⁴⁶ V. Brudney, R.C. Clark, стр. 1021.

⁶⁴⁷ William Lynch Schaller, „Corporate Opportunities and the Third Party „Refusal to Deal“ Defense: Policy and Practice Lessons from Illinois“, *John Marshall Law Review*, бр. 1/2013, стр. 3.

конкретног случаја у којима директор, чији је однос према друштву фидуцијарне природе, користи пословну прилику ... а када интереси друштва оправдано треба да буду заштићени. То намеће потребу примене етичких стандарда који нам говоре шта је поштено и праведно ... у појединим околностима случаја“⁶⁴⁸ Управо због несигурности, непрецизности и значајног степена дискреције који оставља судовима, критеријум поштења има веома ограничену примену, чак и у земљама које имају развијену судску праксу у области компанијског права. Брадни и Кларк наводе да критеријум поштења оставља судовима „неограничену дискрецију“, услед нераздељивости суштине овог критеријума, а да користи које би „неутралисале“ поменуте недостатке не постоје.⁶⁴⁹ Орлински сматра да је присвајање пословних могућности суштински непоштено.⁶⁵⁰ Поштење може имати малу, врло ограничену, улогу, као један од критеријума за утврђивање припадности пословне могућности. Његова улога потпуно је другачија од улоге критеријума истог назива у области правних послова са повезаним лицима, а о којем је било говора (тест поштења).

е) Некад самосталан, а некад подкритеријум поштења или одбијања трећег лица да послује са друштвом, али у сваком случају један од критеријума који утичу на утврђивање „припадности“ пословне могућности је онај који се тиче својства у којем је лице са посебним дужностима сазнало за могућност закључења посла, односно дошло у прилику да ту могућност искористи. Лице са дужностима треба да има могућност коришћења пословне прилике, ако је прилика за закључење посла представљена њему као појединцу, а не као лицу које обавља одређену функцију у привредном друштву према коме има посебне дужности.⁶⁵¹ И у чувеном случају *Guth v. Loft*, суд је истакао да ако је до могућности за закључење посла директор дошао у личном својству, он може да поступа према тој пословној могућности као према сопственој.⁶⁵² С друге стране, у британској судској пракси истакнуто је да није нужно да директор сазна за пословну могућност током обављања те функције да би се сматрало да постоји забрана коришћења могућности, па је тако довољно да је он сазнао за могућност за закључење посла чак и у своје слободно време.⁶⁵³ То значи да је у британском праву својство у којем је директор дошао до пословне могућности ирелевантно. Италијанско право усваја либерално решење, које нагиње ка америчком приступу. Наиме, законом је

⁶⁴⁸ *Durfee v. Durfee & Canning, Inc.*

⁶⁴⁹ V. Brudney, R.C. Clark, стр. 1020.

⁶⁵⁰ E. Orlinsky, стр. 463.

⁶⁵¹ M. Salzwedel, стр. 121.

⁶⁵² *Guth v. Loft*.

⁶⁵³ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 152.

прописано да пословна могућност „припада“ друштву ако је директор до могућности дошао „у вези са својим положајем у друштву“.⁶⁵⁴ Ипак, у правној литератури се истиче да није сасвим јасно да ли то значи да је за могућност морао да сазна приликом обављања функције директора.⁶⁵⁵ У шпанском праву изричито је усвојено правило да директори не смеју да искористе пословну могућност ако су за њу сазнали захваљујући положају који заузимају у привредном друштву.⁶⁵⁶

У пракси није једноставно утврдити када је лице са дужностима до пословне могућности дошло у личном својству, а када не, што и примену овог критеријума чини непредвидивом. Процену додатно отежава то што су у савременим условима пословања могућности за самостално откривање и проналажење пословних прилика од стране чланова органа управе, контролних чланова и других лица са дужностима знатно веће. Директори, менаџери и савремени пословни људи имају мноштво личних контаката, они те контакте стално проширују модерним средствима комуникације (нпр. путем друштвених и пословних мрежа), они су чланови професионалних и струковних удружења, они настоје да константно унапређују своја знања присуством на професионалним и стручним скуповима и сл. Друштвене и пословне мреже, чланство у удружењима, присуство на конференцијама и скуповима и друге слични могућности за повезивање и „умрежавање“ повећавају могућности за самостално проналажење пословних прилика од стране лица са дужностима. Зато се ове особине савремене привреде и савременог живота уопште не смеју занемарити у примени критеријума својства у којем је лице са дужностима дошло до пословне могућности.

2.3.1.2. Интереси привредног друштва, појединаца и друштва у социолошком смислу

Иако је неспорно да је општа сврха прописивања посебних дужности заштита интереса привредног друштва, приликом регулисања пословних могућности и разграничења „припадности“ тих могућности између привредног друштва и лица са дужностима, треба имати у виду да, поред интереса друштва, постоје и други оправдани интереси који утичу или би барем требало да утичу на садржај ове правне регулативе. Мисли се на интересе појединаца, односно лица са дужностима и трећих лица која „нуде“ пословну могућност (посебно у контексту евентуалног одбијања

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ *Ibid.*, стр. 136.

⁶⁵⁶ Компанијски закон Шпаније, чл. 228.

трећег лица да послује са друштвом), као и о ширим друштвеним интересима. Правна регулатива треба да настоји да успостави равнотежу између, често, (потпуно) супротстављених интереса привредног друштва, заинтересованих појединаца (индивидуалних интереса) и друштва у социолошком смислу.

Примарни интерес привредног друштва потпуно је јасан. Оно жели да искористи могућност за закључење посла и стекне потенцијалну добит која може да произађе из реализације тог посла. Поред тога, за привредно друштво је важно да је правна регулатива таква да она одвраћа лица са дужностима од незаконитог присвајања пословних могућности, како би друштво могло несметано, на пример, да „подели“ информације, планове, идеје о будућим пословним подухватима са директорима друштва. Другим речима, правна регулатива пословних могућности, па и посебних дужности уопште, треба да допринесе стварању поверења између друштва и лица која управљају друштвом или имају контролу над друштвом.

Исто као што пословна могућност може „припадати“ привредном друштву, она може од самог почетка „припадати“ и лицу са дужностима. Ако пословна могућност припада лицу са дужностима, онда заправо друштво од тог лица присваја могућност за закључење посла и нарушава његова легитимна права.⁶⁵⁷ Персонално подручје примене посебних дужности постаје све шире, јер се шири круг лица са својством носиоца дужности, што посебно важи за српско право. Тако је, према ЗПД, сваки заступник друштва лице са дужностима, а то значи да лице које само повремено заступа друштво може бити спречено да користи све могућности за закључење посла које су у вези са предметом пословања друштва. Рестриктивна политика коришћења пословних могућности од стране лица са дужностима може нарушити и интересе трећих лица, ако она заиста не желе да послују са друштвом, већ искључиво са лицем које има дужности, а које према законским прописима може бити онемогућено да тај посао закључи.

Интереси друштва у социолошком смислу свODE се првенствено на стварање и развијање што више нових, успешних пословних подухвата, реализацију готово свих могућности за закључење послова које постоје на тржишту, подстицање развоја предузетништва и здраве тржишне конкуренције, промовисање слободе уговарања и сл. Узимајући у обзир значај развоја предузетништва (малих и средњих привредних друштава) који је неспоран у савременој привреди (посебно у земљама у транзицији), рестриктивна правна регулатива у погледу могућности за закључење послова од стране

⁶⁵⁷ Pat K. Chew, „Competing Interests in the Corporate Opportunity Cases“, *North Carolina Law Review*, бр. 2/1989, стр. 446.

лица са дужностима може негативно утицати на оснивање таквих друштава. Директор, који се професионално бави управљањем и вођењем послова друштва и који је стекао посебна знања у области пословања привредног друштва чији је директор, има веће изгледе да развије успешно ново привредно друштво, с обзиром на посебна знања у одређеној области пословања и менаџерске способности које поседује и које је развио кроз управљање друштвом.⁶⁵⁸

2.3.1.3. Два приступа питању „припадности“ пословних могућности у упоредном праву

Од дефинисања критеријума за утврђивање „припадности“ могућности за закључење посла и начина балансирања или одређивања приоритета између различитих интереса (индивидуалних, привредног друштва, друштвених), о којима је било говора, зависи приступ правној регулативи пословних могућности. У вези са овим питањем у земљама англосаксонске правне традиције постоји значајна разлика између америчког и британског права. Амерички приступ правном регулисању пословних могућности обично се сматра либералним и флексибилним,⁶⁵⁹ док се британски приступ означава као радикалан и стриктан.⁶⁶⁰ Либерални приступ подразумева флексибилно тумачење критеријума „припадности“ и утврђивање те припадности на основу свеобухватне оцене свих анализираних критеријума. Радикални приступ полази од претпоставке да све (или барем готово све) могућности за закључење посла „припадају“ друштву. Последица усвајања либералног приступа је постојање мањег ризика за лица са дужностима и омогућавање коришћења пословних могућности од стране тих лица у већем броју случајева, док радикални приступ подразумева свеобухватнију и бољу заштиту привредног друштва и његових чланова. Либерални приступ америчког права треба свакако посматрати и у контексту тзв. регулаторне конкуренције која постоји између америчких савезних држава, пошто свака од њих настоји да оснивање и пословање друштава учини једноставнијим и ефикаснијим и тако привуче што више оснивача друштава. У томе предњачи Делавер, у којем послује 66% свих америчких јавних друштава, али и 66% друштава која се налазе на листи 500 најмоћнијих

⁶⁵⁸ *Ibid.*, стр. 453.

⁶⁵⁹ Као и увек када говоримо о америчком корпоративном праву, тешко је извући прецизне закључке опште природе, пошто се доктрина пословних могућности развијала у судској пракси 50 различитих савезних држава, између којих су разлике некад минорне, али понекад могу бити и суштинске.

⁶⁶⁰ David Kershaw, „Lost in Translation: Corporate Opportunities in Comparative Perspective“, *Oxford Journal of Legal Studies*, бр. 4/2005, стр. 604.

америчких корпорација *Fortune 500*.⁶⁶¹ Према томе, разлика између два приступа не мора нужно да буде последица квалитета различитих правних решења или давања различитог приоритета интересима привредног друштва, заинтересованих појединаца и друштва у социолошком смислу, већ до ње доводе и различито регулаторно окружење и правно - политички циљеви који се у том окружењу намећу као приоритетни.

Постојање два приступа у вези са регулисањем питања пословних могућности може се уочити и у националним законодавствима држава чланица ЕУ. Радикални приступ усвојен је, као што је већ речено, у британском праву, али и у компанијском праву земаља које следе британски приступ (Република Ирска, Кипар, Малта, Литванија).⁶⁶² У тим земљама постоји широко прописана посебна дужност избегавања сукоба интереса, а питање „припадности“ пословне могућности регулисано је тако да се прописана дужност односи не само на стварни, постојећи сукоб интереса, већ и на потенцијални сукоб интереса.⁶⁶³ Другим речима, сматра се да пословна могућност „припада“ друштву независно од делатности које оно у том тренутку обавља у пословном промету, интереса или очекивања, финансијских средстава, евентуалних законских ограничења итд. У земљама које усвајају либералнији приступ (нпр. Немачка, Аустрија, Словенија) постоји само посебна дужност поштовања забране конкуренције, а том дужношћу обично је обухваћен само стварни сукоб интереса, односно економска активност лица са дужностима која је у оквиру предмета пословања привредног друштва.⁶⁶⁴ Коначно, неколико држава чланица ЕУ није законски регулисало питање пословних могућности, а доктрина пословних могућности није развијена ни у судској пракси тих земаља (Француска, Белгија, Луксембург, Холандија, скандинавске земље).⁶⁶⁵ Ипак, у тим земљама се проблем коришћења пословних могућности од стране лица са дужностима обично решава применом општих правних принципа. Свакако најзначајнији принцип је опште примењива дужност лојалности, која је изричито прописана законом или је створена у судској пракси неких од наведених земаља (Француска, Шведска). Земље које такву општу дужност не познају као основу примене доктрине пословних могућности користе дужност пажње, дужност промовисања пословног успеха друштва, опште принципе деликтног права и сл.⁶⁶⁶

⁶⁶¹ Наведено према: <http://www.corp.delaware.gov/aboutagency.shtml>, 19.02.2017.

⁶⁶² С. Gerner-Beuerle, Р. Paech, Е. Р. Schuster, стр. 149.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ *Ibid*, стр. 152.

⁶⁶⁶ *Ibid*, стр. 153.

2.3.1.4. „Припадност“ пословне могућности у српском праву

ЗПД не даје пуно смерница за одређивање „припадности“ пословне могућности. Постоје само два правила која могу бити од користи у разграничењу између могућности за закључење послова које припадају друштву и оних пословних могућности које лица са дужностима могу несметано користити у личном интересу. Прво, ЗПД-ом је прописана релативна забрана коришћења могућности за закључење послова *које се укажу друштву*. Друго, ЗПД изричито прописује да немогућност друштва да закључи послове не утиче на постојање дужности избегавања сукоба интереса.

Прво наведено правило може да изазове дилеме у примени, јер формулација „које се укажу друштву“ није сасвим јасна и може (али и не мора) да се односи на два критеријума „припадности“ пословне могућности. Чини се да ова формулација највише упућује на критеријум својства у којем је лице са дужностима сазнало за могућност закључења посла. Другим речима, ако би за могућност за закључење посла оно сазнало независно од његове повезаности са друштвом, онда се не би радило о могућности која се указала друштву, већ лицу са дужностима. Исто тако, поменута формулација могла би да буде основа за тумачење да изричито одбијање трећег лица да послује са друштвом значи да се могућност за закључење посла није указала друштву. Ово тумачење не треба усвојити, због већ описаних ризика и опасности до којих доводи критеријум одбијања трећег лица да послује са друштвом. Друго наведено правило не би требало да изазива било какве дилеме у примени, јер се њиме недвосмислено негира значај било које врсте немогућности (правне, економске, фактичке) друштва да искористи могућност за закључење посла за утврђивање „припадности“ те могућности.

ЗПД ни на који начин не регулише питање односа између могућности за закључење посла и предмета пословања друштва. Овај критеријум, који се обично сматра најзначајнијим критеријумом „припадности“, свакако заслужује посебну пажњу српског законодавца. Иако ни британски закон, који је послужио као узор српском законодавцу, не регулише то питање, институт присвајања пословних могућности предмет је дуготрајне примене британских судова. Домаћа судска пракса нема готово никакво искуство у примени ових одредаба, па је зато остављање тако значајног питања нерегулисаним пропуст законодавца. Интенција законодавца је усвајање радикалног приступа проблему пословних могућности, па би у складу са тим требало тумачити и питање односа између могућности за закључење посла и предмета пословања друштва.

2.3.2. Услови за коришћење пословних могућности од стране лица са дужностима

Пре указивања на правни режим дозвољеног коришћења пословних могућности, које „припадају“ привредном друштву, од стране лица са дужностима, у домаћем праву, указаћемо на нека упоредно – правна решења овог питања (дозвољено коришћење пословних могућности у америчком и британском праву).

2.3.2.1. Услови за коришћење пословних могућности у упоредном праву

Утврђивање да конкретна могућност за закључење посла „припада“ привредном друштву не значи да лице са посебним дужностима ни под којим условима не може да користи ту пословну могућност. Услов за коришћење пословне могућности обично је одобрење надлежног органа привредног друштва, чему по логици ствари претходи обавештење органа друштва о намери коришћења могућности. На пример, амерички МВСА усваја управо такво решење. Директор може користити пословну могућност друштва, ако су кумулативно испуњена три услова: 1) пријављивање правног посла друштву пре него што је директор постигао правно обавезујући споразум са трећим лицем којим се материјализује коришћење пословне могућности; 2) обавештавање надлежног органа друштва о свим материјалним чињеницама у вези са пословном могућношћу, које су познате директору; 3) одобрење од стране квалификованих директора или скупштине друштва у складу са чл. 8.62. (којим је регулисано одобрење правног посла са личним интересом директора).⁶⁶⁷ Непоступање у складу са поменути поступком неће, пак, само по себи, у евентуалном судском поступку довести до закључка да је пословна могућност требало, најпре, да буде понуђена привредном друштву.⁶⁶⁸ У америчким савезним државама постоје два мишљења о питању правног дејства (не)пријављивања коришћења пословне могућности. Према једном, чињеница да ли је, или није, директор пријавио коришћење могућности само је један у низу фактора које ће суд имати у виду приликом процене да ли постоји повреда дужности лојалности (Делавер начелно усваја ово мишљење).⁶⁶⁹ Према другом, директор је у сваком случају дужан да пријави намеру коришћења могућности, а ако то не би учинио,

⁶⁶⁷ МВСА, чл. 8.70. (а).

⁶⁶⁸ МВСА, чл. 8.70. (б).

⁶⁶⁹ D. Landes, стр. 861, 863.

сматраће се да постоји повреда дужности лојалности (мишљење усвојено у Принципима корпоративног управљања Америчког правног института).⁶⁷⁰

Британским компанијским законом предвиђене су две ситуације у којима је директору, као једином субјекту дужности лојалности у британском праву, дозвољено да искористи могућност за закључење посла која „припада“ друштву: 1) ако се у конкретном случају не може разумно сматрати да постоји вероватноћа за настанак сукоба интереса или 2) ако су директори дали одобрење за коришћење могућности.⁶⁷¹ Прва ситуација се може односити на случај у којем је друштво одлучило, након што је било адекватно информисано и након што је истражило све релевантне околности, да не започне са пројектом (коришћењем пословне могућности) и дозволи директору да самостално настави са његовом реализацијом.⁶⁷² Тада се може сматрати да не постоји повреда дужности директора. Други случај представља одступање од старог правила одобрења коришћења пословних могућности, које се развијало у британској судској пракси, а према коме је одобрење давала скупштина друштва.⁶⁷³ Британско право прави разлику између нејавних и јавних друштава у погледу одобрења коришћења пословне могућности која „припада“ друштву. У нејавним друштвима одобрење дају директори, осим ако је оснивачким актом другачије одређено.⁶⁷⁴ У јавним друштвима, одобрење дају директори само ако је могућност таквог одобрења изричито предвиђена оснивачким актом.⁶⁷⁵ Ова разлика вероватно је заснована на чињеници да су у многим нејавним друштвима чланови друштва истовремено и директори, па сходно томе они одлучују о давању одобрења, а у другим нејавним друштвима чланови имају стварну моћ приликом избора директора, за разлику од јавних друштава у којима дисперзовани акционари немају пуно стварног утицаја на избор директора.⁶⁷⁶

⁶⁷⁰ *Ibid.*, стр. 861, 864.

⁶⁷¹ СА, чл. 175 ст. 4.

⁶⁷² А. Кеау (2014), стр. 279.

⁶⁷³ *Regal (Hastings) v. Gulliver*. Приликом реформе британског компанијског права, која је резултирала доношењем новог компанијског закона 2006. године, Водећа група за ревизију компанијског права изнела је став да је одобрење коришћења пословне могућности од стране скупштине непрактичан и претеран захтев и да такво правило није у складу са идејом да све пословне одлуке у компанији доноси одбор директора. Исто тако, старо правило спутавало је предузетнички дух и пословну активност *start up* предузећа. (Company Law Review Modern Company Law for a competitive economy: final report, London, 2001, par. 3.23.)

⁶⁷⁴ СА, чл. 175 ст. 5(а).

⁶⁷⁵ СА, чл. 175 ст. 5(б).

⁶⁷⁶ А. Кеау (2014), стр. 280.

2.3.2.2. Дозвољено коришћење пословних могућности у српском праву

Српско компанијско право познаје једну ситуацију у којој лице са дужностима може да користи могућности за закључење посла, које „припадају“ привредном друштву, у сопственом интересу или интересу са њим повезаних лица. То је ситуација у којој је надлежни орган друштва дао лицу са дужностима *претходно или накнадно одобрење* за коришћење те могућности. Кључно питање за правилну примену правила о дозвољеном коришћењу пословних могућности је утврђивање у којим случајевима је лице са дужностима обавезно да пријави могућност за закључење посла и затражи одобрење за њу.

Обавеза пријављивања постоји када лице са дужностима утврди да могућност за закључење посла „припада“ друштву. Али, питање припадности могућности, као што је већ речено, зависи од бројних околности конкретног случаја, а првобитна процена да ли нека могућност „припада“ друштву увек је на лицу са дужностима. На пример, директор привредног друштва које се бави експлоатацијом руде гвожђа сазна на пословном ручку за изградњу и продају апартманског насеља у познатом летовалишту, које је веома погодно за изнајмљивање. На њему је процена да ли могућност куповине и изнајмљивања апартмана може бити од значаја за привредно друштво и да ли је потребно ту могућност пријавити друштву. Јасно је да предмет пословања друштва у наведеном примеру не обухвата активности изнајмљивања апартмана, али исто тако не постоје сметње да друштво реализује могућност, ако има финансијска средства расположива за улагање и ако се очекује да ће улагање бити исплативо. Ситуација може бити још компликованија, ако директор има и личне, пријатељске контакте са лицем које је понудило продају апартмана, или ако је за могућност сазнао у неформалном разговору невезаном за обављање функције директора привредног друштва, јер се онда поставља додатно питање својства у којем је сазнао за пословну могућност. Првобитна процена „припадности“ пословне могућности увек оставља одређени (мањи или већи) степен дискреције лицу са дужностима, које може тврдити како је разумно и савесно претпостављало да конкретна могућност, коју није пријавило, није „припадала“ друштву. У српском праву та дискреција није велика, због већ поменутог радикалнијег приступа регулисању пословних могућности. Проблем овог дискреционог права може се решити прописивањем обавезе обавештавања и на страни привредног друштва. Друштво би имало обавезу да обавести лица са дужностима о томе које могућности су од значаја за друштво и као такве предмет обавезе

пријављивања лица са дужностима.⁶⁷⁷ Таква обавеза има смисла ако би постојала обавеза обавештавања унапред о могућностима које су генерално од значаја за друштво, односно о врсти послова које друштво намерава да предузима у будућности.

Након утврђивања постојања дужности пријављивања пословне могућности, следећа питања, која се постављају, тичу се садржине те пријаве и органа надлежног за давање одобрења. ЗПД-ом питање садржине пријаве није посебно регулисано, али се као неопходан услов примене правила о одобрењу намеће потреба обавештавања надлежног органа друштва о свим чињеницама значајним за доношење те одлуке (конкретизација и начин реализације могућности за закључење посла, средства неопходна за реализацију, потенцијална добит итд.). У погледу органа надлежног за давање одобрења и већине за одлучивање, ЗПД упућује на сходну примену чл. 66. којим је регулисано одобрење послова и радњи у којима лице са дужностима има лични интерес. Све речено у погледу надлежности, кворума, већине за одлучивање, проблему постизања суштинске непристрасности приликом одлучивања чланова скупштине друштва, директора/одбора директора или надзорног одбора важи и за одобрење коришћења могућности за закључење посла. Међутим, постоје и неке специфичности које доводе у питање опредељење законодавца да исти правни режим одобрења предвиди за послове и радње са личним интересом и за коришћење пословних могућности.

Појам пословне могућности сам по себи недовољно је јасан, одређен, како у погледу „припадности“, тако и у погледу потребе коришћења могућности која „припада“ друштву. То значи да је много једноставније члановима друштва, директорима или члановима надзорног одбора да одобре коришћење могућности лица са дужностима него посао или радњу са личним интересом. У случају повреде дужности пријављивања послова и радњи углавном постоји конкретан правни посао, најчешће уговор, који може бити предмет оцене и утврђивања његовог „поштења“ и користи таквог посла за друштво (из уговора се види цена и други битни елементи посла који не остављају превише простора за субјективну процену органа надлежног за одобрење).⁶⁷⁸ Код пословних могућности, као и увек код предузимања нових пословних подухвата, постоји неизвесност у погледу крајњег исхода посла. У привреди се никада не може са сигурношћу тврдити да ће неки посао донети добит, јер се услови и кретања на тржишту никада не могу у потпуности предвидети. То оставља значајан степен

⁶⁷⁷ P. Chew, стр. 483.

⁶⁷⁸ D. Brown, стр. 272.

слободе приликом одлучивања надлежног органа друштва о коришћењу пословне могућности од стране друштва или препуштању те могућности лицу са дужностима, а што доводи у питање опредељење српског законодавца да усвоји чак и флексибилнији правни режим одобрења повреде дужности избегавања сукоба интереса, прописивањем могућности накнадног одобрења. Пријављивање пословне могућности друштву након што је лице са дужностима већ искористило ту могућност не оставља пуно простора привредном друштву које је желело да могућност искористи. Важно је истаћи још једну негативну страну правног режима одобрења коришћења пословних могућности, а то је чињеница да такво одобрење може угрозити интересе поверилаца друштва, ако се ради о потенцијално профитабилној могућности, а солвентност друштва је доведена у питање.

Правна последица одобрења је могућност несметаног коришћења пословне могућности од стране лица са дужностима. Као ни код послова и радњи са личним интересом, ни код дужности избегавања сукоба интереса не постоји могућност накнадне судске оцене исправности давања одобрења, односно коришћења пословне могућности од стране лица са дужностима. Једина брана несавесном давању одобрења је примена дужности пажње приликом гласања о давању одобрења од стране директора или надзорног одбора (не и скупштине, јер чланови друштва нису субјекти дужности пажње у српском праву). Ово је и пример неопходности повезивања свих посебних дужности.

2.4. Апсолутна забрана злоупотребе положаја у друштву

Лице са дужностима не може да у свом интересу или у интересу са њим повезаног лица злоупотреби свој положај у друштву. Коришћење термина „злоупотреба положаја“ јасно упућује на кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из чл. 227. Кривичног законика (у даљем тексту: КЗ).⁶⁷⁹ Имајући у виду да је злоупотреба положаја лица са дужностима кривично дело, логично је опредељење законодавца да та врста сукоба интереса буде предмет апсолутне забране, односно да је злоупотреба положаја једини облик повреде дужности избегавања сукоба интереса који не може бити предмет одобрења надлежног органа друштва.

⁶⁷⁹ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016).

Појам „злоупотреба положаја“ веома је широк и њиме не морају бити обухваћена само она понашања која су инкриминисана КЗ-ом. Злоупотребом се у најширем смислу може сматрати свако поступање лица са дужностима које није у интересу привредног друштва, већ је предузето зарад задовољења неког другог интереса. Ако би се појам злоупотребе схватио овако широко, онда би се свака, или готово свака, повреда посебне дужности могла подвести под злоупотребу положаја лица са дужностима. Ипак, у смислу чл. 69 ст 1 тач. 3. ЗПД, смисао и значење појма „злоупотреба положаја“ требало би ограничити само на кривично - правни смисао овог појма. Разлог за то је чињеница да би евентуалним ширим тумачењем појма „злоупотреба положаја“, под овај појам лако могли да се подведу и случајеви коришћења имовине, информација и могућности за закључење послова, који су, као што је већ речено, предмет релативне забране. То би довело до нејасноћа, дилема, забуне приликом утврђивања која понашања лица са дужностима могу да буду предмет одобрења надлежног органа привредног друштва. Зато ћемо у кратким цртама анализирати биће кривичног дела „злоупотреба положаја одговорног лица“ из КЗ.

У кривично - правном смислу, злоупотреба положаја подразумева искоришћавање положаја или овлашћења одговорног лица, прекорачење граница овлашћења, као и невршење дужности одговорног лица, којим се прибавља противправна имовинска корист за то лице или друго физичко или правно лице, или се другом наноси имовинска штета.⁶⁸⁰ Одговорним лицем у правном лицу сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова.⁶⁸¹ Радња извршења овог кривичног дела одређена је алтернативно: 1) искоришћавање положаја или овлашћења; 2) прекорачење граница овлашћења; 3) невршење дужности. Искоришћавање положаја или овлашћења најчешће се врши повредом неког прописа (повреда формалног прописа, повреда материјалног прописа, повреда сврхе или циља прописа).⁶⁸² Прекорачење граница овлашћења подразумева предузимање радње на коју одговорно лице није било овлашћено, предузимање радње на коју је то лице било овлашћено под одређеним условима (нпр. претходно или накнадно одобрење), а да тражени услови нису били

⁶⁸⁰ КЗ, чл. 227 ст. 1.

⁶⁸¹ КЗ, чл. 112 тач. 5.

⁶⁸² Мирко Кулић, „Постојање имовинске штете и противправне имовинске користи као елеменат бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица у случају усвајања унапред припремљеног плана реорганизације“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017, стр. 236.

испуњени, предузимање радње која не спада у надлежност одговорног лица, већ неког другог органа итд. Невршење дужности постоји када одговорно лице не предузима радњу коју је, у границама свог овлашћења и своје дужности, било дужно да учини.⁶⁸³ Да би постојало кривично дело, неопходно је да радња кривичног дела произведе једну од законом прописаних последица: 1) прибављање противправне имовинске користи⁶⁸⁴ одговорном лицу или другом физичком или правном лицу, 2) проузроковање имовинске штете било ком другом лицу. Дело се може извршити само са умишљајем.⁶⁸⁵ Кратком анализом овог кривичног дела закључујемо да је и кривично – правни смисао и значење појма „злоупотреба положаја“ прилично широк, али, ипак, даје извесну конкретизацију прописивањем последица радње кривичног дела.

3. Дужност поштовања забране конкуренције

Непоштовање забране конкуренције један је вид (облик испољавања) нелојалног понашања лица са посебним дужностима, односно повреде дужности лојалности. У најширем смислу, повреда забране конкуренције се састоји у обављању различитих (најчешће) економских активности лица са дужностима, које, посредно или непосредно, представљају активности конкурентне привредном друштву према коме постоји дужност.

Забрана конкуренције није предмет интересовања и регулисања искључиво компанијског права. Она је и предмет радног права и права конкуренције. У оквиру радно - правног регулисања забране конкуренције препознаје се као неопходност постојање односа лојалности између послодавца и запосленог. Ова лојалност производ је обостране потребе радно - правних актера да обезбеде што бољу пословну, односно конкурентску позицију привредног друштва на тржишту. Право конкуренције бави се забраном конкуренције у компанијско - правном смислу у мери у којој повреда тог компанијско - правног правила може да има за последицу ограничавање, нарушавање

⁶⁸³ *Ibid.*, стр. 238.

⁶⁸⁴ Имовинска корист је добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и исправа у било ком облику којим се доказује право или интерес у односу на такво добро. Имовином се сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана (КЗ, чл. 112 тач. 36.).

⁶⁸⁵ М. Кулић, стр. 241.

или спречавање тржишне конкуренције. Примера ради, могућност да лице које има значајан утицај на функционисање, пословање и управљање једног привредног друштва има исто то својство у другом друштву потенцијално представља опасност за постојање (или успостављање) договорног, усклађеног тржишног понашања привредних друштава са „истом“ управом у циљу изигравања или избегавања правила о тржишној конкуренцији.

У даљем излагању бавићемо се различитим приступима питању забране конкуренције у упоредном законодавству, субјектима дужности поштовања забране конкуренције, њеним садржајем и предметом, ограничењима, као и условима под којима је дозвољено поступати супротно забрани конкуренције.

3.1. Различити приступи правном регулисању дужности поштовања забране конкуренције

У компанијском праву дужност поштовања забране конкуренције повезана је у знатној мери са коришћењем могућности за закључење послова које се укажу друштву (пословних могућности) у негативном смислу (у сопственом интересу, било да се ради о личном, или интересу повезаних лица), као једним од начина повреде дужности избегавања сукоба интереса. Сматра се да директор (и друга лица са дужностима) крши забрану конкурисања привредном друштву када: 1) поседује уделе или акције у конкурентском друштву или управља њиме (или другим привредним субјектом који обавља конкурентску делатност); 2) користи у личном интересу, за сопствене потребе, вредну пословну могућност која „припада“ привредном друштву.⁶⁸⁶ У упоредном праву постоје различити приступи правном регулисању забране конкуренције привредном друштву, као и међусобног односа ове дужности и забране коришћења пословних могућности. Могу се свести на три основна приступа: 1) непостојање посебне законске регулативе и ослањање на опште примењиву дужност лојалности, односно дужност избегавања сукоба интереса, којом је обухваћена и забрана конкурисања друштву; 2) прописивање посебне дужности поштовања забране конкуренције, којом је обухваћена и забрана коришћења пословних могућности; 3) посебно регулисање и дужности поштовања забране конкуренције и забране коришћења пословних могућности.

⁶⁸⁶ A. Cahn, D. Donald, стр. 338.

Први приступ карактеристичан је за америчко и британско право, али и за компанијско право појединих европских земаља (Француска, земље Бенелукса, скандинавске земље). У америчком праву не постоје посебна правила о забрани конкуренције привредном друштву (таква правила не познаје корпоративни закон Делавера, корпоративни закони других америчких савезних држава, као ни МВСА). Но, постојање дужности лојалности, као најзначајније фидуцијарне дужности у корпоративном праву обухвата и дужност неконкурисања друштву. Прави пример за ово је познати случај *McConnell v. Hunt Sports Enterprises*. Уговор чланова друштва садржао је одредбу којом је члановима дозвољено да конкуришу друштву.⁶⁸⁷ Суд се у овом случају изјашњавао о дозвољености искључења дужности лојалности уговором чланова, што несумњиво потврђује да се дужност неконкурисања сматра елементом дужности лојалности у америчком праву.⁶⁸⁸ У контексту ортачких друштава амерички УРА садржи посебно правило о забрани конкуренције. Дужност лојалности ортака према друштву и осталим ортацима, између осталог, обухвата и уздржавање од конкурисања друштву у оквиру предмета пословања друштва, до тренутка престанка ортачког друштва (не постоји тзв. постуговорна дужност, чак ни током спровођења поступка ликвидације или стечаја).⁶⁸⁹

У британском праву, такође, не постоји посебна дужност поштовања забране конкуренције, али постоји опште правило о избегавању сукоба интереса из чл. 175 ст. 1. компанијског закона (СА). Тим правилом обухваћена је и дужност неконкурисања компанији.⁶⁹⁰ Већ анализирана одредба компанијског закона која прописује опште примењиву дужност избегавања сукоба интереса представља правни основ и за поштовање забране конкуренције, која представља барем могући сукоб интереса.⁶⁹¹ Ово је нарочито видљиво када се узме у обзир чињеница да је законом изричито прописано да сукоб интереса обухвата како сукоб интереса и дужности, тако и сукоб дужности (који постоји када директор обавља ту функцију у више компанија, што изазива сукоб између различитих дужности лојалности које он дугује различитим

⁶⁸⁷ Наведено према: William A. Klein, J. Mark Ramseyer, Stephen M. Bainbridge, *Business Associations – Cases and Materials on Agency, Partnerships, and Corporations*, New York, 2012, стр. 292-297.

⁶⁸⁸ *Ibid.*

⁶⁸⁹ УРА. чл. 404 (б) (3).

⁶⁹⁰ Paul Krüger Andersen, Dorthe Kristensen Balshøj, „Directors’ Conflicts of Interest: A Contribution to European Convergence“, у: Hanne S. Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (ур.), *Boards of Directors in European Companies : Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties*, Alphen aan den Rijn, 2013, стр. 58.

⁶⁹¹ A. Keay (2014), стр. 291; Len Sealy, Sarah Worthington, *Cases and Materials in Company Law*, Oxford, 2010, стр. 341-342.

друштвима).⁶⁹² Међутим, ни ово није неспорно, јер се сматра да овакво тумачење може бити прешироко.⁶⁹³ Закон о ортаким друштвима (РА), као и у америчком праву, познаје посебну дужност неконкуренције ортака, којом је прописана забрана ортаку да се, без сагласности осталих ортака, бави послом исте природе као што је посао друштва, под условом да на тај начин конкурише друштву.⁶⁹⁴

У земљама које немају законску регулативу забране конкуренције, али ни развијену судску праксу по овом питању, поред опште примењиве дужности лојалности (Француска), значајну улогу у пракси имају уговори о регулисању међусобних права, обавеза и одговорности који се закључују између привредног друштва и директора (тзв. менаџерски уговори), а којима се уобичајено уговара клаузула забране конкуренције.⁶⁹⁵ Ти уговори се посебно често закључују са извршним директорима.⁶⁹⁶ Треба имати у виду и да непостојање посебне законске регулативе забране конкуренције у земљама које теже стварању и примени што је могуће либералнијег компанијског права (нпр. Луксембург) није резултат случаја или пропуста, већ намере промовисања регулисања овог питања на аутономној основи и немешања судова у обављање конкурентских делатности лица са дужностима у недостатку те регулативе.

Други приступ карактеристичан је за немачко и аустријско право, као и правне системе који традиционално следе решења усвојена у овим земљама (нпр. Словенија). У њима постоји посебно, врло широко формулисано правило о забрани конкуренције. Оно садржи у себи и забрану коришћења могућности за закључење послова, пошто таква забрана не постоји самостално, нити је обухваћена неком другом дужношћу (слично решење постоји и у мађарском, летонском, словачком праву).⁶⁹⁷

Трећи приступ је најређи у савременом компанијском праву. Овај приступ захтева јасно разграничење случајева у којима се примењује дужност поштовања забране конкуренције и случајева примене забране коришћења пословних могућности. Он је усвојен у српском компанијском праву, као и у италијанском и шпанском праву.

ЗПД познаје дужност поштовања забране конкуренције као посебну, законом именовану дужност. Примена ове дужности, као посебног института, подразумева

⁶⁹² СА, чл. 175 ст. 7.

⁶⁹³ Parker Hood, „Directors’ Duties under the Companies Act 2006: Clarity or Confusion“, *Journal of Corporate Law Studies*, бр. 1/2013, стр. 43.

⁶⁹⁴ РА, чл. 30.

⁶⁹⁵ Carsten Gerner-Beuerle, Edmund Philipp Schuster, „Mapping Directors’ Duties: Strategies and Trends in the EU“, у: Hanne S. Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (уп.), *Boards of Directors in European Companies: Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties*, Alphen aan den Rijn, 2013, стр. 20.

⁶⁹⁶ P.K. Andersen, D.K. Balshøj, стр. 64.

⁶⁹⁷ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 134, 136, 142.

следеће кораке: 1) утврђивање субјеката дужности; 2) утврђивање садржине дужности, односно предмета забране конкуренције; 3) утврђивање временског и просторног важења дужности, односно ограничења у том погледу; 4) услове под којима је дозвољено поступање супротно овој дужности.

3.2. Субјекти дужности поштовања забране конкуренције

Круг субјеката дужности поштовања забране конкуренције у упоредном праву често је ужи од круга субјеката дужности лојалности, односно фидуцијарних (посебних) дужности према привредном друштву. Из тог разлога ово питање предмет је посебног разматрања.

Субјекти ове дужности у немачком праву, на основу закона, су чланови управног одбора акционарског друштва⁶⁹⁸ и ортаци у ортачком друштву трговачког права.⁶⁹⁹ Међутим, немачка судска пракса развила је нека додатна правила о субјектима на које се примењује клаузула забране конкуренције, на основу опште прихваћене дужности лојалности чланова ДОО, акционара, директора ДОО и ортака у ортачким друштвима грађанског права. Већински чланови ДОО не смеју конкурисати друштву, а у неким случајевима, када имају посебан утицај на пословање друштва, забрана се примењује и на мањинске чланове ДОО.⁷⁰⁰ Исто тако, неспорно је да су директори ДОО субјекти дужности. Дуго се сматрало да акционари нису субјекти дужности поштовања забране конкуренције, али све чешће се износи став да они то јесу, додуше само у извесној мери, и то, пре свега, већински и контролни акционари.⁷⁰¹ Чак и они, међутим, могу да наставе да конкуришу привредном друштву, ако су већ обављали конкурентску економску активност у тренутку када су преузели контролу над акционарским друштвом.⁷⁰² Ортаци у ортачком друштву грађанског права, такође, су, на основу опште примењиве дужности лојалности, субјекти дужности поштовања забране конкуренције. Чланови надзорног одбора (и у акционарском друштву и у ДОО) нису

⁶⁹⁸ Aktg, чл. 88 ст. 1.

⁶⁹⁹ Немачки трговачки законик (HGB), чл. 112 ст. 1.

⁷⁰⁰ K.E. Sørensen, стр. 162.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² A. Cahn, стр. 351.

субјекти ове дужности, пошто они тај положај могу обављати као допунски посао, а да притом заузимају положај члана управног одбора у конкурентском друштву.⁷⁰³

У енглеском праву директор је, поред ортака, једини субјекат дужности избегавања сукоба интереса, из које произилази клаузула забране конкуренције. Како ова клаузула није предмет посебног разматрања у енглеском праву, и не постоје било каква правила о субјектима који су дужни да поступају у складу са њом. Чланови друштва традиционално нису субјекти дужности лојалности у енглеском праву, па то правило важи и у вези са дужношћу која је предмет разматрања.

У америчком праву неспорни субјекти дужности су ортаци и директори друштва. ULLCA изричито прописује да је директор друштва са ограниченом одговорношћу (без обзира да ли је то члан друштва или лице изван друштва) дужан да поштује забрану конкуренције друштву.⁷⁰⁴ Спорно је, међутим, да ли су и под којим условима субјекти дужности чланови/акционари друштва. У америчкој судској пракси постоје случајеви у којима је утврђено да је супротно дужности лојалности чланова/акционара да конкуришу друштву према коме ту дужност имају.⁷⁰⁵ Ипак, судска пракса није конзистентна по том питању, па тако то да ли ће неко лице бити сматрано субјектом дужности поштовања забране конкуренције зависи првенствено од околности конкретног случаја. На пример, у случају *Hagshenas v. Gaylord*, Апелациони суд савезне државе Илиноис заузео је став да сви акционари (затворено акционарско друштво у конкретном случају, енг. *close corporation*, које је, према оцени суда, фактички функционисало као ортачко друштво) имају фидуцијарну дужност лојалности према друштву и другим акционарима. Конкретније, суд је утврдио да акционар, који је претходно напустио све управљачке позиције у друштву и чији је уговор о раду са друштвом престао, не сме да конкурише друштву док год је његов акционар.⁷⁰⁶ Ово правило свакако није универзално прихваћено, јер се субјектима дужности много чешће сматрају само већински и контролни акционари/чланови.

У хрватском праву правило о забрани конкуренције примењује се на ортаке,⁷⁰⁷ комплементарне⁷⁰⁸ и директоре.⁷⁰⁹ Оно се, међутим, не примењује на све директоре, већ

⁷⁰³ A. Cahn, D. Donald, стр. 339.

⁷⁰⁴ ULLCA, чл. 409 (б) (3) и чл. 409 (i)(2).

⁷⁰⁵ K.E. Sørensen, стр. 162.

⁷⁰⁶ 557 N.E.2d 316, 323 (Ill. App. Ct. 1990); наведено према: James M. Van Vliet, Jr., Mark D. Snider, „The Evolving Fiduciary Duty Solution for Shareholders Caught in a Closely Held Corporation Trap“, *Northern Illinois University Law Review*, бр. 2/1998, стр. 239-240.

⁷⁰⁷ Закон о трговаčким друштвима Хрватске (*Narodne novine*, бр. 111/93, 34/99., 121/99. – вјеродостојно тумачење, 52/00. – Одлука УСРН, 118/03., 107/07., 146/08., 137/09; у даљем тексту: ZTD), чл. 76 ст. 1.

⁷⁰⁸ ZTD, чл. 138.

само на чланове управе у једнодомној организацији управљања и извршне директоре у дводомној организацији.⁷¹⁰ Правило се не примењује на неизвршне директоре и чланове надзорног одбора.

Круг субјеката дужности поштовања забране конкуренције у српском праву само је за нијансу ужи од укупног круга лица са посебним дужностима према привредном друштву. Наиме, забрану конкуренције дужна су да поштују сва лица наведена у чл. 61 ст. 1. ЗПД, осим ликвидационог управника, који је логично изузет због природе, садржаја и трајања функције (посла).⁷¹¹ Приступ српског законодавца клаузули забране конкуренције видљиво је рестриктиван. Такав приступ није оправдан када је реч о члановима надзорног одбора и неизвршним директорима у једнодомној организацији управљања. Природа њиховог положаја, и послови, за које су они задужени у привредном друштву, намећу потребу флексибилнијег приступа у односу на њих и омогућавање да тај исти положај могу да заузимају и у конкурентским друштвима или, пак, да у њима обављају функцију (извршног) директора, који свакодневно води послове друштва. Ово је значајно размотрити због чињенице да је круг субјеката ове дужности одређен императивном одредбом, у погледу сужења истог. Наиме, на аутономној основи, оснивачким актом или статутом, забрана конкуренције може се проширити и на друга лица, чиме се не може дирати у стечена права тих лица. Како законодавац у чл. 75 ст. 2. ЗПД таксативно наводи у којим случајевима законски режим забране конкуренције може бити измењен вољом чланова друштва, произилази да се круг субјеката не може сузити, већ само проширити.

Један вид проширења круга субјеката регулисан је Законом о раду (у даљем тексту: ЗР),⁷¹² који, такође, познаје клаузулу забране конкуренције. Према ЗР, субјекти забране конкуренције могу бити запослени. Међутим, клаузула забране конкуренције у радном праву регулисана је диспозитивном одредбом, па ће запослени бити субјекат ове забране само ако је то предвиђено уговором о раду. Уговором о раду могу да се утврде послови које запослени не може да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, без сагласности послодавца код кога је у радном односу.⁷¹³ Забрана конкуренције не може да се утврди за све запослене, већ само ако постоје услови да запослени радом код послодавца стекне нова, посебно

⁷⁰⁹ ЗТД, чл. 248 ст. 1. и чл. 429 ст. 1.

⁷¹⁰ ЗТД, чл. 272.л ст. 8.

⁷¹¹ ЗПД, чл. 75 ст. 1.

⁷¹² *Службени Гласник Републике Србије*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 – одлука Уставног суда.

⁷¹³ ЗР, чл. 161 ст. 1.

важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или да дође до сазнања важних пословних информација и тајни.⁷¹⁴

3.3. Садржина и предмет дужности поштовања забране конкуренције

Садржина ове дужности је забрана обављања одређених привредних активности (послова), као и забрана стицања законом одређених својстава у другим привредним субјектима (пословна својства). Послови и пословна својства су предмет (објекат) ове дужности. Обим предмета дужности одређује степен ограничења економске активности лица са дужностима. Приликом одређивања предмета забране треба имати у виду два легитимна циља прописивања клаузуле забране конкуренције: легитиман интерес корисника клаузуле (привредног друштва) и очување економске слободе дужника из клаузуле (лица са дужностима);⁷¹⁵ клаузула је супротна начелу привредног либерализма и праву на рад.⁷¹⁶ Садржина дужности и предмет забране конкуренције у упоредном праву зависе од тога на који начин законодавац мири ове супротстављене циљеве клаузуле или, пак, даје јасан приоритет једном од њих. Поред тога, садржина и предмет ове клаузуле зависе и од већ поменутог регулаторног приступа, односно од тога да ли се правилом о забрани конкуренције настоји обухватити и коришћење пословних могућности друштва. Предмет забране конкуренције може обухватити: 1) забрану закључивања правних послова у оквиру предмета пословања; 2) забрану обављања привредне делатности (која је у оквиру предмета пословања друштва или независно од тога) како за свој, тако и за туђ рачун; 3) забрану стицања законом одређених својстава у другом (конкурентском) друштву (нпр. својство директора, члана надзорног одбора, контролног члана и др.); 4) забрану обављања припремних активности за самостално обављање конкурентске делатности.

⁷¹⁴ ЗР, чл. 161 ст. 2.

⁷¹⁵ М. Васиљевић (2013б), стр. 137.

⁷¹⁶ Миодраг Мићовић, „Клаузула сукоба интереса и забране конкуренције“, у: Миодраг Мићовић (ур.), *У сусрет новим правним решењима*, Крагујевац, 2006, стр. 51.

3.3.1. Три различита приступа (радикални, умерено радикални, либерални)

У зависности од ширине предмета забране и флексибилности правног режима забране конкуренције, разликујемо: а) радикални; б) умерено радикални и в) либерални приступ.

а) Радикални приступ дужности поштовања забране конкуренције постоји у немачком праву (у великој мери то важи и за аустријско право). У немачком праву забрана конкуренције регулисана је Законом о акционарским друштвима. Она обухвата: 1) забрану ангажовања у било ком другом послу/бизнису (нем. *Handelsgewerbe*); 2) предузимање било ког правног посла у оквиру предмета пословања друштва, за свој или за туђ рачун (обухваћене су пословне могућности); 3) класичну забрану конкурисања кроз ангажовање у другом друштву (као директор, члан органа управе или ортак).⁷¹⁷ Радикалност немачког приступа огледа се првенствено у његовој императивној правној природи, али и томе да садржина забране у одређеним случајевима није предметно ограничена (забрана важи без обзира на предмет пословања). Тако субјекат дужности не може да обавља било коју другу привредну делатност, за свој или за туђ рачун, без обзира на предмет пословања тог другог *бизниса*. Под обављањем привредне делатности подразумева се да члан управног одбора не може да обавља делатност у циљу стицања добити на трајној основи.⁷¹⁸ Такође, забрана постоји независно од тога да ли обављањем те делатности може да настане штета за друштво.⁷¹⁹ Закључивање послова подразумева свако учешће у привредном саобраћају усмерено на стицање добити, које не служи само задовољењу властитих приватних потреба, при чему је ирелевантно да ли постоји стварно, фактичко конкурисање друштву (довољно је да постоји само могућност конкурисања) и да ли је наступила штета по друштво.⁷²⁰ Као разлог за прописивање овако широке забране конкуренције наводи се значај положаја члана управног одбора за свако акционарско друштво, који мора у пуној мери да стави на располагање свој рад акционарском друштву.⁷²¹ Стицање својства члана управног одбора, директора или ортака није дозвољено независно од предмета пословања тог другог друштва.⁷²²

⁷¹⁷ Aktg, чл. 88 ст. 1.

⁷¹⁸ Wulf Goette, Mathias Habersack, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München, 2008, стр. 409.

⁷¹⁹ Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz Kommentar*, Köln, 2015, стр. 1356.

⁷²⁰ K. Schmidt, M. Lutter, стр. 1356-1357.

⁷²¹ W. Goette, M. Habersack, стр. 409.

⁷²² K. Schmidt, M. Lutter, стр. 1357.

б) Умерено радикални приступ постоји у бројним европским земљама које у доброј мери следе немачки приступ, али не у потпуности, с обзиром да те земље постављају предметно ограничење забране конкуренције. У ову групу законодавстава убрајају се Хрватска, Словенија, Бугарска, Чешка, Естонија, Летонија, Мађарска, Словачка итд.⁷²³ Заједничко за ове земље је да, комбинујући неки од поменути четири елемента забране конкуренције, за сваки од елемената прописују предметно ограничење, захтевајући постојање повезаности, мање или веће, између предмета пословања друштва које је објекат дужности и правног посла, делатности или предмета пословања другог привредног субјекта у којем се стиче недозвољено својство. Као пример умеренијег приступа може се навести словеначко право, које, најпре, прописује класично правило о забрани конкуренције, које се примењује на ортаке, комплементарне, чланове друштва са ограниченом одговорношћу, директоре друштва са ограниченом одговорношћу, чланове управе, управног одбора и надзорног одбора акционарског друштва.⁷²⁴ Садржина забране састоји се у немогућности да наведена лица имају исто својство, својство запосленог или да буду власници другог привредног друштва, чије делатности јесу или могу да буду директно конкурентне друштву.⁷²⁶ Поред овог општег, постоји и посебно правило о дужности поштовања забране конкуренције, које се односи само на чланове управе (у дводомној организацији управљања) и извршне директоре (у једнодомној организацији управљања), којима је забрањено да без сагласности надзорног одбора обављају делатности у циљу стицања добити, које су у оквиру предмета пословања друштва, као и да закључују послове за свој или туђ рачун.⁷²⁷

в) Земље *common law* правне традиције карактерише либерални приступ дужности поштовања забране конкуренције, а општа оцена је да ове земље, кроз законодавство, литературу и судску праксу не посвећују тако велику пажњу овој дужности (у поређењу са другим појавним облицима дужности лојалности). Чак ни само постојање дужности поштовања забране конкуренције није неспорно, а када је реч о њеној садржини врло је узак круг понашања која се сматрају повредом забране конкуренције, односно која су до сада предмет интересовања англосаксонске теорије и

⁷²³ Сумарни преглед правила о забрани конкуренције у наведеним земљама види у: С. Gerner-Beuerle, P. Raech, E. P. Schuster, стр. 127-143.

⁷²⁴ Органи управљања и надзора у словеначком компанијском праву су управа, управни одбор и надзорни одбор. У једнодомној организацији управљања друштво има управни одбор (који може имати једног или више извршних директора), а у дводомној управу и надзорни одбор (ZGD, чл. 253.).

⁷²⁵ ZGD, чл. 41.

⁷²⁶ ZGD, чл. 41 ст. 1.

⁷²⁷ ZGD, чл. 271. и чл. 290 ст. 11.

судске праксе. Без обзира на изнете контроверзе око постојања забране конкуренције, два облика забране предмет су посебне пажње у англосаксонској теорији и пракси: забрана директору да исто својство има у конкурентским друштвима (тзв. вишеструко директорство, енг. *multiple directorship*) и забрана спровођења припремних радњи за обављање конкурентске делатности (најчешће кроз оснивање конкурентског друштва).

Узрок недоумица о постојању дужности поштовања забране конкуренције директора у британском праву је класичан и веома често цитиран случај *London & Mashonaland Co Ltd v New Mashonaland Exploration Co Ltd*. У њему је суд стао на становиште да директор може имати исто својство у конкурентском друштву, под условом да то није забрањено конститутивним актима друштва, посебним уговором са директором и ако директор није повредио своје дужности (није преносио информације о пословању једног друштва другом друштву).⁷²⁸ Иако често коришћен и у каснијим пресудама, домет и значај наведене пресуде није сасвим јасан. Он се сматра „дуготрајном загонетком“ британског компанијског права.⁷²⁹ Постоје и примери ширења домета ове пресуде, тако што је директорима дозвољено да чак и лично конкуришу друштву (нпр. оснивањем конкурентског друштва), али и ставови да без обзира на овај случај британско право познаје дужност поштовања забране конкуренције, која, пак, није апсолутна и строга.⁷³⁰ Позиција британског права је таква да обављање функције директора у конкурентским друштвима не представља *per se* кршење правила о забрани сукоба интереса, али уз уважавање чињенице да то може довести директора у недозвољени сукоб интереса.⁷³¹ Не постоји потпуно ригидно правило да директор не може бити ангажован у обављању конкурентске привредне делатности у односу на делатност коју обавља привредно друштво у коме је он директор (случај *Plus Group Ltd. vs. Pyke*). Као један од аргумената који иде у прилог „оправданог“ конкурисања од стране директора судови су разматрали онемогућавање, ометање директора да своју актуелну, постојећу функцију директора обавља на прави начин, односно да буде директор у правом смислу речи. Ово ометање најчешће се врши од стране других директора, чланова друштва или других лица.

Ни америчко право не даје јасан одговор на питање садржине и предмета дужности поштовања забране конкуренције. Судови деклараторно (енг. „*pay lip service*“

⁷²⁸ A. Keay (2014), стр. 287.

⁷²⁹ Ros Grantham, „Can Directors Compete with the Company“, *The Modern Law Review*, бр. 1/2003, стр. 109.

⁷³⁰ Michael Christie, „The Directors’ Fiduciary Duty not to Compete“, *The Modern Law Review*, бр. 4/1992, стр. 506.

⁷³¹ A. Keay (2014), стр. 291.

– прокламују као правило, али не примењују врло доследно) истичу да директор може да буде ангажован у обављању других послова сличним пословима које обавља корпорација.⁷³² Међутим, истиче се да када су две корпорације конкурентне у суштинском смислу, делује немогуће да директор поступа лојално према обема корпорацијама.⁷³³ Америчке судове и у овом случају карактерише висок степен флексибилности и окренутости ка околностима конкретног случаја. У једном случају суд је узео у обзир и ефекат обављања конкурентске делатности директора друштва на економску политику читаве земље. Наиме, у случају *Barr v Pittsburgh Plate Glass Co*, суд је, чак, заузео став да директори могу да саграде конкурентску фабрику за производњу стаклених тањира, наглашавајући да је та област индустрије била у развоју и да је потражња за стакленим тањирима у то доба била знатно већа од понуде, односно онога што је америчка индустрија могла да произведе.⁷³⁴ У случају *Red Top Cab v. Hanchett*, суд је стао на становиште да директор може да узме учешће у конкурентским активностима, али при том мора да поступа савесно и да не наноси штету корпорацији.⁷³⁵

3.3.2. Припремне радње за конкурисање друштву

Лице са дужностима може предузимати различите припремне радње усмерене ка започињању новог пословног подухвата, најчешће оснивања новог привредног друштва, а да при том и даље буде у својству, односно статусу из кога произилази дужност лојалности према привредном друштву. Ради се о тзв. припремним радњама за започињање новог посла, а с обзиром да предузимање тих радњи често може бити у супротности са интересима друштва, поставља се питање границе између дозвољених и недозвољених припремних радњи, односно која је њихова „права мера“ да не дође до повреде дужности лојалности. Намера да се започне обављање конкурентске делатности, промишљање о плановима и циљевима новог посла, као изрази унутрашње воље лица са дужностима, нису ни видљиви, а ни забрањени. Међутим, и сама намера и доношење одлуке о започињању конкурентске активности вероватно ће „обојити“ сваку радњу коју директор предузима или пропусти да предузме, а потискивањем,

⁷³² Harvard Law Review Association, „Fiduciary Duties of Officers and Directors not to Compete with the Corporation“, *Harvard Law Review*, бр. 7/1941, стр. 1197.

⁷³³ *Ibid.*

⁷³⁴ *Ibid.*, стр. 1198.

⁷³⁵ *Red Top Cab Co. v. Hanchett*, 48 F.(2d) 236, 238 (N. D. Cal. 1931), наведено према: M. Christie, стр. 519.

сакривањем својих намера, он спречава компанију да предузме кораке у циљу заштите свог *goodwill* -а.⁷³⁶ Кретање од намере до конкретних планова и активности отвара простор за нелојалност према привредном друштву, које при том обично нема никаквих индиција о плановима лица са дужностима. У случајевима продужене примене дужности поштовања забране конкуренције (извесно време и након престанка својства лица са дужностима) у складу са уговором или законом, тзв. припремне радње за започињање новог посла су несумњиво недозвољене. У ранијем енглеском праву предузимање припремних радњи за оснивање конкурентског друштва, као и стварање намере за конкурисањем, били су дозвољени, под условом да није дошло до обављања конкурентске делатности за време обављања функције директора. Међутим, у неким каснијим пресудама британски судови заузимају рестриктивнији приступ. У случају *British Midland tool Ltd v. Midland International Tooling Ltd*, суд је изнео став да када директор формира јасну намеру да конкурише друштву и почне да предузима припремне кораке у циљу остварења те намере, он треба да поднесе оставку, осим ако о својим намерама не обавести привредно друштво.⁷³⁷ Припремни кораци који се сматрају дозвољеним су: намера за започињање конкурентског посла у неком тренутку, проналажење пословних просторија и закључење уговора о закупу тих просторија, куповина тзв. компаније са полице (енг. *shelf company*) за обављање будућег посла, вођење преговора и постизање споразума о условима запослења са конкурентском компанијом (у случају преласка у другу компанију), закључење предуговора о намери оснивања конкурентског друштва.⁷³⁸ Недозвољене припремне радње су: фактичко конкурисање кроз продају роба и услуга исте врсте које продаје компанија, слање понуда потрошачима или добављачима компаније, „лов“ на запослене компаније, односно убеђивање запослених да заједно са лицем са дужностима крену у нови пословни подухват, састављање листе клијената компаније, обавештавање клијената (путем *e-mail* -а, на пример) о напуштању компаније и оснивању нове итд.⁷³⁹

3.3.3. Садржина и предмет забране конкуренције у српском праву

Садржина забране конкуренције и у српском праву обухвата забрану обављања послова и забрану стицања пословних својстава. Лице које је субјекат ове дужности не

⁷³⁶ Peter Watts, „The Transition from Director to Competition“, *Law Quarterly Review*, бр. 1/2007, стр. 26.

⁷³⁷ *British Midland tool Ltd v. Midland International Tooling Ltd*.

⁷³⁸ A. Keay (2014), стр. 307-308.

⁷³⁹ *Ibid.*, стр. 308.

може без прибављеног одобрења: 1) имати својство ортака, комплементара, члана друштва са ограниченом одговорношћу/акционара који поседује значајно учешће у основном капиталу или контролног члана друштва са ограниченом одговорношћу/акционара у другом друштву које има исти или сличан предмет пословања (у даљем тексту: конкурентско друштво); 2) бити предузетник који има исти или сличан предмет пословања; 3) бити запослен у конкурентском друштву; 4) бити на други начин ангажован у конкурентском друштву; 5) бити члан или оснивач у другом правном лицу које има исти или сличан предмет пословања.⁷⁴⁰

Овако одређена садржина и предмет забране конкуренције чине српско законодавство по овом питању умерено радикалним. Оно прописује врло широк круг послова и пословних својстава које лице, које је субјекат дужности, не може да обавља. Када је реч о пословима, ЗПД-ом је практично забрањено самостално обављање скоро сваке друге конкурентске привредне делатности (било као предузетник, било као члан или оснивач другог правног лица). Лице које је субјекат дужности не може бити ни запослено у конкурентском друштву, без обзира на то о којој се врсти запослења ради. Забрана запослења ретко постоји у упоредном праву (нпр. постоји у словеначком праву).⁷⁴¹ Формулација „на други начин ангажован у конкурентском друштву“, такође, је врло широка. Она обухвата ангажовање у конкурентском друштву по основу уговора о делу, уговора о пружању саветодавних услуга (консалтинг), обављања привремених и повремених послова и сл. Субјекат дужности поштовања забране конкуренције не може куповати акције или уделе у конкурентским друштвима, чак ни као пасивни инвеститор. Ова врста забране у упоредном праву ретко постоји (на пример, словеначко право не дозвољава стицање својства члана друштва са ограниченом одговорношћу, али дозвољава стицање својства акционара).⁷⁴² Када је реч о пословним својствима, и овде је забрана врло широка и обухвата заузимање свих позиција из којих произилази настанак посебних дужности према привредном друштву. Српски законодавац не прави разлику између извршних и неизвршних директора, као ни између директора и чланова надзорног одбора. На тај начин занемарује се уобичајена пословна пракса према којој лице које је извршни директор у једном обавља функцију неизвршног директора или члана надзорног одбора у другом друштву. Та пословна пракса може бити од користи и за друштва према којима постоји „конкуренција“ лојалности, јер на тај начин она могу

⁷⁴⁰ ЗПД, чл. 75 ст. 1.

⁷⁴¹ ZGD, чл. 41 ст. 1.

⁷⁴² ZGD, чл. 41 ст. 1.

да унапреде своје пословне односе, пословне контакте и сл. Већ је речено да савремено тржиште све више карактерише сарадња уместо конкуренције, чак и између привредних субјеката који имају исти или сличан предмет пословања (наравно у мери у којој је то дозвољено правилима које поставља право конкуренције). Забрана конкуренције у српском праву не обухвата забрану закључивања конкретних правних послова у оквиру конкурентских делатности, јер је та забрана, у мери у којој ови послови представљају могућности за закључење посла које „припадају“ привредном друштву, обухваћена дужношћу избегавања сукоба интереса. Она, такође, не обухвата забрану обављања припремних радњи за оснивање конкурентског друштва (или обављање конкурентске делатности у форми предузетника). Забрана конкуренције има правно дејство тек од момента почетка обављања посла или стицања пословног својства. Припремне радње посредно могу бити забрањене једино уговарањем продуженог важења забране конкуренције (ако такво продужење постоји припремне радње не би имале смисла, јер би се обављале знатно пре могућности за отпочињање новог посла).

Оно што забрану конкуренције у српском праву чини умерено, а не потпуно радикалном, је постојање значајног предметног ограничења те забране. За разлику од немачког права, али у складу са већином европских законодавстава која припадају континенталном правном кругу, забрана обављања послова и стицања пословних својстава односи се само на послове и пословна својства који су у оквиру *истог или сличног предмета пословања друштва* (енг. *line of business*, нем. *Geschäftszweig*). Предмет пословања шири је од појма делатности и обухвата све делатности којима се друштво бави.⁷⁴³ Према ЗПД, друштво има претежну делатност, а може обављати и све друге делатности које нису законом забрањене независно од тога да ли су одређене оснивачким актом или статутом.⁷⁴⁴ Предмет уписа у регистар је само *једна* претежна делатност.⁷⁴⁵ Међутим, предмет пословања друштва чине све делатности које друштво фактички обавља без обзира да ли су оне регистроване или нерегистроване.⁷⁴⁶ Исто тако, за утврђивање предмета пословања не треба да буде опредељујуће (али свакако има одређени значај) да ли је конкретна делатност одређена конститутивним актима друштва. Чак и ако је нека делатност одређена оснивачким актом, могуће је да

⁷⁴³ Јакша Варбић, *Pravo društava – opći dio*, књига прва, Загреб, 1999, стр. 303; М. Васиљевић (2013б), стр. 81; М. Мићовић (2016), стр. 39.

⁷⁴⁴ ЗПД, чл. 4 ст. 1.

⁷⁴⁵ З. Стефановић, стр. 16.

⁷⁴⁶ Драган Вујисић, „Закон о привредним друштвима и забрана конкуренције“, у: Миодраг Мићовић (ур.), *Либерализам и заштита конкуренције*, Крагујевац, 2010, стр. 373.

фактички предмет пословања не чини та делатност. Утврђивање предмета пословања крајње је практично питање које зависи од околности случаја. То није лако утврдити, с обзиром да у савременој привреди друштва (поготово велика, јавна акционарска друштва) неретко обављају привредне делатности које не морају нужно бити повезане једна са другом. У сваком случају, предност треба дати тумачењу које увек полази од делатности које друштво *фактички* обавља у правном промету. Другачије тумачење, које полази од делатности које друштво може (потенцијално) да обавља, неоправдано би проширило предмет пословања, и то у значајној мери (тима би домет предметног ограничења био сужен, што није целисходно, имајући у виду широк круг субјеката, забрањених послова и пословних својстава).⁷⁴⁷ Изузетак би требало да представљају оне делатности које друштво обавља, а које нису наведене у оснивачком акту и нису уписане у регистру привредних субјеката, а које служе основним делатностима друштва, које се уобичајено обављају уз ту делатност у мањем обиму или привремено (тзв. споредне делатности).⁷⁴⁸

3.4. Временско ограничење забране конкуренције

Дужност поштовања забране конкуренције, по правилу, постоји само док лице са дужностима има то својство у привредном друштву које је објекат његове дужности (временско ограничење забране конкуренције). Након престанка тог својства, оно је слободно да поступа на тржишту у складу са својим сопственим интересима.⁷⁴⁹ Са једне стране, временско ограничење забране конкуренције промовише право на рад лица са дужностима и право на несметано обављање привредних делатности. Непостојање тог ограничења имало би за последицу да лице са дужностима не може у одређеном периоду да обавља послове за које је оно квалификовано. Са друге стране, не сме се занемарити да постоји могућност да лице са дужностима стекне корист од положаја који је раније заузимало у друштву, тако што ће користити поверљиве информације (нпр. листе потрошача) за обављање конкурентске делатности, или тако што ће напустити друштво са намером обављања конкурентске делатности у циљу

⁷⁴⁷ На пример, ЗОП-ом је било предвиђено да се под конкурентском делатношћу сматра и делатност која може да буде конкурентна (чл. 92 ст. 1.).

⁷⁴⁸ Д. Вујисић (2010), стр. 373.

⁷⁴⁹ К. Норт (2013), стр. 181.

искоришћавања пословне могућности привредног друштва према коме је имало дужност лојалности. Ова могућност препозната је у британском праву, у коме важи правило да директор остаје субјекат дужности избегавања сукоба интереса и након престанка тог својства, у погледу коришћења имовине, информација и пословних могућности за које је сазнао у време обављања функције директора.⁷⁵⁰

ЗПД начелно познаје временско ограничење забране конкуренције, али, на факултативној основи, оставља могућност одступања од тог ограничења. Оснивачким актом или статутом може се одредити да забрана конкуренције важи и након престанка својства лица са дужностима, али не дуже од две године.⁷⁵¹ Немачко право, иако веома радикално, не познаје такву могућност.⁷⁵² Члан управног одбора подлеже забрани конкуренције само за време трајања чланства у управном одбору акционарског друштва.⁷⁵³ Британски судови врло ретко ограничавају право бившег директора да се бави конкурентском привредном делатношћу, осим ако не постоји јасна, очигледна повреда дужности.⁷⁵⁴ Могућност факултативног одступања од временског ограничења познаје словеначко право, чије решење је врло сличном српском.⁷⁵⁵

У домаћој теорији се сматра да могућност одступања од временског ограничења, иако диспозитивне правне природе, сувише штити интересе привредног друштва на штету интереса лица са дужностима.⁷⁵⁶ Таква могућност је и формално логички неодржива, јер за лица којима је престало својство лица са дужностима оснивачки акт, односно статут, више не може да буде ни од каквог правног значаја, јер се њиме уређују унутрашњи односи у друштву, а то лице је након престанка својства лица са дужностима постало лице изван друштва.⁷⁵⁷ У сваком случају, када се ова могућност користи у конститутивном акту друштва, потребно је тим актом прецизирати на које се послове она односи, јер би се у супротном поставило питање да ли се забрана примењује ако је дошло до промене предмета пословања друштва након што је лицу са дужностима престало то својство.⁷⁵⁸

⁷⁵⁰ СА, чл. 170 ст. 2 (а).

⁷⁵¹ ЗПД, чл. 75 ст. 2 тач. 2.

⁷⁵² Исто решење усваја и хрватско право (ZTD, чл. 248.).

⁷⁵³ W. Goette, M. Habersack, стр. 408.

⁷⁵⁴ A. Keay (2014), стр. 292-293.

⁷⁵⁵ ZGD, чл. 41 ст. 1. и ст. 4.

⁷⁵⁶ Д. Вујисић (2010), стр. 377.

⁷⁵⁷ Ивица Јанковец, „Закон о предузећима и забрана конкуренције“, *Радни и социјални односи*, бр. 1-3/1997, стр. 342.

⁷⁵⁸ Д. Вујисић (2010), стр. 378.

Могућност одступања од временског ограничења забране конкуренције предвиђена је и ЗР-ом. Уговором о раду послодавац и запослени могу да уговоре и услове забране конкуренције по престанку радног односа, у року који не може да буде дужи од две године по престанку радног односа.⁷⁵⁹ Међутим, за разлику од ЗПД, ЗР-ом је императивно прописано да је услов за уговарање продуженог трајања забране конкуренције истовремено уговарање исплате новчане накнаде запосленом од стране послодавца.⁷⁶⁰ У контексту лица са дужностима домашај ове одредбе ЗР-а врло је ограничен. Она се може применити ако је: 1) лице са дужностима у радном односу (нпр. на директора који је са друштвом закључио уговор о раду или на чланове друштва, обично малих и средњих, који су истовремено и запослени у друштву); 2) са тим лицем изричито уговорена (уговором о раду) клаузула забране конкуренције (правни режим забране конкуренције из ЗР-а је диспозитивне правне природе); 3) са тим лицем уговорено продужено трајање забране конкуренције. У последњем случају новчана накнада (тзв. награда за верност) је услов пуноважности одредбе о дужем трајању забране.⁷⁶¹ Ипак, без обзира на то што ЗПД не захтева изричито уговарање накнаде било би пожељно предвиђање те накнаде оснивачким актом или статутом, имајући у виду да се дужим трајањем забране лице са дужностима обично онемогућава да обавља послове за које поседује посебна знања и вештине, те таква забрана у великој мери утиче на остваривање његовог права на рад. Ако накнада не би била предвиђена, то би свакако одвраћало менаџере на тржишту рада од преузимања управљачких позиција у друштвима која захтевају продужену забрану конкуренције без права на новчану накнаду. Иако ЗПД то не предвиђа изричито, нема сметњи да се продужено трајање забране конкуренције предвиди и појединачним, конкретним уговором са лицем са дужностима (нпр. менаџерским уговором са директором или чланом надзорног одбора). У циљу успостављања равнотеже између интереса привредног друштва и интереса лица са дужностима, домашај одредбе о факултативном продуженом трајању забране конкуренције у српском праву треба ограничити на два начина: 1) прописивањем обавезне новчане накнаде; 2) скраћивањем периода важења

⁷⁵⁹ ЗР, чл. 162 ст. 1.

⁷⁶⁰ ЗР, чл. 162 ст. 2.

⁷⁶¹ Ово правило се доследно примењује и у судској пракси: „Да би се послодавац, након престанка радног односа у периоду трајања уговорене клаузуле забране конкуренције, могао позивати на повреду исте, дужан је претходно исплатити уговорену новчану накнаду“. (Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 4206/13 од 26.06.2014. године; наведено према: правна база *Intermex*, *propisi.com*, 12.09.2017.)

ограничења на не више од годину дана (Хопт наводи да тај период не треба да буде дужи од шест месеци).⁷⁶²

3.5. Просторно ограничење забране конкуренције

Дужност поштовања забране конкуренције може бити и просторно ограничена, односно дејство забране може бити ограничено само на одређену територију.⁷⁶³ ЗПД-ом је предвиђено да се оснивачким актом или статутом може одредити место обављања послова које не представља повреду дужности поштовања забране конкуренције.⁷⁶⁴ Међутим, спорно је да ли важи просторно ограничење ако оно није предвиђено актима друштва. Природа установе забране конкуренције у српском праву је таква да се њоме забрањује обављање *конкурентских* послова и стицања пословних својстава у *конкурентским* друштвима. Иако ЗПД постојање конкурентности везује само за предмет пословања, природа, суштина и циљ забране конкуренције упућују на то да она треба бити и просторно ограничена, када има места примени таквог ограничења. Ако се конкурентски послови или конкурентска својства стичу у привредним субјектима који, због територије на којој послују, нису конкурентни, нема разлога за примену правила о забрани конкуренције. Друго је питање колико често у савременом привредном животу има места реалној примени овог ограничења. Модерна тржишта су отворена, повезана, постају све више интернационална. У таквим условима пословања јасно је да у границама једне мале земље, попут Србије, нема места примени просторног ограничења забране конкуренције. Тржиште робе или услуга исте врсте у великој мери је јединствено и у већини случајева привредно друштво из Војводине, које има исти или сличан предмет пословања као и привредно друштво из јужне Србије, ће фактички бити конкурентно једно другом. Међутим, треба имати у виду да то у значајно мањој мери важи за предузетнике, микро и мала привредна друштва, која послују на локалним тржиштима. Зато је могуће замислити да, примера ради, контролни члан друштва које послује у Срему, обавља исту делатност у форми

⁷⁶² К. Норт (2013), стр. 181.

⁷⁶³ ЗР изричито предвиђа да се општим актом и уговором о раду утврђује територијално важење забране конкуренције, у зависности од врсте посла на који се забрана односи (ЗР, чл. 161 ст. 3.).

⁷⁶⁴ ЗПД, чл. 75 ст. 2 тач. 3.

предузетника у околини Новог Пазара, а да не буде конкурентно привредном друштву према коме има посебне дужности.

3.6. Услови под којима је дозвољено поступање противно забрани конкуренције

Дужност поштовања забране конкуренције није апсолутна. Њено дејство може бити анулирано, прописивањем услова под којима лице са дужностима може да поступа супротно њој, односно да конкурише друштву. У упоредном праву постоје три начина прописивања услова за дозвољено конкурисање лица са дужностима друштву према коме та дужност постоји: 1) одобрење надлежног органа привредног друштва (ако се ради о куповини удела или акција или стицању пословног својства у другом привредном друштву, неопходно је одобрење и једног и другог друштва); 2) тзв. бланко одобрење – одобрење конкурисања друштву унапред (најчешће конститутивним актом друштва), за одређену врсту или групу послова, а не за конкретне, тачно одређене послове; 3) комбинација претходна два начина, односно прописивање могућности и одобрења и тзв. бланко одобрења.

Први наведени приступ усвојен је у немачком праву, а по узору на немачко, исти приступ усвајају и аустријско и хрватско право. Одређивање надлежног органа друштва за давање одобрења у великој мери је условљено врстом организације управљања коју компанијско право неке земље усваја. У немачком праву, које традиционално усваја дводомну организацију управљања, одобрење за обављање привредне делатности, закључивање послова и стицање пословног својства у другом друштву даје надзорни одбор.⁷⁶⁵ Надзорни одбор може дати одобрење само за обављање конкретно одређене привредне делатности, закључивање конкретно одређеног посла и обављање конкретног пословног својства у другом друштву.⁷⁶⁶ Другим речима, тзв. бланко одобрење није дозвољено.⁷⁶⁷

Други приступ се ретко среће у упоредном праву. Разлог за то је што законодавства која дају могућност таквог тзв. бланко одобрења у складу са тим дозвољавају и давање одобрења надлежног органа друштва за конкретно конкурисање

⁷⁶⁵ Aktg, чл. 88 ст. 1.

⁷⁶⁶ Aktg, чл. 88 ст. 1; Исто решење у погледу надлежности усвојено је у хрватском праву, с тим што у друштвима са ограниченом одговорношћу која немају надзорни одбор одобрење дају чланови друштва (ZTD, чл. 248 ст. 1. и чл. 429 ст. 2.).

⁷⁶⁷ W. Goette, M. Habersack, стр. 413.

друштву. Изузетак је словеначко право, које не познаје правила о одобрењу надлежног органа, али зато предвиђа да се оснивачким актом могу одредити услови под којима лица која су субјекти дужности поштовања забране конкуренције могу да поступају супротно тој забрани.⁷⁶⁸

Трећи приступ постоји у земљама *common law* традиције. Иако ове земље питању одобрења не посвећују пуно пажње, узимајући у обзир њихову флексибилност у погледу забране конкуренције, потпуно је неспорно да пријављивање намере ангажовања у другом друштву и одобрење од стране друштва омогућавају лицу са дужностима да конкурише друштву, као и то да је дозвољено оснивачким или другим актом друштва одредити круг или врсту послова који не подлежу забрани конкуренције. Овај приступ усвајају и поједине државе чланице ЕУ (Бугарска, Мађарска),⁷⁶⁹ као и српско право.

ЗПД-ом је, најпре, наглашено да послови и пословна својства који су предмет забране не могу бити обављани, односно стечени, без прибављеног одобрења. Надлежност за давање одобрења одређена је у складу са чл. 66. ЗПД, односно према правилима која се примењују на одобравање правног посла или радње са личним интересом лица са дужностима, односно коришћење имовине, информација и могућности за закључење послова које се укажу друштву. ЗПД дозвољава и тзв. бланко одобрење, прописивањем правила да оснивачким актом, односно статутом, могу бити одређени послови, начин или место њиховог обављања који не представљају повреду дужности поштовања забране конкуренције.⁷⁷⁰ ЗПД познаје још два изузетка од примене дужности поштовања забране конкуренције, који имају доста уже подручје примене: 1) забрана конкуренције не односи се на јединог члана друштва⁷⁷¹ (међутим, ако то лице купује уделе или акције у конкурентском друштву или стиче забрањено пословно својство у том друштву, потребно му је одобрење тог „другог“ друштва); 2) не постоји повреда о забрани конкуренције у ортачком друштву, ако је осталим ортацима при ступању ортака у друштво било познато да тај ортак има својство члана у конкурентском друштву или други правни однос са конкурентским друштвом, а приступање друштву му није било условљено престанком својства члана у

⁷⁶⁸ ZGD, чл. 41 ст. 3.

⁷⁶⁹ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 127, 134.

⁷⁷⁰ ЗПД, чл. 75 ст. 2 тач. 3.

⁷⁷¹ ЗПД, чл. 75 ст. 3.

конкурентском друштву, односно престанком другог правног односа са конкурентским друштвом.⁷⁷²

4. Дужност чувања пословне тајне

Дужност чувања пословне тајне један је од облика испољавања дужности лојалности у ЗПД. Она се не може посматрати изоловано, односно само у оквиру одредаба компанијског права. Ову посебну дужност према привредном друштву карактерише повезаност са општом забраном непоштене тржишне утакмице, из које произилазе сва правила о заштити пословне тајне. Општи Закон о заштити пословне тајне, који од 2011. године постоји у нашем праву, се, такође, не може занемарити. Зато ћемо у даљем излагању након општих напомена о значају и улози пословне тајне на савременом тржишту, указати на правни оквир заштите пословне тајне (међународно право, право ЕУ, домаће право), место дужности чувања пословне тајне у компанијском праву, као и на елементе појма пословне тајне, односно услове које један податак мора да испуњава да би се сматрао пословном тајном. На крају, указаћемо, и на изузетке од дужности чувања пословне тајне.

4.1. Значај и улога пословне тајне

Савремена привреда умногоме се заснива на поседовању специфичних знања, информација, нових технологија. Знања, информације, технологије доносе конкурентску предност на тржишту и основа су развоја савремених привредних друштава, и зато их треба штитити. Два различита правна механизма служе као средство њихове заштите: 1) права интелектуалне својине (патент, ауторско право, право на дизајн) и 2) правна регулатива пословне тајне. Већина привредних друштава вредна знања, информације и технологије које поседују чувају као пословну тајну. Овај вид правне заштите сматра се најстаријим, најједноставнијим, а често, мада не нужно, и

⁷⁷² ЗПД, чл. 109.

најјефтинијим.⁷⁷³ Конкуренти на тржишту неретко покушавају да незаконито и непоштено присвоје информације које представљају пословну тајну другог привредног субјекта. Таквом непоштеном (али и нелојалном) поступању посебно су изложена привредна друштва чије се функционисање и пословање заснива на иновацијама (крађа информација, неовлашћено умножавање, индустријска шпијунажа, кршење уговорних одредаба о чувању поверљивих информација и сл.). Међутим, значај пословне тајне није ограничен само на друштва која послују у областима заснованим на савременим технологијама. Она прожима сваки сегмент привредног пословања, све врсте привредних друштава, независно од сфере пословања, односно привредне делатности коју друштво обавља.

О практичном значају пословне тајне, посебно у односу на права интелектуалне својине, као и о штетним последицама непоштеног поступања конкурената на тржишту говоре нам и бројни емпиријски подаци. Нека савремена истраживања показују да само 5,5% компанија које се баве производњом робе користи патентну заштиту.⁷⁷⁴ У Великој Британији свега 1,6% регистрованих компанија користи патентну заштиту, а чак и међу компанијама које се у најширем смислу баве истраживањем и развојем (енг. *research & development – R&D*) само 4% се пријавило за патент (британски или Европски патент) у периоду од 1998. до 2006. године.⁷⁷⁵ Штетне последице непоштеног тржишног понашања, у погледу откривања и коришћења пословних тајни конкурената, показује Студија о пословним тајнама и поверљивим пословним информацијама на унутрашњем тржишту, израђена за потребе Европске комисије. Она указује на значајне губитке и трошкове које компаније трпе због покушаја присвајања или присвајања пословне тајне: смањење продаје (56%), трошкови унутрашње истраге (44%), трошкови заштите (35%), трошкови судских поступака (31%).⁷⁷⁶

Постојање посебних правних правила о пословној тајни захтевају и економски и морални разлози. У економском смислу, правна заштита пословне тајне производи три врсте последица (ефеката): 1) ефекат на иновативност; 2) ефекат на смањење трошкова;

⁷⁷³ Luigi Alberto Franzoni, Arun Kumar Kaushik, „The Optimal Scope of Trade Secret Law“, *International Review of Law and Economics*, бр. 1/2016, стр. 45.

⁷⁷⁴ Natarajan Balasubramanian, Jagadeesh Sivadasan, „What Happens When Firm Patent? New Evidence from U.S. Economic Census Data“, *Review of Economics and Statistics*, бр. 1/2011, стр. 126.

⁷⁷⁵ Bronwyn H. Hall, Christian Helmers, Tomas Juster, Vania Sena, „The Importance (or Not) of Patents to UK Firms“, *NBER Working Paper No. w19089*, 2013; доступно на SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2272524>, 17.08.2017.

⁷⁷⁶ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, 2013, доступно на: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf, 17.08.2017.

3) ефекат на тржишну конкуренцију.⁷⁷⁷ Циљ правне регулативе пословне тајне је подстицање инвентивности и улагања у развој производа и технологија, у којима су садржане поверљиве пословне информације. Постојање те регулативе даје сигурност привредним друштвима „држаоцима“ пословне тајне да несметано користе поверљиве информације у свом свакодневном пословању, у контакту са лицима укљученим у пословање једног друштва (запосленима, пословним партнерима), знајући да се на та лица примењује законска обавеза забране одавања и коришћења туђе пословне тајне. Све то олакшава целокупно пословање и функционисање привредних друштава. И ЕУ, као један од циљева у овој области, наводи стварање окружења које подстиче иновативност и у коме се пословне тајне и поверљиве информације пажљиво и прописно чувају.⁷⁷⁸ Подстичући креативност, правна регулатива пословне тајне истовремено смањује трошкове заштите (привредног друштва које је „држалац“ пословне тајне) и трошкове покушаја откривања „туђе“ пословне тајне, обесхрабрујући улагање у развијање непоштених пословних поступака (привредног субјекта који жели да дође до „туђе“ пословне тајне). Ефекат на конкуренцију може бити и позитиван и негативан. Позитиван ефекат огледа се у очувању конкурентске способности привредних субјеката, што доприноси здравој конкуренцији у целокупном привредном окружењу једне земље.⁷⁷⁹ Негативан ефекат изражава се у могућности ограничавања тржишне конкуренције, пошто правна заштита пословне тајне доприноси стицању монополског положаја од стране лица које поседује вредну информацију (пословну тајну). Она негативно утиче на размену информација на тржишту између конкурената (за разлику од патента, чија регистрација подразумева објављивање проналаска). Када се ради о технолошким проналасцима, правна регулатива пословне тајне онемогућава друге проналазаче да надограђују истраживања на основу ранијих проналазака. Она подстиче двоструко истраживање идентичних проблема и губитак времена и новца који је последица тога. Подстиче улагање у тзв. обрнути инжењеринг који је правно допуштен у погледу пословне тајне. У моралном смислу, правила о пословној тајни представљају средство за остваривање стандарда трговачке етике. Она су правни механизам за примену неформалних норми које важе у привредном пословању.⁷⁸⁰ У домаћој правној литератури се наводи да је разлог заштите пословне тајне остваривање

⁷⁷⁷ L. A. Franzoni, A. K. Kaushik, стр. 47.

⁷⁷⁸ Valeria Falce, „Trade Secrets – Looking for (full) Harmonization in the Innovation Union“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, бр. 8/2015, стр. 942.

⁷⁷⁹ Бојан Забел, *Пословна тајна*, Београд, 1970, стр. 22.

⁷⁸⁰ Robert G. Bone, „A New Look at Trade Secret Law: Doctrine in Search of Justification“, *California Law Review*, бр. 2/1998, стр. 294.

начела савесности и поштења, као и то да је слободно коришћење нечијих интелектуалних напора неправично.⁷⁸¹

Није неважно напоменути и однос правила о заштити пословне тајне и правила о заштити патента, као права интелектуалне својине. Наиме, заштита производне пословне тајне представља допуну прописа патентног права. Ствар је пословне одлуке привредног друштва да ли ће информацију о технолошком проналаску (ако испуњава услове за патентирање) чувати као пословну тајну или патентирати. Оба вида заштите имају предности и недостатке. Предмет пословне тајне шири је у предметном (обухвата и непатентабилне проналаске, тј. оне који нису нови или су очигледни) и временском смислу (не постоји ограничење).⁷⁸² Међутим, подручје заштите је уже. Држалац пословне тајне не стиче било какво апсолутно право које важи према трећим лицима, што је случај са патентом, већ има право на заштиту само ако је до одавања тајне дошло на незаконит начин. Иако пословна тајна није предмет регистрације и у том погледу не изискује било какве трошкове, то не значи да је чување тајне увек јефтинији метод заштите (разумне мере за чување пословне тајне понекад значајно превазилазе трошкове стицања патента). Проналазачи бирају заштиту по основу пословне тајне када верују да је регистрација патента превише скупа у поређењу са вредношћу проналаска, или када ће им донети много мање користи у односу на вредност проналаска (на пример, због ограниченог времена трајања патентне заштите).⁷⁸³ У технолошким индустријама пословна тајна посебно је корисна да се заштити патентабилни проналазак у току подношења пријаве патента, као и за технологије које се развијају брзо, па је вероватно да ће иновација постати застарела већ за неколико година.⁷⁸⁴

4.2. Правни оквир заштите пословне тајне

Међународно - правни основ заштите пословне тајне представља чл. 39 Споразума о трговинским аспектима права интелектуалне својине (у даљем тексту:

⁷⁸¹ Зоран Арсић, „Пословна тајна и предлог новог Закона о предузећима“, *Право и привреда*, бр. 9-12/1994, стр. 2.

⁷⁸² Gerald B. Halt, Jr., John C. Donch, Jr., Amber R. Stiles, Robert Fesnak, *Intellectual Property in Consumer Electronics, Software and Technology Startups*, New York, 2014, стр. 86-87.

⁷⁸³ David D. Friedman, William M. Landes, Richard A. Posner, „Some Economics of Trade Secret Law“, *The Journal of Economic Perspectives*, бр. 1/1991, стр. 64.

⁷⁸⁴ О свим разликама између патента и пословне тајне, као и предностима и недостацима једне и друге врсте заштите, види: G.B. Halt *et al.*, стр. 85-89.

TRIPS),⁷⁸⁵ којим је прописано да су државе чланице Светске трговинске организације у обавези да у циљу обезбеђења ефикасне заштите од нелојалне конкуренције, у смислу члана 10bis Париске конвенције о заштити индустријске својине,⁷⁸⁶ у својим националним законодавствима предвиде правна средства за заштиту неоткривених информација (енг. *undisclosed information*).⁷⁸⁷ На нивоу ЕУ 2016. године усвојена је Директива о заштити неоткривених знања и искуства, те пословних информација (пословне тајне) од незаконитог прибављања, коришћења и откривања (у даљем тексту: Директива о пословној тајни).⁷⁸⁸ Њено усвајање последица је значајних разлика између држава чланица ЕУ у погледу заштите пословних тајни када их друга лица незаконито прибављају, користе или откривају (нису све државе чланице утврдиле дефиниције пословне тајне или незаконитог прибављања, коришћења или откривања пословне тајне, постоји различитост у погледу расположивих правних средстава грађанског права итд.).⁷⁸⁹ Директивом о пословној тајни је, уз уважавање принципа минималне хармонизације,⁷⁹⁰ одређен појам пословне тајне, направљена разлика између законитог и незаконитог прибављања, коришћења и откривања пословних тајни, а предвиђене су и мере, поступци и правна средства за случај незаконитог прибављања, коришћења и откривања пословних тајни (привремене мере и мере предострожности, очување поверљивости пословних тајни током судског поступка, судски налози и корективне мере).

У упоредном законодавству заштита пословне тајне остварује се на различите начине: 1) заштита пословне тајне у оквиру општег концепта заштите од нелојалне конкуренције (Немачка, Аустрија, Шпанија, Пољска); 2) заштита пословне тајне у оквиру прописа којима се уређује заштита интелектуалне својине (Италија, Португалија; делимично Француска, која прописима о интелектуалној својини регулише само производне пословне тајне); 3) заштита пословне тајне посебним прописом (САД, Шведска); 4) заштита пословне тајне на основу правила о вануговорној одговорности, односно прописима деликтног права (Холандија, Луксембург); 5) непостојање прописа о заштити пословне тајне (Велика Британија,

⁷⁸⁵ *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*; доступно на: https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/27-trips_03_e.htm

⁷⁸⁶ *Paris Convention for the Protection of Industrial Property*; доступно на: http://www.inapi.cl/portal/normativa/603/articles-1255_recurso_1.pdf

⁷⁸⁷ TRIPS, чл. 39 ст. 1.

⁷⁸⁸ Directive (EU) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, *Official Journal of the European Union*, L 157/1.

⁷⁸⁹ Преамбула Директиве о пословној тајни, тачка 6.

⁷⁹⁰ Преамбула Директиве о пословној тајни, тачка 10; чл. 1 ст. 1.

Република Ирска, Малта; у овим земљама заштита се заснива на развијеној судској пракси о односима поверења – фидуцијарним односима и/или уговорном праву).⁷⁹¹ Већина земаља континентално европске правне традиције, а међу њима и Србија, правну заштиту пословне тајне заснивају на концепту заштите од нелојалне конкуренције (непоштене тржишне утакмице). Од тог концепта полази и TRIPS.⁷⁹² Он је усмерен на очување пословне етике и морала на тржишту у међусобним односима између конкурената. Из њега произилази општа забрана незаконитог прибављања, коришћења или одавања пословне тајне конкурента. Она се даље конкретизује доношењем општег закона о заштити пословне тајне и/или низа посебних закона који регулишу пословну тајну у вези са својим конкретним предметом регулисања (прописи компанијског, радног права итд.).

Србија је једна од ретких земаља, поред поменутих САД и Шведске, која има општи закон о заштити пословне тајне. Она не може да се подведе у потпуности ни под један од напред анализираних упоредно – правних регулаторних приступа, јер је у нашој земљи пословна тајна регулисана општим законом, али у оквиру концепта заштите од нелојалне конкуренције (комбинација првог и трећег приступа). Законом о заштити пословне тајне из 2011. године (у даљем тексту: ЗЗПТ)⁷⁹³ уређује се правна заштита пословне тајне од свих радњи нелојалне конкуренције.⁷⁹⁴ Радња нелојалне конкуренције дефинисана је Законом о трговини из 2010. године (у даљем тексту: ЗТ)⁷⁹⁵ као радња трговца усмерена против другог трговца, односно конкурента, којом се крше кодекси пословног морала и добри пословни обичаји, и којом се наноси или може нанети штета другом трговцу (конкуренту).⁷⁹⁶ Стицање, коришћење и одавање пословне тајне без сагласности њеног имаоца, ради отежавања његовог положаја на тржишту, радње су које се нарочито сматрају радњама нелојалне конкуренције.⁷⁹⁷ Пословна тајна уређена је и низом посебних закона који се односе на посебне области у којима постоји потреба заштите поверљивих података.⁷⁹⁸ Један од тих посебних прописа је ЗПД. ЗПД-ом је прописана дужност чувања пословне тајне, као једна од

⁷⁹¹ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, 2013, доступно на: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf, 17.08.2017, стр. 19-22.

⁷⁹² TRIPS, чл. 39 ст. 1.

⁷⁹³ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 72/2011.

⁷⁹⁴ ЗЗПТ, чл. 1 ст. 1.

⁷⁹⁵ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 53/2010 и 10/2013.

⁷⁹⁶ ЗТ, чл. 50 ст. 1.

⁷⁹⁷ ЗТ, чл. 50 ст. 1 тач. 4.

⁷⁹⁸ То су Закон о лековима и медицинским средствима, Закон о средствима за заштиту биља и Закон о тајности података.

посебних дужности према привредном друштву, односно као један од облика испољавања дужности лојалности према привредном друштву.

Однос између ЗЗПТ и ЗПД је однос између општег и посебног закона. ЗЗПТ се, попут Директиве о пословној тајни, заснива на разликовању између законитог и незаконитог прибављања, коришћења и откривања информације која представља пословну тајну. Свака радња предузета у оквиру индустријских или комерцијалних активности која за последицу има откривање, прибављање, односно коришћење информације која представља пословну тајну, без сагласности држаоца пословне тајне и на начин супротан закону и добрим пословним обичајима, сматраће се делом нелојалне конкуренције.⁷⁹⁹ Слично томе, Директивом о пословној тајни предвиђено је да се прибављање пословне тајне без пристанка носиоца пословне тајне сматра незаконитим када је оно учињено помоћу било ког понашања које се сматра противним поштеним пословним праксама.⁸⁰⁰ Под начином супротним добрим пословним обичајима, у смислу ЗЗПТ, подразумева се свака радња предузета у циљу утакмице на тржишту којом се наноси или се може нанети штета конкуренту или другом физичком односно правном лицу.⁸⁰¹ Начин, који се нарочито сматра супротним добрим пословним обичајима, је злоупотреба пословног поверења.⁸⁰² Из наведених одредаба произилази очигледна повезаност са посебним дужностима према привредном друштву и основ за правно регулисање дужности чувања пословне тајне у ЗПД. Однос између лица са дужностима и привредног друштва у суштини је однос поверења, а непоступање у складу са посебним дужностима представља злоупотребу и повреду поверења.

4.3. Дужност чувања пословне тајне у компанијском праву

ЗПД-ом је, на општи начин, предвиђено да су лица која су субјекти дужности чувања пословне тајне дужна да чувају пословну тајну друштва.⁸⁰³ Дејство дужности, у односу на остале посебне дужности, проширено је у персоналном и временском смислу, па тако она представља појавни облик дужности лојалности који има најшире персонално и временско подручје примене у српском праву. У персоналном смислу, дужност чувања пословне тајне односи се на сва лица са посебним дужностима, као и

⁷⁹⁹ ЗЗПТ, чл. 8 ст. 1.

⁸⁰⁰ Директива о пословној тајни, чл. 4 ст. 2 (б).

⁸⁰¹ ЗЗПТ, чл. 8 ст. 2.

⁸⁰² ЗЗПТ, чл. 8 ст. 2 тач. 2.

⁸⁰³ ЗПД, чл. 72 ст. 1.

на запослене привредног друштва.⁸⁰⁴ У временском смислу, лица са посебним дужностима и запослени друштва дужни су да чувају пословну тајну и након престанка тог својства, у периоду од две године од дана престанка тог својства, с тим што се оснивачким актом, статутом, одлуком друштва или уговором закљученим са тим лицима може предвидети да тај период буде дужи, али не дужи од пет година.⁸⁰⁵

Законом није ближе одређен садржај ове посебне дужности. У складу са ЗЗПТ, као општим законом, треба сматрати да се она састоји у забрани незаконитог откривања, коришћења и одавања пословне тајне. Субјекти дужности чувања пословне тајне (осим запослених на хијерархијски „нижим“ позицијама), због своје улоге и положаја у друштву, најчешће имају приступ информацијама које представљају пословну тајну, па се њихова дужност чувања пословне тајне, практично, састоји у забрани коришћења пословне тајне у личном интересу, као и у забрани њеног одавања трећим лицима (повезаним лицима, конкурентским привредним друштвима). Када је реч о субјектима ове дужности који немају приступ поверљивим информацијама (првенствено запослени на хијерархијски „нижим“ позицијама), они фактички могу доћи до тих информација непоштеним и нелојалним поступањем према друштву. Зато се повреда дужности чувања пословне тајне може састојати и у незаконитом откривању пословне тајне и каснијем одавању те тајне трећим лицима.

4.4. Појам пословне тајне

У циљу одређивања подручја примене дужности чувања пословне тајне неопходно је дефинисати појам пословне тајне, што је и учињено ЗПД-ом. С обзиром на повезаност ЗПД-а са ЗЗПТ-ом, као општим законом, важно је анализирати овај појам и према ЗЗПТ, али и према Директиви о пословној тајни и TRIPS-у, у контексту придруживања наше земље ЕУ и Светској трговинској организацији.

Појам пословне тајне одређен је на сличан начин у међународном и упоредном праву, као и у праву ЕУ и српском праву (у TRIPS -у; Директиви о пословној тајни; националним законодавствима како држава чланица ЕУ,⁸⁰⁶ тако и САД; ЗЗПТ и ЗПД).

⁸⁰⁴ ЗПД, чл. 72 ст. 1.

⁸⁰⁵ ЗПД, чл. 72 ст. 2.

⁸⁰⁶ Не мали број држава чланица ЕУ не садржи дефиницију пословне тајне у свом законодавству (Немачка, Француска, Аустрија, Белгија, Холандија, Данска, Луксембург, Чешка, Пољска итд; Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, стр. 25.). Ово ће свакако ускоро бити промењено, пошто је рок за имплементацију Директиве о пословној тајни у национална законодавства држава чланица 9. јун 2018. године (Директива о пословној тајни, чл. 19 ст. 1.)

Иако неке разлике између наведених прописа постоје, уочавају се три основна елемента појма пословне тајне, за која можемо констатовати да су опште прихваћена: 1) тајност; 2) тржишна (економска) вредност тајне; 3) предузимање одговарајућих (разумних) заштитних мера од стране држаоца пословне тајне у циљу очувања њене тајности.⁸⁰⁷ Ова три елемента представљају основу, односно опште прихваћени „најмањи заједнички садржалац“. То су три минимална услова неопходна да би нека информација уживала заштиту по основу правне регулативе о пословној тајни. Поменуте елементе национална законодавства, у мањој или већој мери, мењају, прилагођавају, проширују или сужавају, у складу са својим потребама. Студија о пословним тајнама, поред ова три, препознаје још два елемента појма пословне тајне који се срећу у националним законодавствима држава чланица ЕУ: 1) да се ради о техничкој или комерцијалној информацији која је у вези са пословањем; 2) да откривање информације конкуренту може нашкодити интересу „власника“ пословне тајне (постоји и у српском праву).⁸⁰⁸ У домаћој правној теорији наводи се да је елемент појма пословне тајне и употребљивост – пословна тајна је употребљива у привредном животу с циљем унапређења или очувања конкурентског положаја одређеног привредног субјекта.⁸⁰⁹ Пре анализе сваког од елемената понаособ, потребно је утврдити шта је заправо предмет заштите у оквиру пословне тајне.

4.4.1. Предмет заштите

Предмет заштите пословне тајне је добро нематеријалног карактера (привредно искористиво нематеријално добро).⁸¹⁰ Штити се информација, односно податак, који представља пословну тајну. У међународном, упоредном и праву ЕУ најчешће се користи термин „информација“.⁸¹¹ У српском праву ЗЗПТ у начелу користи појам „информација“, док ЗПД користи појам „податак“. Наведени појмови могу се

⁸⁰⁷ TRIPS, чл. 39, ст. 2; Директива о пословној тајни, чл. 2 ст. 1; Амерички Једнообразни закон о пословној тајни (*Uniform Trade Secrets Act*, у даљем тексту: UTSA), чл. 1 ст. 4; ЗЗПТ, чл. 4 ст. 1; ЗПД, чл. 72 ст. 3; Закон о пословној тајни Краљевине Шведске, чл. 1. Исто и: Миодраг Мићовић, „Начело лојалности и пословна тајна“, *Правни живот*, бр. 11/2012, стр. 27.

⁸⁰⁸ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, стр. 25-26.

⁸⁰⁹ Слободан Марковић, „Пословна тајна као предмет уговора о преносу индустријске својине“, *Правни живот*, бр. 11-12/1993, стр. 1631.

⁸¹⁰ *Ibid.*, стр. 1637.

⁸¹¹ TRIPS, чл. 39 ст. 2 (предмет заштите су информације које су законито под контролом физичког или правног лица које је носилац пословне тајне); Директива о пословној тајни, чл. 2 ст. 1; UTSA, чл. 1 ст. 4; ЗЗПТ, чл. 4 ст. 1. У шведском праву предмет заштите су „информације о пословним односима или условима пословања предузећа“; информација је предмет заштите и у литванском и словачком праву. (Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, стр. 25.)

користити у истоветном, заменљивом значењу, што у неку руку чини и ЗЗПТ.⁸¹² За означавање предмета заштите у другим правним системима користе се и појмови „чињеница“, „околност“, „одлука“.⁸¹³ ЗПД-ом се наводе и подаци материјалне природе који, такође, могу бити предмет заштите (нпр. документи, цртежи и др.).⁸¹⁴ То, међутим, не утиче на констатацију да је предмет заштите добро нематеријалног карактера. ЗПД-ом се не штити сам документ, цртеж, формула и сл., већ податак, односно информација, знање о чињеницама садржаним у документу материјалног карактера. Такво схватање укоренењено је у нашој како старијој, тако и новијој правној теорији.⁸¹⁵ Оно је у потпуности у складу са нематеријалном природом пословне тајне, о којој је било речи. Пословна тајна предмет је заштите независно од тога да ли је она на било који начин материјализована. Међутим, то не значи да чин материјализације информације која је предмет заштите нема никакав фактички значај. Положај привредног друштва, које је носилац пословне тајне, повољнији је ако је информација материјализована на било који начин, и то пре свега у смислу лакшег доказивања неовлашћеног прибављања или коришћења пословне тајне (само неовлашћено поседовање документа у којем је садржана информација снажан је доказ против држаоца тог документа).⁸¹⁶

Неисцрпна је листа података који се могу сматрати пословном тајном.⁸¹⁷ То су процес производње, резултати испитивања тржишта, профили потрошача, финансијски подаци, планови пословања, спискови добављача и клијената, ценовници, пословне стратегије, рекламне стратегије, дизајни, цртежи, архитектонски пројекти, грађевински нацрти.⁸¹⁸ UTSA наводи формуле, обрасце, компилације, програме, изуме, методе,

⁸¹² Види ЗЗПТ, чл. 4 ст. 2.

⁸¹³ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, стр. 25.

⁸¹⁴ Податак може бити производни, технички, технолошки, финансијски или комерцијални, студија, резултат истраживања, као и документ, формула, цртеж, објекат, метод, поступак, обавештење или упутство интерног карактера и слично (ЗПД, чл. 72 ст. 5.).

⁸¹⁵ Б. Забел, стр. 25; З. Арсић (1994), стр. 3; Ненад Тешић, „Пословна тајна на српски начин (*de lege lata*)“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Београд, 2011, стр. 520; Сања Граић Степановић, „Пословна тајна као предмет права интелектуалне својине“, *Правни живот*, бр. 13/2007, стр. 391.

⁸¹⁶ З. Арсић (1994), стр. 3.

⁸¹⁷ Информацијама које се штите као пословна тајна сматрају се нарочито: финансијски, економски, пословни, научни, технички, технолошки, производни подаци, студије, тестови, резултати истраживања, укључујући и формулу, цртеж, план, пројекат, прототип, код, модел, компилацију, програм, метод, технику, поступак, обавештење или упутство интерног карактера и слично, без обзира на који начин су сачувани или компилирани (ЗЗПТ, чл. 1 ст. 2.).

⁸¹⁸ Пословном тајном сматрају се и неоткривени подаци о тестовима или други подаци чије стварање захтева одговарајући напор и трошкове, који се подносе државним органима ради добијања дозволе за стављање у промет лекова, односно медицинских средстава или пољопривредних хемијских производа који користе нова хемијска једињења, као и ради добијања аката којима се дозвољава стављање у промет биоцидних производа (ЗЗПТ, чл. 4 ст. 2 тач. 1.).

технике, поступке.⁸¹⁹ У америчкој судској пракси статус пословне тајне признат је, између осталог, и датумима за продужење уговора о пружању услуга корисницима у области телефоније, документима о деловима и поступцима коришћеним у производњи контактних сочива, датумима истека полиса осигурања осигуравајућег друштва, системима праћења економских навика потрошача, компјутерским софтверским програмима, плановима и дизајну игле за давање ињекција итд.⁸²⁰ Листа података који представљају пословну тајну указују на постојање две врсте пословне тајне: производну и трговачку. Производну тајну чине „подаци који представљају резултате истраживања и конструкторског рада... и подаци техничког и организационог карактера...”.⁸²¹ Само подаци који представљају производну пословну тајну могу бити предмет патентног права, па у погледу ове врсте података постоји дилема „власника“ податка да ли ће кренути путем патентне заштите или чувања пословне тајне. Трговачка тајна односи се на податке економске, комерцијалне природе, који се у најширем смислу односе на пословне планове привредног друштва.

У погледу одређивања података који представљају пословну тајну могућа су три приступа: субјективни, објективни и комбиновани приступ. Субјективни приступ подразумева да носилац пословне тајне својом вољом, односно актима друштва одређује шта ће се сматрати пословном тајном (усвојен у словеначком праву; пословну тајну представљају информације одређене писменом одлуком привредног друштва).⁸²² Објективни приступ заснива се на дефинисању података који се сматрају пословном тајном одговарајућим прописом. Само ти, законом одређени, подаци уживају заштиту као пословна тајна. Комбиновани приступ подразумева законско дефинисање података који представљају пословну тајну, уз остављање могућности носиоцу пословне тајне да својом вољом, односно одговарајућим актима, одреди који се још (поред законских) подаци конкретно сматрају пословном тајном. Носилац тајне може као тајну одредити само податке који испуњавају законске услове. За разлику од наших ранијих прописа, који су потпуно (ЗОП)⁸²³ или делимично (ЗПД 2004)⁸²⁴ усвајали субјективни приступ, ЗПД изричито усваја комбиновани приступ. Поред законске дефиниције пословне тајне, ЗПД-ом је остављена могућност да се актом друштва одређени податак прогласи

⁸¹⁹ UTSA, чл. 1 ст. 4; речи „метод“ и „техника“ користе се са намером обухватања концепта *know-how* (UTSA, чл. 1. – пратећи коментар).

⁸²⁰ David R. Ganfield, „Protecting Trade Secrets: a Cost-Benefit Approach“, *Illinois Bar Journal*, бр. 80/1992, стр. 605-606.

⁸²¹ Ивица Јанковец, „Пословна тајна у акционарским друштвима“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004, стр. 47.

⁸²² ZGD, чл. 39 ст. 1.

⁸²³ Види: ЗОП, чл. 90 ст. 1.

⁸²⁴ Види: ЗПД 2004, чл. 38 ст. 1.

пословном тајном.⁸²⁵ Међутим, то може бити само податак који испуњава законске услове.⁸²⁶ Поред тога, не могу се као пословна тајна одредити сви подаци који се односе на пословање друштва.⁸²⁷

О правној природи пословне тајне постоје опречна мишљења. Она се понегде третира као духовна творевина, негде као објекат индустријске својине, а негде и као објекат својине нематеријалног карактера.⁸²⁸ Иако се у TRIPS-у „неоткривена информација“ која је предмет заштите третира као право интелектуалне својине, у већини држава чланица ЕУ, без обзира на постојање блиске везе између пословне тајне и права интелектуалне својине, она нема статус посебног права интелектуалне својине (изузетак представљају Италија, Француска, Румунија, Летонија, само у погледу информације која је предмет заштите *know how*).⁸²⁹ У америчком праву, пословна тајна има статус права интелектуалне својине, а у ранијим пресудама америчких судова, она се третира као класично својинско право. Пословну тајну треба посматрати као духовно добро нематеријалног карактера, односно као привредно искористиво нематеријално добро,⁸³⁰ чијим коришћењем носилац тајне штити своје интересе и обезбеђује конкурентску предност у односу на друге.⁸³¹

4.4.2. Тајност

Тајност се, као елемент појма пословне тајне, манифестује на два начина. Са једне стране, тајност подразумева да је информација позната само одређеном кругу лица, а са друге стране, да је приступачност информације другим лицима ограничена.⁸³² Тајност не треба схватити апсолутно, већ релативно. Привредно друштво може открити пословну тајну запосленима, пословним партнерима, клијентима и сл, када је то неопходно због економског искоришћавања информације која представља пословну тајну (уз предузимање одговарајућих заштитних мера). Када се сматра да информација није приступачна другим лицима фактичко је питање, на које се не може дати уопштен, апстрактан одговор, без разматрања околности случаја. Неспорно је да приступачност информације другим лицима није ограничена ако је она на било који начин објављена

⁸²⁵ ЗПД, чл. 72 ст. 4.

⁸²⁶ ЗПД, чл. 72 ст. 5 тач. 1.

⁸²⁷ ЗПД, чл. 72 ст. 5 тач. 2.

⁸²⁸ М. Мићовић (2012), стр. 26. (фн. 16).

⁸²⁹ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, стр. 26.

⁸³⁰ С. Марковић, стр. 1634.

⁸³¹ Тако и: М. Мићовић (2012), стр. 26. (фн. 16).

⁸³² М. Мићовић (2012), стр. 29; Б. Забел, стр. 26; Н. Тешић, стр. 522; З. Арсић (1994), стр. 1.

(у медијима, научним часописима, књигама и сл.) или је предмет уписа у регистар привредних субјеката. Међутим, то не значи и да сваки облик маркетинга производа подразумева откривање пословних тајни везаних за тај производ. Привредно друштво не губи право на заштиту рекламирањем производа који садржи пословну тајну, све док се на основу самог производа не може докучити садржина информације која представља пословну тајну.⁸³³ На пример, подаци о неком апарату нису јавни ако су у средствима јавног информисања рекламирани, али ако је дат само принцип деловања или састав апарата, а тежиште проблема је у примени принципа, до кога се не може доћи коришћењем информација објављених у медијима.⁸³⁴ Спорно је не само рекламирање, већ и сам поступак пуштања у промет производа у којем је садржана информација која представља пословну тајну. Продаја производа представља објављивање информације, уколико се до предмета пословне тајне може доћи једноставним демонтирањем производа, односно без посебних потешкоћа, што представља питање које треба решавати у сваком конкретном случају.⁸³⁵ Са питањем продаје и рекламирања производа, који у себи садржи пословну тајну, у вези је и питање тзв. реверзибилног (обрнутог) инжењеринга. То је демонтирање производа у циљу сазнања информације која представља пословну тајну (конкурент „ради уназад” како би открио поступак или метод производње, састојак производа који представља тајну и сл.). Реверзибилни инжењеринг изричито је допуштен Директивом о пословној тајни. Опажање, проучавање, растављање или тестирање производа или предмета који је учињен доступним јавности који је законито у поседу лица које је прибавило информације и које није везано никаквом правно ваљаном обавезом да ограничи прибављање пословне тајне сматра се законитим прибављањем пословне тајне.⁸³⁶

Директивом о пословној тајни и TRIPS-ом предвиђено је да се информације сматрају тајном, ако нису, у својој укупности или у тачној структури и склопу својих саставних делова, опште познате или лако доступне лицима из кругова који се обично баве дотичном врстом информације.⁸³⁷ Према UTSA, информација је тајна ако није опште позната нити је лако докучива дозвољеним средствима другим лицима, која могу да остваре економску корист од њеног објављивања или коришћења.⁸³⁸ Српско право суштински не одступа ни од једне од наведених дефиниција тајности, комбинујући

⁸³³ R. Vone (1998), стр. 249.

⁸³⁴ Б. Забел, стр. 27.

⁸³⁵ З. Арсић (1994), стр. 7.

⁸³⁶ Директива о пословној тајни, чл. 3 ст. 1(б).

⁸³⁷ Директива о пословној тајни, чл. 4 ст. 1(а); TRIPS, чл. 39 ст. 2(а).

⁸³⁸ UTSA, чл. 1 ст. 4 (i).

елементе тајности из права ЕУ, америчког права и TRIPS-а. ЗПД-ом је предвиђено испуњење услова тајности у два случаја: 1) податак није опште познат; 2) податак није лако доступан трећим лицима која би његовим искоришћавањем или саопштавањем могла остварити економску корист.⁸³⁹ Други случај допуна је првог, јер податак који није опште познат може бити лако сазнатљив релевантним круговима јавности, ако није „сакривен“ на одговарајући начин. То су лица која се професионално баве привредном делатношћу у вези са чијим обављањем постоји одређена пословна тајна. С обзиром на посебна знања и искуства која поседују, могућност откривања пословне тајне од стране ових лица је већа.

4.4.3. Тржишна вредност пословне тајне

Податак који није опште познат нити је лако доступан трећим лицима која би његовим искоришћавањем или саопштавањем могла остварити економску корист сам по себи не представља пословну тајну уколико нема тржишну (економску, комерцијалну) вредност. Информација која испуњава услов тајности има и тржишну вредност, због које ће уживати правну заштиту као пословна тајна, ако привредном друштву (носиоцу пословне тајне) даје предност, преимућство у односу на конкуренцију. Предмет заштите су информације које доприносе унапређењу или очувању конкурентског положаја одређеног привредног друштва (конкурентска предност).⁸⁴⁰

Тржишна вредност информације, као елемент појма пословне тајне, прописан је у TRIPS -у,⁸⁴¹ Директиви о пословној тајни,⁸⁴² већини држава чланица ЕУ које садрже дефиницију пословне тајне (Италија, Чешка, Словачка, Пољска, Литванија, Грчка итд.),⁸⁴³ UTSA,⁸⁴⁴ ЗПД⁸⁴⁵ и ЗЗПТ.⁸⁴⁶ Међутим, прописи се разликују по питању схватања тржишне вредности (да ли информација треба да има стварну, постојећу тржишну вредност, или је довољна само изгледна, потенцијална вредност

⁸³⁹ ЗПД, чл. 72 ст. 3. На готово идентичан начин услов тајности одређен је и у чл. 4 ст. 1. ЗЗПТ-а (једина разлика је што је у другом случају изостављена реч „лако“, па је услов тајности испуњен ако податак није доступан трећим лицима која би његовим искоришћавањем или саопштавањем могла остварити економску корист).

⁸⁴⁰ М. Мићовић (2012), стр. 28; Б. Забел, стр. 25.

⁸⁴¹ TRIPS, чл. 39 ст. 2 (б).

⁸⁴² Директива о пословној тајни, чл. 2 ст. 1 (б).

⁸⁴³ Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, стр. 25.

⁸⁴⁴ UTSA, чл. 1 ст. 4 (i).

⁸⁴⁵ ЗПД, чл. 72 ст. 3.

⁸⁴⁶ ЗЗПТ, чл. 4 ст. 1.

информације). С једне стране, стварна тржишна (комерцијална) вредност информације постављена је као услов у Директиви о пословној тајни, TRIPS -у, неким државама чланицама ЕУ (Италија, Грчка) и ЗЗПТ (*уже схватање*). У ранијем америчком праву (пре усвајања UTSA) захтевало се да се информација континуирано користи у пословању привредног друштва које је носилац пословне тајне (због претеране строгости захтев је изостављен из UTSA и ретко је коришћен у судској пракси).⁸⁴⁷ С друге стране, постојање и потенцијалне вредности информације довољно је за испуњење услова тржишне вредности према UTSA, у појединим државама чланицама ЕУ (нпр. Чешка, Словачка, Литванија), као и у ЗПД (*шире схватање*). Уже и шире схватање тржишне вредности производе значајно различите ситуације у примени. Ужим схватањем нису обухваћене информације које привредно друштво, које је носилац пословне тајне, није (још увек) економски искоришћавало, нпр. зато што још није имало прилике или средстава да те информације користи. Управо због великих, суштинских разлика, које производе ова два схватања тржишне вредности, као елемента појма пословне тајне, неопходно је у српском праву ускладити постојеће дефиниције у ЗЗПТ и ЗПД, односно усвојити шире схватање и у ЗЗПТ. То би, ипак, било у складу са Директивом о пословној тајни, иако она начелно усваја уже схватање. Директива је заснована на принципу минималне хармонизације, те нема сметњи да се под појам пословне тајне подведе шири круг информација (и оне које имају само потенцијалну економску вредност).

Треба сматрати да и тзв. негативне информације имају економску вредност, без обзира на то које од два схватања је усвојено.⁸⁴⁸ Негативне информације су оне које се односе на поступке, методе, производе који не функционишу на очекивани начин или нису употребљиви. Те информације имају тржишну вредност јер су обично резултат дуготрајних и скувих истраживања. Поседовање тих информација даје економско преимућство привредном друштву које их поседује, јер оно онда неће производити или развијати неуспешне поступке, методе или производе. А та знања су од користи и конкурентима на тржишту, пошто када би их поседовали, они не би морали да улажу време и финансијска средства за њихово „испробавање“. Наводи се и да непружање заштите тзв. негативним информацијама може да доведе до нерационалног трошења

⁸⁴⁷ R. Vone (1998), стр. 249-250.

⁸⁴⁸ Тако и: М. Мићовић (2012), стр. 28-29.

друштвених средстава, што би било у супротности са општим интересом, као једним од циљева правне регулативе пословне тајне.⁸⁴⁹

4.4.4. Предузимање одговарајућих заштитних мера

Да би информација која испуњава услове у погледу тајности и тржишне вредности уживала заштиту као пословна тајна, неопходно је и да привредно друштво предузима одговарајуће мере за очување њене тајности. Ако друштво не предузима те мере, сматра се да оно нема интерес за чувањем неке информације као пословне тајне, те зато оно и „не заслужује“ судску заштиту. У једној пресуди из америчке судске праксе, суд је истакао да носилац пословне тајне мора пред судом да се појави са „чистим рукама“; он се не може жалити да је његова пословна тајна откривена ако он њу никада није третирао као тајну.⁸⁵⁰ Међутим, предузимање одговарајућих заштитних мера има и негативне стране. Постављање овог услова повећава трошкове заштите информације као пословне тајне, а када се ради о предмету или поступку који могу бити патентирани, онда се ти трошкови приближавају или чак превазилазе трошкове патентне заштите. Тиме се негативно утиче на подстицање иновативности и креативности, као једном од основних циљева правне заштите пословне тајне.⁸⁵¹ Зато се у правној теорији поставља питање оправданости и целисходности постојања овог захтева.⁸⁵² Иако предузимање одговарајућих мера заиста изискује трошкове за привредно друштво које је носилац пословне тајне, непредузимање тих мера довело би у питање, односно угрозило би испуњеност прва два елемента - услова заштите пословне тајне (тајност и тржишна вредност). Без одговарајућих заштитних мера информација која је предмет пословне тајне лакше би постала доступна трећим лицима. Непредузимање мера посредно доводи до закључка да информација нема тржишну вредност за привредно друштво, јер да има, оно би имало интерес да те мере предузме. Чак и када бисмо занемарили повезаност заштитних мера са прва два елемента појма пословне тајне, постоји још један снажан аргумент у прилог постојања и овог елемента. Непостојање услова заштитних мера утицало би на повећање случајева незаконитог

⁸⁴⁹ З. Арсић (1994), стр. 5.

⁸⁵⁰ RTE Corp v . Coatings, Inc., 267 N.W.2d, наведено према: Richard G. Bone, „Trade Secrecy, Innovation, and the Requirement of Reasonable Secrecy Precautions“, у: Rochelle C. Dreyfuss, Katherine J. Strandburg (ур.), *The Law and Theory of Trade Secrecy: a Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham, Northampton, 2010, стр. 17. (према електронској копији доступној на: <http://www.bu.edu/law/workingpapers-archive/documents/boner090309rev.pdf>, 21.08.2017.)

⁸⁵¹ *Ibid.*, стр. 21.

⁸⁵² *Ibid.*, стр. 35.

прибављања, коришћења или откривања пословних тајни. Трошкове заштите заменили би судски трошкови, као и трошкови откривања тајне, који могу бити ненадокнадиви (једном откривена пословна тајна више никада не може поново постати тајна).

Директива о пословној тајни, TRIPS, UTSA, државе чланице ЕУ, ЗПД и ЗППТ условљавају заштиту пословне тајне предузимањем одговарајућих (разумних) мера у циљу очувања њене тајности.⁸⁵³ Утврђивање које се то конкретне мере сматрају одговарајућим,⁸⁵⁴ односно разумним, зависи од околности случаја, а пре свега од значаја и вредности саме информације. Мере заштите пословне тајне одређују се у складу са проценом ризика од незаконитог прибављања, коришћења и откривања информације која представља пословну тајну.

Мере заштите могу бити правне и фактичке. Најзначајније правне мере су: прописивање актима привредног друштва који се подаци сматрају пословном тајном, закључивање посебних уговора о заштити поверљивих података са клијентима, добављачима, пословним партнерима и другим лицима која имају приступ тим подацима, односно уношење клаузуле о поверљивости података у уговоре о раду, уговоре о међусобном регулисању права, обавеза и одговорности са директорима, члановима надзорног одбора, уговоре о заступању, пуномоћју, уговоре о саветодавним услугама итд. (са поверљивом информацијом треба да буду упозната само она лица којима је то неопходно да би могла да обављају своје послове). Препорука је да се, поред закључивања одговарајућег уговора са свим лицима која имају приступ поверљивим информацијама, а посебно запосленима, обави посебан разговор након закључења уговора у којем ће им се јасно ставити до знања да имају приступ тајним информацијама и какве су последице повреде обавезе поверљивости (енг. *entrance interview*).⁸⁵⁵ Исти разговор треба обавити и након престанка радног односа или престанка другог уговора, када се указује на постојање тзв. постуговорне обавезе чувања пословне тајне (енг. *exit interview*). Постоји мноштво фактичких мера које привредно друштво може предузети у циљу заштите информација које представљају пословну тајну: постављање физичких баријера, омогућавање улаза само лицима која знају шифру за улазак у одређене просторије, означавање докумената ознаком „поверљиво“, увођење обавезе пријављивања и одјављивања свих лица која улазе и

⁸⁵³ Директива о пословној тајни, чл. 2 ст. 1(ц); TRIPS, чл. 39 ст. 2(ц); UTSA, чл. 1 ст. 4(iii); Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, стр. 25; ЗПД, чл. 72 ст. 3; ЗППТ, чл. 4 ст. 1.

⁸⁵⁴ У српском праву, за разлику од Директиве ЕУ о пословној тајни, TRIPS -а и UTSA користи се термин „одговарајуће“, а не „разумне“ мере.

⁸⁵⁵ D. Ganfield, стр. 606.

излазе из заштићених просторија, видео надзор, контрола свих лица која улазе у заштићене просторије, постојање физичког обезбеђења итд.

Судови не би требало да прешироко схватају појам одговарајућих, разумних мера, како привредним друштвима – носиоцима пословне тајне не би били наметнути превисоки трошкови заштите пословне тајне. Повећани трошкови указују на значај пословне тајне и њену вредност за привредно друштво, али не треба очекивати „савршену заштиту“ пословне тајне, већ предузимање економичних и ефикасних мера.⁸⁵⁶ Пример добро успостављене равнотеже су две пресуде америчких судова. У случају *E.I Dupont de Nemours v. Christopher* тужени је изнајмио мали авион и ангажовао пилота како би прелетео изнад фабрике у изградњи тужиоца и направио фотографије из птичје перспективе (фабрика није имала изграђен кров) у циљу откривања тајног процеса производње метанола. Суд је морао да одговори на питање да ли то што фабрика није била покривена током изградње значи да тужилац није предузео разумне мере у циљу очувања тајности процеса производње метанола. Суд је на питање одговорио негативно, истичући да би то наметнуло неоправдано високе трошкове тужиоцу, зарад „једног трика који је на нивоу ученика основне школе“.⁸⁵⁷ У случају *Rockwell Graphic Systems, Inc. v. DEV Industries, Inc.* тужилац је производио штампарске пресе и резервне делове за своје пресе. Цртежи резервних делова коришћени су од стране продавца тих делова приликом производње. Тужени у спору били су двоје бивших запослених који су искористили цртеже резервних делова током свог наредног запослења у привредном друштву које се бави конкурентском делатношћу. Суд је стао на становиште да тужилац јесте предузео разумне заштитне мере: цртежи су чувани у трезору, а приступ су имали само овлашћени запослени са идентификационом картицом; сви они, а то су углавном инжењери, који су радили на развоју резервних делова, потписали су уговоре о чувању поверљивих информација; продавцима су даване само копије цртежа, након закључивања посебног уговора о поверљивости; сваки цртеж имао је ознаку „поверљиво“.⁸⁵⁸

⁸⁵⁶ *Ibid.*, стр. 607.

⁸⁵⁷ *E.I Dupont de Nemours v. Christopher*, наведено према: Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age*, New York, 2012, стр. 66-70.

⁸⁵⁸ *Rockwell Graphic Systems, Inc. v. DEV Industries, Inc.* наведено према: D. Ganfield, стр. 607.

4.4.5. Осврт и анализа појма пословне тајне у српском праву

Према ЗПД, пословна тајна је податак чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву, као и податак који има или може имати економску вредност зато што није опште познат нити је лако доступан трећим лицима која би његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист и који је од стране друштва заштићен одговарајућим мерама у циљу очувања његове тајности.⁸⁵⁹ На сличан, али не и идентичан начин, пословна тајна дефинисана је у ЗЗПТ: то је “било која информација која има комерцијалну вредност зато што није опште позната нити је доступна трећим лицима која би њеним коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист, и која је од стране њеног држаоца заштићена одговарајућим мерама у складу са законом, пословном политиком, уговорним обавезама или одговарајућим стандардима у циљу очувања њене тајности, а чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету држаоцу пословне тајне”.⁸⁶⁰ И једна и друга дефиниција, поред три елемента појма пословне тајне (тајност, тржишна вредност информације, одговарајуће заштитне мере), која су усвојена и у релевантним прописима Светске трговинске организације и ЕУ (TRIPS и Директива о пословној тајни) и која су била предмет досадашње анализе, као четврти елемент појма предвиђају „могућност наношења штете привредном друштву (односно држаоцу пословне тајне, у смислу ЗЗПТ) саопштавањем пословне тајне трећем лицу”. Условљавање постојања правне заштите податка, односно информације, могућношћу наступања штете по носиоца пословне тајне само по себи не мора да буде лоше, али није ни неопходно. Таква могућност постоји у већини случајева незаконитог прибављања, коришћења и откривања пословне тајне. Није сасвим јасна ни разлика између овог елемента појма пословне тајне и тржишне вредности пословне тајне. Ако пословна тајна има тржишну вредност, свакако да ће њено незаконито откривање проузроковати штету носиоцу тајне.

Место и значај „четвртог“ елемента појма пословне тајне (могућност наношења штете) није јасно и конзистентно одређено у српском праву. Према ЗЗПТ, он је један од кумулативно постављених услова неопходних да би се информација сматрала пословном тајном. Према ЗПД, могућа су чак три различита тумачења. Према једном, појам пословне тајне одређен је алтернативно: то је податак чије би саопштавање

⁸⁵⁹ ЗПД, чл. 72 ст. 3.

⁸⁶⁰ ЗЗПТ, чл. 4 ст. 1.

трећем лицу могло нанети штету друштву (један једини услов) или податак који испуњава услове у погледу три опште прихваћена елемента појма пословне тајне. Према другом тумачењу, елемент могућности наношења штете постављен је алтернативно услову економске вредности и тајности податка (услов је испуњен ако се ради о податку чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву или о податку који има или може имати економску вредност зато што није опште познат нити је лако доступан трећим лицима која би његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист), уз додатан услов предузимања разумних мера.⁸⁶¹ Према трећем тумачењу, могућност наношења штете и тржишна вредност пословне тајне алтернативно су постављени услови, поред чије испуњености (барем једног од та два услова) се захтева испуњеност услова у погледу тајности податка и предузимања одговарајућих мера за његово чување. Треће тумачење највише је у складу са суштином појма пословне тајне онако како је он схваћен у упоредном праву и правној литератури. Прво тумачење дало би превелики значај чињеници могућности наношења штете друштву откривањем поверљивих података. Тиме би се неоправдано, у значајној мери, проширио појам пословне тајне, јер круг информација чије саопштавање може (довољна је само постојање изгледа, могућности) проузроковати штету може бити неограничен. Друго тумачење није прихватљиво, јер се услов тајности податка, који представља најзначајнији елемент појма, ставља у исту раван са условима тржишне вредности и могућности наношења штете. Треће тумачење би требало усвојити, јер се њиме у исту раван (алтернативно) постављају два услова чија примена је усмерена ка економским ефектима пословне тајне, те између њих и не постоји суштинска разлика.

4.5. Изузеци од постојања дужности чувања пословне тајне

Директива ЕУ о пословној тајни, ЗПД и ЗЗПТ прописују неке изузетке од дужности чувања пословне тајне, односно одређују које се информације не могу сматрати пословном тајном. Не сматра се повредом дужности чувања пословне тајне саопштавање података који се иначе сматрају пословном тајном, ако је то саопштавање: 1) обавеза прописана законом; 2) неопходно ради обављања послова или заштите интереса друштва; 3) учињено надлежним органима или јавности искључиво у циљу указивања на постојање дела кажњивог законом.⁸⁶² Пословном тајном не сматра се

⁸⁶¹ Тако и: Н. Тешић, стр. 518-519.

⁸⁶² ЗПД, чл. 73.

информација која је означена као пословна тајна ради прикривања кривичног дела, прекорачења овлашћења или злоупотребе службеног положаја или другог незаконитог акта или поступања домаћег или страног физичког и правног лица.⁸⁶³ Када је реч о Директиви ЕУ о пословној тајни, она прописује да државе чланице ЕУ осигуравају да се захтев за примену мера, поступака и правних средстава предвиђених у Директиви одбаци када је наводно прибављање, коришћење или откривање пословне тајне учињено у било којем од следећих случајева: (а) ради остваривања права на слободу изражавања и информисања како је оно утврђено у Повељи ЕУ о основним правима, укључујући поштовање слободе и плурализма медија; (б) ради откривања пропуста, преступа или незаконите активности, под условом да је противна страна деловала у сврху заштите општег јавног интереса; (ц) откривање пословне тајне од стране радника својим представницима у оквиру законитог извршавања функција тих представника, у складу с правом ЕУ или националним правом, под условом да је такво откривање било потребно за то извршавање; (д) у сврху заштите легитимних интереса признатих правом ЕУ или националним правом.⁸⁶⁴

⁸⁶³ ЗЗПТ, чл. 3 ст. 1.

⁸⁶⁴ Директива о пословној тајни, чл. 5.

VI Одговорност за повреду дужности лојалности

1. Облици одговорности за повреду дужности лојалности

Одговорност за повреду дужности лојалности има три облика: 1) имовинска одговорност; 2) статусна одговорност; 3) кривична одговорност.⁸⁶⁵ У оквиру имовинске одговорности лица са дужностима привредно друштво може остварити право на накнаду штете, пренос користи коју је лице са дужностима, са њим повезано лице или конкурентско друштво стекло повредом дужности, а може и захтевати поништај правног посла или радње у којој постоји лични интерес лица са дужностима.⁸⁶⁶ У оквиру статусне одговорности, а као последица повреде дужности лојалности, може доћи до искључења из друштва лица са посебним дужностима које је члан привредног друштва, раскида радног односа са лицем које је запослено у друштву и до изрицања мере забране обављања делатности за лице са посебним дужностима или конкурентско друштво.⁸⁶⁷ У оквиру кривичне одговорности, треба разликовати кривична дела предвиђена КЗ-ом и она предвиђена ЗПД-ом. КЗ-ом су, као посебна група кривичних дела, регулисана кривична дела против привреде.⁸⁶⁸ Повреда неког од појавних облика дужности лојалности може, у зависности од околности конкретног случаја, чинити биће готово сваког од кривичних дела из поменуте групе (посебно злоупотребе поверења у обављању привредне делатности, злоупотребе положаја одговорног лица, одавања пословне тајне). ЗПД регулише два кривична дела непосредно повезана са повредом дужности лојалности: закључење правног посла или предузимање радње у случају постојања личног интереса и повреду дужности избегавања сукоба интереса.⁸⁶⁹ Имовинска и статусна одговорност реализују се у грађанском судском поступку, подношењем тужбе од стране привредног друштва, као објекта дужности лојалности, или мањинских чланова друштва, који под законом прописаним условима, ту тужбу могу да поднесу у своје име, а за рачун друштва (деривативна тужба). Члан друштва коме је проузрокована штета повредом дужности лојалности од стране лица са

⁸⁶⁵ М. Мићовић (2016), стр. 57.

⁸⁶⁶ ЗПД, чл. 67 ст. 1, чл. 71, чл. 74 ст. 1 тач. 1, чл. 76 тач. 1 и 2.

⁸⁶⁷ ЗПД, чл. 74 ст. 1 тач. 2 и 3, чл. 76 тач. 3, 4 и 5.

⁸⁶⁸ Види: КЗ, чл. 223-245.

⁸⁶⁹ ЗПД, чл. 582. и чл. 583.

посебним дужностима може да поднесе тужбу за накнаду штете (индивидуална тужба). Кривична одговорност реализује се у кривичном судском поступку у складу са правилима кривичног (материјалног и процесног) права.

2. Имовинска и статусна одговорност за повреду дужности лојалности

Полазећи од чињенице да се имовинска и статусна одговорност остварују на исти начин, у оквиру истог поступка, обрадићемо ове врсте одговорности, као и правна средства за њихово остваривање (различите врсте тужби) у истом делу овог поглавља.

2.1. Накнада штете

Одговорност за накнаду штете основни је облик имовинске одговорности лица са посебним дужностима које је повредило дужност лојалности према привредном друштву. Овај вид одговорности најчешћи је у пракси, што показују емпиријски подаци који произилазе из спроведених истраживања у САД, Великој Британији и Аустралији о учесталости одговорности лица са дужностима и правним последицама те одговорности.⁸⁷⁰ У немачком праву одговорност за накнаду штете предвиђена је као основни облик одговорности за све законом прописане посебне дужности.⁸⁷¹ И ЗПД-ом је одговорност за штету предвиђена као правна последица повреде било ког појавног облика дужности лојалности (али и дужности пажње). Додатно, чланом 415. ЗПД-а прописана је општа одговорност директора акционарског друштва и чланова надзорног одбора ДОО и акционарског друштва за штету коју му проузрокују кршењем одредаба ЗПД, статута или одлуке скупштине.

Штета произашла из повреде дужности лојалности може бити последица индивидуалног поступања чланова органа друштва (директора или чланова надзорног одбора), али и колективног поступања, односно до ње може доћи одлуком органа са

⁸⁷⁰ John Armour, Bernard Black, Brian Cheffins, Richard Nolan, „Private Enforcement of Corporate Law: an Empirical Comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies*, бр. 4/2009, стр. 692; Jenifer Varzaly, „Enforcement of Directors’ Duties in Australia: an Empirical Analysis“, *European Business Organization Law Review*, бр. 2/2015, стр. 287.

⁸⁷¹ Види: Aktg, чл. 88 ст. 2, чл. 93 ст. 2, чл. 116.

више чланова. Повреда дужности лојалности, практично посматрано, углавном произилази из индивидуалног поступања, али није немогуће замислити ни њену повреду услед одлуке одбора директора, извршног одбора или надзорног одбора. Тада за штетне последице те одлуке одговарају сви директори/чланови надзорног одбора који су гласали за ту одлуку, као и они који су били уздржани.⁸⁷² Ако директор није био присутан на седници одбора директора или надзорног одбора на којој је одлука донета, нити је за њу гласао на други начин, сматра се да је гласао за ту одлуку у погледу постојања одговорности за штету, ако се тој одлуци није писаним путем успротивио у року од осам дана по сазнању за њено доношење.⁸⁷³

Обавеза на накнаду штете може постојати, и често постоји, паралелно са другим облицима имовинске, статусне и кривичне одговорности. Изузетак је пренос користи на друштво, коју је лице са дужностима стекло повредом дужности лојалности. За постојање одговорности за штету неопходно је испуњење општих услова грађанског права.⁸⁷⁴ Општи услови одговорности за штету су: 1) штета; 2) узрочна веза између штете и радње њеног починиоца; 3) кривица починиоца штете (према неким схватањима, и противправност штетне радње је посебан услов одговорности).⁸⁷⁵

Штета је сваки уштрб неког правно заштићеног добра односно интереса, који настаје мимо воље погођеног лица, и који је неко дужан да надокнади.⁸⁷⁶ Основна подела штете је подела на материјалну и нематеријалну. У оквиру материјалне штете прави се разлика између стварне штете и измакле користи. У смислу ЗОО, штета је умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и доношење другог физичког или психичког бола или страха.⁸⁷⁷ Лице са посебним дужностима које је повредило дужност лојалности дугује привредном друштву накнаду како стварне штете, тако и измакле користи. Постојање стварне штете и њен износ некада није тешко утврдити (када лице са посебним дужностима користи имовину привредног друштва у сопственом интересу: нпр. службени аутомобил користи за сопствене потребе, тада стварну штету чине трошкови горива и

⁸⁷² ЗПД, чл. 415 ст. 3. и ст. 4.

⁸⁷³ ЗПД, чл. 415 ст. 5.

⁸⁷⁴ Драган Вујисић, „Фидуцијарне дужности и одговорност чланова управе привредног друштва“, *Правни живот*, бр. 12/2009, стр. 422.

⁸⁷⁵ Према Радишићевом схватању, и противправност штетне радње је посебан услов одговорности за штету, иако ЗОО не условљава изричитим захтевом да штетна радња буде противправна. Пошло се од схватања да противправност као услов деликта не треба посебно истицати, јер је она обухваћена самим појмом кривице. (Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2008, стр. 220-221.)

⁸⁷⁶ *Ibid.*

⁸⁷⁷ ЗОО, чл. 155.

амортизације возила; или, када дође до закључења уговора, који није пријављен надлежном органу привредног друштва, између друштва и лица са дужностима, тада стварна штета обухвата све трошкове у вези са закључењем уговора, као што су трошкови овере уговора код јавног бележника, као и фактичке трошкове који прате правне последице поништаја уговора, као што су повраћај ствари, новца, курсне разлике и сл.). Међутим, повреда дужности лојалности често је повезана са нематеријалним добрима која припадају друштву, када износ стварне штете није једноставно утврдити. Најбољи пример је коришћење или одавање пословне тајне, коришћење других поверљивих информација у интересу лица са дужностима, коришћење могућности за закључење посла итд. Тада је накнада измакле користи од посебне важности, пошто је она најчешће већа од стварне штете коју друштво трпи коришћењем неког свог нематеријалног добра. На пример, у случају одавања тајних састојака производа конкуренту, измаклу корист чини добит од продаје производа у будућем периоду у коме се разумно могло очекивати да ће тајни састојак остати неоткривен и да ће производ бити предмет потреба или интересовања потрошача на тржишту. При оцени измакле користи узима се у обзир добитак који се основано могао очекивати према редовном току ствари или према посебним околностима, а чије је остварење спречено штетниковом радњом или пропуштањем.⁸⁷⁸ Према томе, није меродавно оно што оштећени (привредно друштво) очекује, него објективна могућност стицања добити.⁸⁷⁹

Овде се треба дотаћи питања природе одговорности за штету лица са посебним дужностима. Спорно је, наиме, да ли она потиче из уговора или из опште забране проузроковања штете другоме (уговорна или вануговорна одговорност). Уговорна одговорност се дефинише као одговорност за штету због повреде неке већ постојеће обавезе (која потиче из уговора или другог извора облигација), најчешће настале вољом страна, док вануговорна (деликтна) одговорност настаје због повреде неке опште норме, правни однос између страна ствара се тек чињеницом проузроковања штете.⁸⁸⁰ У домаћој теорији расправа о природи одговорности лица са дужностима сматра се и даље отвореном и непрекинутом.⁸⁸¹ Уопштено говорећи, разлике између ове две врсте имовинске одговорности огледају се у кривици, њеној оцени и терету

⁸⁷⁸ ЗОО, чл. 189 ст. 3.

⁸⁷⁹ Ј. Радишић, стр. 200.

⁸⁸⁰ Стојан Цигој, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада (део о грађанскоправној одговорности)*, том први, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 402.

⁸⁸¹ М. Васиљевић (2004), стр. 224. Присутно је и схватање да је одговорност лица са посебним дужностима уговорне природе (Ј. Лепетић (2015), стр. 316-321).

доказивања,⁸⁸² затим пословној, односно деликтној способности, одговорности за другог, важећу клаузуле о искључењу или ограничењу одговорности, као и у правилима о солидарности дужника, застарелости, надлежности суда, обиму накнаде штете и др.⁸⁸³ Велики број наведених разлика нема никаквог, или има веома мали, значај, утицај на однос између лица са посебним дужностима и привредног друштва у примени дужности лојалности. Познато је да се најважнија практична разлика између две врсте одговорности односи на обим накнаде штете.⁸⁸⁴ Код уговорне одговорности штетник је дужан да накнади само ону стварну штету и измаклу корист коју је морао да предвиди као могуће последице повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате.⁸⁸⁵ Услов предвидљивости штете не поставља се као услов вануговорне одговорности. С обзиром на природу повреде дужности лојалности, тешко је замислити ситуацију у којој лице са посебним дужностима не може да предвиди наступање штете као последице његовог нелојалног понашања. Лица са посебним дужностима професионално се баве привредном делатношћу и од њих се очекује да морају предвидети штетне последице својих незаконитих понашања. Како се наведена практична разлика између уговорне и вануговорне одговорности за штету ретко или готово никада не појављује у примени дужности лојалности, чини се да и питање утврђивања правне природе (врсте) одговорности за штету лица са посебним дужностима нема велики значај. Али, ако бисмо, ипак, покушали да се одредимо за једну врсту одговорности, онда би, свакако, требало да имамо у виду следеће чињенице: тешкоћа, а понекад и немогућност примене правила о уговорној одговорности на лица са дужностима, непостојање уговорног односа између чланова привредног друштва и привредног друштва, и када уговорни однос постоји (између других субјеката дужности лојалности и привредног друштва), посебне дужности не морају бити део уговора, већ је њихово постојање увек засновано

⁸⁸² Разликовање у погледу кривице између две врсте кривице сматра се класичним, али је оно одбачено у новијим грађанским законима. Тако и ЗОО напушта класично правило и прихвата јединствено становиште за обе врсте одговорности - одговорност по основу претпостављене кривице (ЗОО, чл. 154 ст. 1.).

⁸⁸³ Слободан Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни живот*, бр. 3-4/2004, стр. 20. О теоријским и практичним разликама између уговорне и вануговорне одговорности види: Ј. Радишић, стр. 183-187.

⁸⁸⁴ Ј. Радишић, стр. 187.

⁸⁸⁵ ЗОО, чл. 266 ст. 1.

на императивној законској норми. Ове чињенице нас наводе на закључак о претежно вануговорној одговорности лица са посебним дужностима.⁸⁸⁶

Последица повреде дужности лојалности може бити и наступање нематеријалне (неимовинске) штете. Нелојално понашање лица са посебним дужностима у великим привредним друштвима (првенствено јавним акционарским друштвима) често је предмет интересовања најшире јавности. Коруптивно понашање чланова управе привредног друштва, правни послови између привредног друштва и контролног члана, између контролног и зависног друштва, који нису у складу са поштеним тржишним условима, само су неки од примера нелојалних понашања лица са дужностима која изазивају пажњу медија и читавог друштва (у социолошком смислу). Негативан публицитет који прати поједине случајеве повреде дужности лојалности резултира повредом угледа привредног друштва, што је вид нематеријалне штете. У српском праву прихваћена је субјективна концепција нематеријалне штете. Њу не чини сама повреда личног добра или објекта неког неимовинског права, већ бол или страх, повреда интимне сфере која са собом носи поремећај у психичкој равнотежи оштећеника.⁸⁸⁷ Привредно друштво, према таквој концепцији, не може бити објект нематеријалне штете, јер као правно лице не може трпети бол или страх. Такав је и став домаће судске праксе, иако је било неких колебања и другачијих одлука појединих судова.⁸⁸⁸ Изузетак представља могућност објављивања пресуде, односно исправке, на трошак штетника, у случају *повреде права личности* (довољно је објективно постојање повреде личности, не захтева се субјективни бол, страх).⁸⁸⁹ Накнаде нематеријалне штете привредног друштва као правног лица могућа је само у случају објективизације појма нематеријалне штете.⁸⁹⁰ Објективизација подразумева схватање овог појма као „повреде личног добра или објекта неимовинског права или самог неимовинског права или правом заштићеног интереса, а у сваком случају, без обзира на то да ли је та повреда имала за резултат бол или страх или трпљење у интимној сфери

⁸⁸⁶ О вануговорној природи одговорности директора и чланова надзорног одбора за штету према чл. 415. ЗПД, види: Јована Величковић, „Одговорност за штету чланова управе привредног друштва (члан 415 Закона о привредним друштвима)“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2012, стр. 118-119.

⁸⁸⁷ Обрен Станковић, *Накнада штете*, Београд, 1998, стр. 150.

⁸⁸⁸ О различитим ставовима у судској пракси, види: Владимир Козар, „Нематеријална штета проузрокована у пословању привредних друштава и других правних лица“, *Правни живот*, бр. 12/2009, стр. 438-440. Дилема је разрешена правним схватањем утврђеним на Грађанској седници Врховног суда Србије од 5. фебруара 2001. године, којим је заузет став да „правно лице нема право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, јер то није законом призната штета“.

⁸⁸⁹ ЗОО, чл. 199.

⁸⁹⁰ Објективна концепција усвојена је 2005. године у хрватском праву.

оштећеника“.⁸⁹¹ Према важећој концепцији усвојеној у српском праву, привредно друштво има право на накнаду само материјалне штете (стварна штета и измакла корист) у случају повреде дужности лојалности од стране лица са посебним дужностима.

Постојање узрочне везе између радње која представља повреду дужности лојалности и штете коју трпи привредно друштво постављено је као услов одговорности у домаћем праву, али и у америчком и британском праву.⁸⁹² У британском праву утврђивање постојања узрочне везе не своди се на то да ли штета произилази из повреде дужности, већ на то да ли би она наступила у случају да није било те повреде. Директор није одговоран за штету, коју би компанија вероватно претрпела чак и да је он поступио у складу са правилима о фидуцијарним дужностима, која захтевају пријављивање (објављивање) интереса у правном послу у којем постоји његов лични интерес.⁸⁹³ Утврђивање постојања узрочне везе између повреде дужности лојалности и штете не представља значајнији практични проблем, јер из повреде готово увек произилази штетна последица по привредно друштво.

У складу са општим правилима грађанског права, лице са посебним дужностима одговорно је за штету само ако је криво, односно ако је штету проузроковало намерно или непажњом.⁸⁹⁴ Кривица лица са посебним дужностима које је повредило дужност лојалности се претпоставља, па је на њему терет доказивања супротног (терет доказивања постојања повреде дужности лојалности је на тужиоцу). Тешко је замислити ситуације у којима лице са дужностима може да докаже да није криво за повреду дужности лојалности. Та повреда подразумева издавање поверења, односно посебног односа, који постоји између лица са дужностима и друштва, те најчешће повреда дужности није у складу са моралним обзирима који важе у привредном пословању (изузетак би могли да буду неки случајеви повреде дужности поштовања забране конкуренције). Зато се подразумева постојање кривице лица са дужностима. Исто би важило и за противправност, ако бисмо прихватили њено постојање као последњи услов одговорности за штету лица са дужностима. Противправност означава кршење норми које, директно или индиректно, треба да спрече nanoшење штете

⁸⁹¹ Марија Караникић Мирић, „Објективизовање моралне штете“, *Зборник Матице Српске за друштвене науке*, бр. 3/2015, стр. 490.

⁸⁹² МВСА, чл. 8.31. (б)(1)(ii); А. Кеау (2014), стр. 476.

⁸⁹³ *Gwembe Valley Development Co. Ltd (in receivership) v. Kshy*, наведено према: А. Кеау (2014), стр. 477.

⁸⁹⁴ ЗОО, чл. 158.

другоме.⁸⁹⁵ Повреда дужности лојалности несумњиво представља противправно понашање лица са дужностима, односно понашање које је у директној супротности са законским нормама (одредбама ЗПД о посебним дужностима према привредном друштву).

И на утврђивање висине и начина накнаде штете примењују се општа правила грађанског права. Основни принцип је да ће суд, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања штетника (лица са посебним дужностима).⁸⁹⁶ Два су основна начина накнаде штете: успостављање ранијег стања и новчана накнада. У случајевима повреде дужности лојалности реалније је очекивати накнаду у новцу, док би успостављање ранијег стања било примењиво на случајеве коришћења имовине друштва и повраћај имовине друштву од стране лица са дужностима. Висина накнаде штете одређује се према ценама у време доношења судске одлуке, осим ако законом није другачије одређено (цене у тренутку повреде дужности нису од значаја).⁸⁹⁷ Исто правило у погледу тренутка релевантног за одређивање висине накнаде прихваћено је и у британској судској пракси, мада су забележени поједини случајеви у којима судови, у присуству неуобичајених околности, као релевантан сматрају неки ранији тренутак (пре доношења судске одлуке).⁸⁹⁸

На крају, ваља истаћи да ЗПД, у оквиру опште одредбе о одговорности директора и чланова надзорног одбора за штету (чл. 415.) познаје и могућност одрицања од захтева за накнаду штете. Могућност одрицања ограничена је, пре свега, персоналним подручјем примене члана 415. ЗПД (могуће је одрицање од захтева према директорима акционарског друштва и члановима надзорног одбора ДОО и акционарског друштва). Постоје два услова неопходна за ваљаност одрицања од захтева за накнаду штете према неком од наведених лица: одлука скупштине која се доноси трочетвртинском већином гласова присутних акционара/чланова ДОО (позитиван услов) и непротивљење акционара/чланова ДОО који представљају најмање 10% основног капитала друштва (негативан услов).⁸⁹⁹

⁸⁹⁵ Ј. Радишић, стр. 221.

⁸⁹⁶ ЗОО, чл. 190.

⁸⁹⁷ ЗОО, чл. 189 ст. 2.

⁸⁹⁸ А. Кеау (2014), стр. 479.

⁸⁹⁹ ЗПД, чл. 415 ст. 7; о одрицању од захтева за накнаду штете види: Ј. Величковић, стр. 122-123.

2.2. Пренос користи

Пренос користи, односно повраћај профита (енг. *disgorgement of profits*), је специфично правно средство усмерено на враћање незаконито стечене добити лица које је ту добит стекло радњом која није заснована на праву (повреда закона, уговора). Оно постоји не само у компанијском, већ и у другим гранама јавног (кривично право, управно право) и приватног права (право интелектуалне својине, право конкуренције, потрошачко право). Потиче из англосаксонског права, познају га у мањој или већој мери и земље континентално - европске правне традиције, али нигде не постоји као опште примењиво и доступно правно средство, већ је његов домет ограничен обично на узан круг фактичких ситуација (повреда фидуцијарне дужности, непоштена пословна пракса, повреда ауторског права, повреда патента итд.). Сврха постојања преноса користи као посебног правног средства је онемогућавање „калкулисања“ и свесног кршења прописа којима се другим лицима наноси штета, у ситуацијама када је вероватно да ће профит од повреде прописа бити већи од евентуалне одговорности за штету. Зато ово правно средство има искључиво превентивни карактер.⁹⁰⁰ Применом истог шаље се порука да се незаконито стицање профита „не исплати“.

Српско компанијско право још од доношења ЗОП-а познаје пренос користи, али и неке, функционално сличне инструменте, као могуће последице повреде неких од појавних облика дужности лојалности. Поред преноса користи, ЗОП и ЗПД 2004 предвиђали су и могућност да се послови које лице са посебним дужностима (или са њим повезано лице) изврши за свој рачун признају као послови извршени за рачун привредног друштва, али и могућност уступања привредном друштву свих потраживања која произилазе из посла извршеног за рачун лица са дужностима (или повезаног лица).⁹⁰¹ Примена ових правила некада није била једноставна, јер, за разлику од преноса користи, она подразумевају промену у већ постојећем уговорном односу између лица са дужностима и трећег лица. Тако је у домаћој судској пракси, у вези са могућношћу признавања послова лица са дужностима као послова извршених за рачун привредног друштва и уступања потраживања, изнет став да су „овлашћења предузећа из чл. 92 ст. 5. ЗОП по својој природи таква да се не могу увек принудно остварити. Препуштање послова значило би принудно уступање уговора, које није могуће без

⁹⁰⁰ Ewoud Hondius, Andre Janssen, „Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World“, у: Ewoud Hondius, Andre Janssen (ур.), *Disgorgement of Profits*, Cham, 2015, стр. 501.

⁹⁰¹ Види: ЗПД 2004, чл. 37 ст. 1; ЗОП, чл. 92 ст. 5.

сагласности трећег лица (чл. 145. ЗОО).⁹⁰² Можда баш из тог разлога данашњи ЗПД прихвата једино правило о преносу користи, које се може применити у случају повреде дужности избегавања сукоба интереса и дужности поштовања забране конкуренције.

Пренос користи у компанијском праву је *sui generis* облик имовинске одговорности услед повреде дужности лојалности, који се суштински разликује од накнаде штете, као основног и опште прихваћеног облика имовинске одговорности.⁹⁰³ Ово правно средство у супротности је са основним принципом континентално – европског грађанског права у области имовинске одговорности, а то је принцип стављања оштећеног лица у исти положај у којем је било пре него што му је штета проузрокована. За разлику од накнаде штете, чије је полазиште имовина оштећеног (привредног друштва) и њено умањење, односно спречавање увећања, пренос користи полази од имовине штетника (лица са посебним дужностима) и увећања те имовине услед повреде дужности лојалности према друштву. Правно средство преноса користи примењује се потпуно независно од тога да ли је привредно друштво претрпело штету услед повреде дужности. Преносом користи друштво теоретски може остварити накнаду, чији износ знатно превазилази износ штете коју је претрпело (тзв. *windfall profits*), па се зато пренос користи сматра „аномалијом“ у многим правним системима.⁹⁰⁴ Такође, ирелевантно је да ли је привредно друштво имало реалних могућности (финансијских, правних) да самостално стекне корист, да ли је оно намеравало да ту корист стекне, колика је вероватноћа да би оно само дошло до користи и сл.⁹⁰⁵ У сваком случају, ово правно средство не сме имати казни карактер, тј. вредност остварене добити представља горњу границу накнаде коју привредно друштво може стећи.

Због своје специфичности, пренос користи се не може подвести ни под један од постојећих института грађанског права. Он има сличности са стицањем без основа.⁹⁰⁶ Међутим, он се суштински разликује од овог института. За институт стицања без основа је карактеристично то да је из неке чињенице једном лицу настала корист, а другом лицу губитак, при чему за такво померање користи из сфере једне стране у

⁹⁰² Одговор утврђен на седници Одељења за привредне спорове Вишег привредног суда у Београду 11. јула 2000. године, наведено према: *правна база Intermex (propisi online)*, приступ 12.09.2017. године.

⁹⁰³ Tobias Helms, „Disgorgement of Profits in German Law“, у: Ewoud Hondius, Andre Janssen (ур.), *Disgorgement of Profits*, Cham, 2015, стр. 219.

⁹⁰⁴ E. Hondius, A. Janssen, стр. 475.

⁹⁰⁵ A. Keay (2014), стр. 481.

⁹⁰⁶ Присутно је схватање да је извор преноса користи у српском праву правило о стицању без основа. Види: J. Лепетић (2015), стр. 332-336.

сферу друге стране није постојао неки правни основ.⁹⁰⁷ Код стицања без основа постоје оштећено и обogaћено лице: оштећено је оно лице из чије је имовине неки део прешао у имовину неког другог, обogaћеног лица.⁹⁰⁸ Потребно је постојање повезаности, узрочне везе између обogaћења једног лица и осиромашења другог (једно лице се неосновано обогатило на рачун другог). То је уједно и основна разлика између стицања без основа и преноса користи. Пренос користи се може захтевати потпуно независно од наступања било каквог губитка на страни лица које захтева пренос (привредног друштва). Изузетак је, на неки начин, коришћење имовине као вид повреде дужности избегавања сукоба интереса, где узрок (део имовине), који је довео до обogaћења лица са посебним дужностима треба да буде идентичан оном делу имовине друштва, који је „искоришћен“.

Подручје примене преноса користи у вези са повредом дужности лојалности најјасније је у земљама англосаксонског права. У њима постоји посебно правно средство („*account of profits*“) усмерено на повраћај стеченог профита за све облике повреде фидуцијарне дужности лојалности.⁹⁰⁹ У америчком праву оно се сматра основним правним средством у случају повреде фидуцијарне дужности.⁹¹⁰ Међутим, у земљама англосаксонског права у одређеној мери је нејасно да ли привредно друштво има право избора између права на накнаду штете и преноса стечене добити, или то чини суд у зависности од околности конкретног случаја. У принципу, право избора има тужилац (привредно друштво или чланови као деривативни тужиоци), мада суд има дискреционо овлашћење да одбије примену изабраног правног средства позивајући се на начело правичности.⁹¹¹ У неким новијим пресудама судови заузимају рестриктивнији приступ у погледу доступности преноса користи, не дозвољавајући његову примену када сматрају да она није „одговарајући“ одговор на повреду дужности у конкретном случају.⁹¹² У британској правној теорији изражено је становиште да могућност избора припада привредном друштву, а тај избор друштво треба да изврши у тренутку када располаже информацијама потребним за рационалан избор (енг. *informed choice*).⁹¹³ У немачком праву могућност коришћења преноса користи изричито је

⁹⁰⁷ Борислав Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, стр. 550.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, стр. 556.

⁹⁰⁹ E. Hondius, A. Janssen, стр. 484.

⁹¹⁰ Melvin A. Eisenberg, „The Disgorgement Interest in Contract Law“, *Michigan Law Review*, бр. 3/2006, стр. 563; за енглеско право види: A. Keay (2014), стр. 480.

⁹¹¹ E. Hondius, A. Janssen, стр. 484.

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ A. Keay (2014), стр. 488.

предвиђена законом само у случају повреде дужности поштовања забране конкуренције (кроз право на суброгацију, нем. *Eintrittsrechte*, које је функционално еквивалентно преносу користи).⁹¹⁴ Но, независно од тога, у немачкој правној теорији сматра се да треба да постоји општи принцип, према коме повреда фидуцијарне дужности увек може имати за последицу пренос користи остварене том повредом.⁹¹⁵ Ако се услед повреде фидуцијарне дужности лице са дужностима нађе у сукобу интереса, корист остварена повредом пренеће се на бенефицијара (привредно друштво), независно од тога да ли је он претрпео било какву штету, па чак и када он сам никада не би стекао ту добит.⁹¹⁶

Домет преноса користи у српском праву, као што је већ речено, ограничен је на случајеве у којима је дошло до повреде дужности избегавања сукоба интереса и дужности поштовања забране конкуренције.⁹¹⁷ ЗПД-ом право избора правног средства недвосмислено је препуштено привредном друштву као тужиоцу. Донекле је спорна могућност кумулирања преноса користи са накнадом штете, јер ово питање ЗПД-ом није изричито регулисано. Наше раније компанијско законодавство регулисало је питање кумулирања накнаде штете и преноса користи на различит начин. ЗОП-ом је, најпре, кумулирање било изричито забрањено,⁹¹⁸ да би ЗПД-ом 2004 оно било изричито дозвољено.⁹¹⁹ У правној теорији се наводи да су ова два правна средства „алтернативна“ и „неконзистентна“.⁹²⁰ Чини се да немогућност кумулирања преноса користи са накнадом штете произилази из општих правила о имовинској одговорности, као и то да ово питање неће бити од већег значаја у пракси, јер неће ни постојати потреба за кумулирањем правних средстава која су предмет анализе (ако је корист већа од штете, тужилац ће поднети тужбу за пренос користи, и обрнуто; у сваком случају, он не сме имати право и на накнаду штете и на пренос користи). С друге стране, могућа је кумулативна примена преноса користи са облицима статусне или кривичне одговорности лица са посебним дужностима који су прописани као могућа последица повреде дужности избегавања сукоба интереса и дужности поштовања забране конкуренције.

⁹¹⁴ Aktg, чл. 88 ст. 2.

⁹¹⁵ T. Helms, стр. 223.

⁹¹⁶ *Ibid.*

⁹¹⁷ ЗПД, чл. 71 тач. 2. и чл. 76 тач. 2.

⁹¹⁸ ЗОП, чл. 92 ст. 5.

⁹¹⁹ ЗПД 2004, чл. 37 ст. 1.

⁹²⁰ A. Keay (2014), стр. 488.

Питање одговарајућег степена кривице неопходног за допуштеност примене преноса користи изазива одређене недоумице како у упоредном, тако и у српском праву. Нејасно је да ли је за примену овог правног средства довољан било који степен кривице (чак и обична непажња) или се захтева постојање намере или крајње непажње. У правној теорији питање остаје отворено, уз опаску да треба пронаћи праву меру која неће довести ни до претерано честог коришћења преноса користи (у случају да је довољан било који степен кривице), али ни до фактичког онемогућавања правног средства у пракси (у случају примене само у случају постојања намере/умишљаја).⁹²¹ У једној британској пресуди истиче се да лице са посебним дужностима не може користити аргумент да је поступало у доброј вери, који указује на правну ирелевантност његове кривице.⁹²² У српском праву не постоји правило које би указало на то који степен кривице је потребан за наступање имовинске одговорности лица са дужностима у виду преноса користи стечене повредом дужности. Пошто ЗОО не познаје овај вид одговорности, нема места примени општих правила о имовинској одговорности која се односе на накнаду штете. Зато би ово питање требало посебно регулисати у ЗПД, а узимајући у обзир изнета теоријска схватања о неопходности проналажења праве мере и сврси овог правног средства (превенција, одвраћање лица са дужностима од повреде дужности у случају процене да ће штета нанета привредном друштву бити мања од добити коју ће оно стећи), примена преноса користи требало би да буде ограничена само на случајеве у којима лице са дужностима поступа са намером или крајњом непажњом (обична непажња недовољна је за примену овог правног средства). Такав став изнео је Врховни суд Норвешке у једној пресуди из 2007. године, у случају у којем је тужилац захтевао пренос користи од стране туженог који је повредио клаузулу о забрани конкуренције. Суд је заузео став да пренос користи није дозвољен у конкретном случају зато што је тужени поступао са обичном непажњом.⁹²³

Најсложеније питање у примени преноса користи стечене повредом дужности лојалности је утврђивање износа користи и на основу тога накнаде на коју привредно друштво има право, као и утврђивање процента те користи који оправдано припада лицу са посебним дужностима (опште је прихваћено да у случају преноса користи

⁹²¹ E. Hondius, A. Janssen, стр. 502.

⁹²² Stephen Watterson, „Gain-based Remedies for Civil Wrongs in England and Wales“, у: Ewoud Hondius, Andre Janssen (ур.), *Disgorgement of Profits*, Cham, 2015, стр. 45.

⁹²³ Eric Monsen, „Disgorgement Damages in Norwegian Law“, у: Ewoud Hondius, Andre Janssen (ур.), *Disgorgement of Profits*, Cham, 2015, стр. 271.

привредно друштво нема право на пренос користи у пуном износу).⁹²⁴ У погледу одређивања укупног износа користи лица са дужностима, неопходно је омогућити привредном друштву да захтева од лица са дужностима да открије финансијске информације о његовом пословању, јер у супротном није могуће одредити износ користи.⁹²⁵ Британска судска пракса, у којој постоји дугогодишња традиција примене преноса користи, развила је неколико корисних правила за утврђивање износа користи. Како се утврђивање тог износа показало изузетно компликованим у пракси, суд је у једном случају стао на становиште да се не очекује „математичка прецизност“, већ „разумна процена износа користи“.⁹²⁶ У случају *Ultraframe (UK) Ltd. v Fielding*, заузет је став да приликом одређивања износа користи, она може бити ограничена на одређени временски период, или на корист стечену у вези са коришћењем тачно одређене имовине привредног друштва, или у пословању са тачно одређеним клијентима или потрошачима.⁹²⁷ Поред тога, досадашња британска пракса признавала је само позитивне, а не и негативне користи, настале повредом дужности (уштеда трошкова не сматра се коришћу); користи, пак, не морају бити искључиво у новцу, па се као корист рачуна и неновчана вредност настала повредом дужности.⁹²⁸

Када је реч о проценту користи који лице са дужностима може да задржи за себе, ово право признато му је како не би дошло до неоснованог обogaћења привредног друштва. Стицање користи подразумева и одређене трошкове на страни лица са дужностима. У немачкој судској пракси заузет је став да постоји право на накнаду само трошкова који су непосредно, директно повезани са стицањем користи, а не и општих, режијских трошкова (у супротном оштећено лице би фактичко финансирало компанију, односно пословни подухват штетника).⁹²⁹ У неким случајевима стечена корист, у мањој или већој мери, последица је посебних знања и вештина лица са дужностима, што се, такође, може узети у обзир. Тако је у британској судској пракси директорима признато не само право на накнаду трошкова, већ и право на правичну накнаду за уложени труд приликом стицања добити.⁹³⁰ Међутим, то право признато је само у ограниченој мери, јер се њиме не смеју посредно подстицати лица са посебним дужностима на нелојално понашање. На њега се лице са дужностима може позивати само у изузетним

⁹²⁴ *Ibid.*

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ A. Keay (2014), стр. 482.

⁹²⁷ *Ultraframe (UK) Ltd. v Fielding*, наведено према: *Ibid.*, стр. 483.

⁹²⁸ S. Watterson, стр. 34-35.

⁹²⁹ E. Hondius, A. Janssen, стр. 503.

⁹³⁰ A. Keay (2014), стр. 482.

околностима, ако је поступало поштено, ако поседује изузетне вештине које су пресудно утицале на стицање добити или је предузело неуобичајене ризике.⁹³¹ Такође, овде је од значаја и степен кривице, па у случају постојања намере лица са дужностима, нема места признавању права на правичну накнаду.

2.3. Поништај правног посла или правне радње

Поништај правног посла или правне радње у којој постоји лични интерес лица са посебним дужностима или са њим повезаног лица је правна последица повреде дужности лојалности, која се примењује само у случају повреде дужности пријављивања правног посла или радње са личним интересом. Поред тужбе за накнаду штете, у случају повреде ове дужности, привредно друштво може поднети и тужбу за поништај правног посла или радње.⁹³² Како се овде најчешће ради о закључивању уговора између лица са дужностима (или са њим повезаног лица) и привредног друштва, то ће примена овог правног средства имати за последицу непостојање тог уговора, без обзира да ли се ради о ништавом или рушљивом уговору. Према садашњем ЗПД, уговор који је закључен без пријаве и одобрења надлежног органа друштва је рушљив, за разлику од ЗПД 2004,⁹³³ који је прописивао ништавост тог уговора. Рушљивост подразумева да уговор производи правно дејство, ако привредно друштво не искористи правно средство, односно не поднесе тужбу за поништај.

ЗПД познаје и изузетак од поништаја правног посла у циљу заштите трећих лица, која су, иако директно или индиректно повезана са послом или радњом у којој постоји лични интерес, савесна. Правни посао, односно правна радња неће бити поништени: 1) ако је правни посао закључен између привредног друштва и трећег лица, односно када је радња предузета према трећем лицу (ако је то треће лице са лицем са дужностима или са повезаним лицем у финансијском односу и ако се основано може очекивати да постојање тог односа утиче на његово поступање), или ако је дошло до закључивања правног посла, односно предузимања радње друштва из које треће лице има економски интерес и 2) ако треће лице није знало нити морало знати за постојање

⁹³¹ *Ibid.*, стр. 492.

⁹³² Исто је и у британском праву (*Ibid.*, стр. 485-486).

⁹³³ ЗПД 2004, чл. 35 ст. 5.

личног интереса у време закључења правног посла, односно предузимања правне радње.⁹³⁴

2.4.Облици статусне одговорности

ЗПД познаје три облика статусне одговорности лица са посебним дужностима услед повреде дужности лојалности: искључење члана друштва, раскид радног односа и меру забране обављања делатности.

Лице са посебним дужностима које је члан друштва може бити искључено из друштва у случају повреде дужности поштовања забране конкуренције и дужности чувања пословне тајне. Непоступање у складу са посебним дужностима сматра се једним од оправданих разлога за подношење тужбе за искључење члана ДОО, ортака и комплементара.⁹³⁵ Искључењем члана друштва удео тог члана друштва постаје сопствени удео друштва.⁹³⁶ Искључени члан друштва може посебном тужбом надлежном суду против друштва тражити накнаду вредности свог удела.⁹³⁷

Раскид радног односа предвиђен је као вид статусне одговорности у случају повреде дужности поштовања забране конкуренције и дужности чувања пословне тајне. Међутим, раскид радног односа може наступити као последица повреде било које посебне дужности на основу одредаба ЗР-а. Један од разлога за отказ уговора о раду, предвиђен самим законом, постоји ако запослени својом кривицом учини повреду радне обавезе, и то тако што несавесно или немарно извршава радне обавезе, или ако злоупотреби положај или прекорачи овлашћења.⁹³⁸ Свака повреда дужности лојалности представља несавесно понашање и злоупотребу положаја, па раскид радног односа може бити реализован отказом уговора о раду по основу повреде радне обавезе и без подношења тужбе за повреду неког од облика дужности лојалности.

Мера забране обављања делатности прописана је као статусна последица повреде дужности поштовања забране конкуренције. Она се може односити не само на лице са дужностима, већ и на конкурентско друштво.

⁹³⁴ ЗПД, чл. 67 ст. 3.

⁹³⁵ ЗПД, чл. 196 ст. 1 тач. 2.

⁹³⁶ ЗПД, чл. 196 ст. 6.

⁹³⁷ ЗПД, чл. 197 ст. 1.

⁹³⁸ ЗР, чл. 179 ст. 2 тач. 1 и тач. 2.

Опште примењив облик статусне одговорности, који се односи на директоре и чланове надзорног одбора у друштвима капитала, је разрешење тих лица. ЗПД усваја савремену концепцију, према којој директор или члан надзорног одбора може бити разрешен од стране друштва у било ком тренутку, без навођења разлога за разрешење. Реално је очекивати да последица повреде дужности лојалности буде и разрешење чланова управе који су ту дужност повредили.⁹³⁹

2.5. Одговорност трећих лица

Одговорност због повреде дужности лојалности првенствено је и увек усмерена према лицима са посебним дужностима. Међутим, понекад и лица која немају статус лица са посебним дужностима према неком привредном друштву (трећа лица) могу бити субјекти имовинске одговорности због настале повреде и њиховог, на неки начин, учешћа у њеном настанку. Предуслов њихове одговорности је постојање повреде неке од дужности учињене од стране неког од лица са посебним дужностима, а услов за њихову одговорност је учешће у некој радњи, активности, која је „саставни део“ укупног понашања, које је довело до повреде дужности. Учешће трећих лица може бити непосредно или посредно. Оно може наступити пре, током или после повреде настале дужности лојалности. Неколико је разлога који захтевају и одговорност трећих лица. Лице са дужностима може бити без довољно финансијских средстава за исплату накнаде штете или пренос имовинске користи, па евентуална судска пресуда против њега не би могла бити извршена. Оно може једноставно „нестати“, променити место боравишта и постати недоступно органима јавне власти. Могуће је и да лице са дужностима које је учинило повреду дужности није стекло било какву корист од те повреде лично, већ је основало ново привредно друштво (за обављање конкурентске делатности или коришћење пословне могућности), које је постало субјекат у чију имовину је ушла и корист од повреде дужности. У свим тим случајевима положај привредног друштва (тужиоца) знатно је повољнији, ако постоји могућност намирења и од стране трећих лица. Тако, британска судска пракса познаје све више случајева одговорности и трећих лица услед повреде дужности директора, као јединог субјекта

⁹³⁹ Више о разрешењу види у: Драган Вујисић, „Разрешење као облик статусне одговорности“, *Правни живот*, бр. 11/2000, стр. 59-73.

дужности лојалности.⁹⁴⁰ У случају *Barnes vs. Addy*, суд је утврдио да треће лице може бити одговорно, ако је знало да својим поступцима помаже у повреди дужности или ако је свесно да је примило корист која је последица повреде за сопствене потребе.⁹⁴¹

И ЗПД познаје неколико ситуација у којима може настати имовинска одговорност трећих лица услед повреде дужности (као и један случај статусне одговорности). Субјекти одговорности могу бити повезана лица са лицима са дужностима, али и лица која немају ни својство лица са дужностима ни својство повезаног лица. Повезана лица одговарају за повреду дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес и дужности избегавања сукоба интереса. У случају да је повезано лице било уговорна страна у правном послу којим се врши повреда дужности пријављивања, односно ако је према њему предузета правна радња, оно одговара за штету насталу повредом дужности привредном друштву неограничено солидарно са лицем са дужностима.⁹⁴² У случају повреде дужности избегавања сукоба интереса, тужба за накнаду штете или пренос остварене користи може бити поднета и против повезаног лица (ако су имовина, информације, пословне могућности коришћене у интересу повезаног лица или ако је до злоупотребе положаја у друштву дошло у интересу повезаног лица).⁹⁴³ Лице које није субјекат посебних дужности, нити је повезано лице у смислу ЗПД, може сносити одговорност услед повреде дужности у два случаја. У првом случају субјекат одговорности је треће лице које је са лицем са дужностима (или са њим повезаним лицем) у финансијском односу (ако се може очекивати да постојање тог односа утиче на поступање лица са дужностима). Треће лице неограничено солидарно одговара за штету са лицем са дужностима: 1) ако је дошло до закључивања правног посла између њега и привредног друшта, ако је друштво предузело правну радњу према њему или ако је дошло до закључивања правног посла или радње у којем оно (треће лице) има економски интерес и 2) ако је треће лице знало или морало знати за постојање личног интереса у време закључења правног посла, односно предузимања правне радње.⁹⁴⁴ Међутим, ако је треће лице било савесно (није знало нити је морало знати за постојање личног интереса лица са дужностима у време закључења правног посла, односно предузимања правне радње), не само да оно неће одговарати за штету, већ неће доћи ни до поништаја правног посла

⁹⁴⁰ А. Кеу (2014), стр. 493.

⁹⁴¹ *Barnes vs. Addy* (1874) L R 9Ch App 244, наведено према: *Ibid.*, стр. 495.

⁹⁴² ЗПД, чл. 67 ст. 2 тач. 1.

⁹⁴³ ЗПД, чл. 71.

⁹⁴⁴ ЗПД, чл. 67 ст. 2 тач. 2.

или радње (то не важи за повезано лице, односно постоји необорива претпоставка да је повезано лице било несавесно).⁹⁴⁵ Други случај одговорности лица које није ни лице са дужностима ни повезано лице тиче се повреде дужности поштовања забране конкуренције. Наиме, у случају да је услед повреде те дужности лице са дужностима основало привредно друштво конкурентске делатности или „прешло“ у друго, већ постојеће конкурентско друштво, онда то конкурентско друштво може бити субјекат имовинске одговорности у виду преноса користи стечене повредом на привредно друштво према коме је учињена повреда дужности.⁹⁴⁶ Слично томе, лице са дужностима може основати ново привредно друштво у циљу коришћења пословне могућности која „припада“ друштву коме дугује дужност лојалности или може ту могућност користити у пословању већ постојећег друштва. Међутим, ЗПД не прописује одговорност привредног друштва кроз чије пословање се остварује пословна могућност, што се може сматрати пропустом.

2.6. Правна средства за остваривање имовинске и статусне одговорности

Привредно друштво, као објекат дужности лојалности, има активну легитимацију за подношење тужбе услед повреде дужности лојалности од стране лица са посебним дужностима. Привредно друштво је примарни тужилац, а ни подношење деривативне тужбе није изузетак у правом смислу речи, јер се и тада тужба подноси за рачун привредног друштва. ЗПД познаје и индивидуалну тужбу, коју може поднети било који члан друштва коме је непосредно, директно проузрокована штета повредом дужности лојалности. Прописан је субјективни и објективни рок за подношење тужбе. Све врсте тужби подnose се у року од шест месеци од дана сазнања за учињену повреду дужности лојалности, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде.⁹⁴⁷

2.6.1. Привредно друштво као примарни тужилац

Првобитна одлука о томе да ли ће против лица са дужностима бити покренут судски поступак је на привредном друштву, односно надлежном органу друштва. Ту настаје и један од основних проблема у примени правила о посебним дужностима, као

⁹⁴⁵ ЗПД, чл. 67 ст. 3.

⁹⁴⁶ ЗПД, чл. 76 тач. 2.

⁹⁴⁷ ЗПД, чл. 77.

и разлог признавања члановима друштва својства деривативних тужилаца. Надлежни орган у оквиру привредног друштва за доношење одлуке о покретању судског поступка најчешће је блиско повезан са лицем са дужностима које је прекршило дужност лојалности, па постоји могућност да услед те блискости судски поступак не буде покренут.

У упоредном праву постоје различита решења у погледу органа надлежног за покретање судског поступка против лица са дужностима, а решења се у доброј мери разликују у зависности од врсте организације управљања која постоји у неком правном систему. У земљама које усвајају једнодомну организацију управљања одлука о покретању поступка може бити у надлежности скупштине (Белгија, Данска, Грчка, Португалија, Румунија, Шпанија, Шведска), одбора директора (Велика Британија, Француска, Ирска) или и скупштине и одбора директора (Италија, Финска).⁹⁴⁸ И у земљама које традиционално усвајају дводомну организацију управљања, надлежност за покретање поступка може бити у надлежности различитих органа. Неке правне системе карактерише истакнута улога надзорног одбора, који је овлашћен на покретање поступка против лица са дужностима или је дужан да тај поступак покрене након што то захтева скупштина друштва (Немачка, Хрватска, Естонија, Словачка).⁹⁴⁹ У другим земљама покретање поступка је у делокругу скупштине, одбора директора или и одбора директора и надзорног одбора.⁹⁵⁰ У немачком праву, као типичном представнику дводомног система управе, надлежност за подношење тужбе има надзорни одбор у складу са општим правилом да надзорни одбор заступа друштво у свим односима са директорима,⁹⁵¹ али ту надлежност има и скупштина (одлука се доноси обичном већином гласова).⁹⁵²

Када је реч о српском праву, ЗПД у оквиру одредаба о делокругу скупштине ДОО садржи правило да скупштина, ако оснивачким актом није другачије одређено, одлучује о покретању поступка и давању пуномоћја за заступање друштва у спору са прокуристом, директором, чланом надзорног одбора, као и чланом друштва.⁹⁵³ Надзорни одбор одлучује о покретању поступка и давању пуномоћја за заступање друштва у спору са директором у ДОО које се определило за дводомну организацију

⁹⁴⁸ C. Gerner-Beuerle, P. Paech, E. P. Schuster, стр. 191.

⁹⁴⁹ *Ibid.*, стр. 192.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ Aktg, чл. 112.

⁹⁵² Aktg, чл. 147 ст. 1.

⁹⁵³ ЗПД, чл. 200 тач. 19 и тач. 20.

управљања.⁹⁵⁴ Овим одредбама обухваћена су сва лица која су субјекти дужности лојалности, осим заступника и ликвидационог управника. У случају постојања повреде дужности тих лица, као и повреде дужности свих субјеката дужности у акционарском друштву, услед непостојања било каквог посебног правила, о покретању судског поступка против лица са посебним дужностима одлучују директори, односно извршни директори, као законски заступници привредног друштва. У друштвима лица, такође, не постоји посебно правило о покретању судског поступка против лица са дужностима, па о томе одлучују ортаци, односно комплементари.

Ризик да привредно друштво не санкционише повреду дужности лојалности лица са посебним дужностима, због пристрасности и повезаности чланова органа надлежног за покретање судског поступка са тим лицима, свакако је мањи када је тај орган скупштина. То, пак, не значи да ризик, чак и тад, не постоји. Ако друштво има једног или неколицину контролних чланова, о чијој се повреди дужности ради, или је реч о повреди дужности чланова управе, које су ти чланови изабрали својим гласовима, онда је готово сигурно да судски поступак неће бити покренут. Још мања вероватноћа да судски покренут буде покренут постоји када директори или одбор директора одлучују о санкционисању неког од својих чланова. Одлука би, барем у теорији, требало да буде непристраснија када је доноси надзорни одбор. Али, треба имати у виду да повреда дужности лојалности неког директора може да значи и одговорност чланова надзорног одбора због неадекватног надзора, што несумњиво утиче на одлуку овог органа. Дакле, који год орган да је надлежан за покретање судског поступка против лица са посебним дужностима, постоји опасност, мања или већа, да тај орган, због своје повезаности са лицем које је повредило дужност лојалности, неће бити непристрасан приликом одлучивања о покретању судског поступка против тог лица.

2.6.2. Деривативна тужба

Деривативна тужба најзначајнији је инструмент за успостављање одговорности лица са посебним дужностима. Ову тужбу подносе један или више чланова друштва, у своје име, а за рачун друштва, против лица са посебним дужностима, у случају повреде њихових посебних дужности према друштву.⁹⁵⁵ Настала је у енглеској судској пракси, а брзо се током XIX века проширила и на амерички континент, где је њена

⁹⁵⁴ ЗПД, чл. 232 ст. 1 тач. 10.

⁹⁵⁵ ЗПД, чл. 79 ст. 1.

„популарност“ достигла врхунац. Данас је познају и готово све земље континентално европске правне традиције, а међу њима и Србија (неке су је увеле релативно скорије, неке још средином XIX века, као што је то Француска учинила још 1867. године), али њен значај у пракси далеко је мањи у тим земљама у поређењу са САД.⁹⁵⁶

2.6.2.1. Предности и мане деривативне тужбе

Деривативна тужба, вероватно као и сваки други правни институт, има предности и мане. Њена основна сврха је јасна – промовисање активног поступања чланова друштва у случају постојања повреде дужности лојалности, којима се даје овлашћење да као секундарни, деривативни тужиоци покрену поступак за рачун привредног друштва. Када деривативне тужбе не би постојале, покретање поступка би било права реткост, осим након промене у „управљачком тиму“, односне смене раније управе новом, која би у том случају била вољна да покрене поступак (мада и тада вероватно постоје обзири „колегијалне солидарности“ нове управе према старој, па је веома неизвесно да ли би покретање судског поступка било чешће у овим ситуацијама). Исти ефекат могла би да има и промена власничке структуре.⁹⁵⁷ Две основне функције деривативне тужбе су превенција и обештећење привредног друштва. У теорији је спорно која од ове две функције је примарна.⁹⁵⁸ Превентивна функција деривативне тужбе не разликује се од исте такве функције дужности лојалности. Она се састоји у стављању у изглед лицима са дужностима да ће у случају повреде дужности наступити адекватна санкција (имовинска, статусна). Обештећујућа функција остварује се применом правила о имовинској одговорности лица са дужностима у случају усвајања тужбеног захтева (накнада штете, пренос користи на друштво). Теоријске расправе о томе која од две функције има примат полазе од претпоставке да подношење деривативне тужбе у неким случајевима може остварити своју превентивну функцију, али да истовремено друштво неће бити стављено у имовински положај у којем је било пре наступања повреде дужности, због трошкова, материјалне и нематеријалне природе, који прате судски поступак.⁹⁵⁹

⁹⁵⁶ Martin Gelter, „Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?“, *Brooklyn Journal of International Law*, бр. 1/2012, стр. 853-854.

⁹⁵⁷ *Ibid.*, стр. 850.

⁹⁵⁸ Arad Reisberg, „Shareholders’ Remedies: the Choice of Objectives and the Social Meaning of Derivative Actions“, *European Business Organization Law Review*, бр. 6/2005, стр. 244.

⁹⁵⁹ *Ibid.*

Негативне стране деривативне тужбе првенствено се могу анализирати кроз америчку судску праксу, у којој је забележено мноштво случајева подношења тужбе чланова привредног друштва у своје име, а за рачун друштва. Општа оцена је да корист од тих тужби често имају само велике адвокатске канцеларије, које „финансирају“ судске поступке и уговарају са тужиоцима процентуални удео у евентуалној накнади коју плаћају лица са дужностима, у случају успеха тужиоца у спору (енг. *contingency fee*).⁹⁶⁰ Међутим, овај недостатак треба посматрати и из другог угла. Непостојање такве „предузетничке“ адвокатуре, која је уједно и део америчке културе и начина размишљања, имало би за последицу знатно мање судских поступака против лица са дужностима и неадекватну примену правила о фидуцијарним дужностима. Поред злоупотреба од стране адвокатских канцеларија, истиче се и то да је доношење одлуке о покретању судског поступка класична пословна одлука, која би зато требало да буде у оквиру овлашћења управе друштва и као таква заштићена правилом пословне процене (енг. *business judgment rule*). Наиме, покретање судског поступка понекад заиста није у интересу друштва. Вероватноћа успеха у спору или релативно мала накнада штете, као резултат евентуалног успеха у спору, могу бити у несразмери са трошковима који тај спор прате (не само судски трошкови, већ и трошкови увећане зараде неким будућим директорима и другим члановима управе, који ће захтевати такву зараду услед „склоности“ компаније да покреће судске поступке против управе).⁹⁶¹ Међутим, чак и када друштво има валидан правни основ за подношење тужбе и добре изгледе за успех у спору, то не мора само по себи да значи да је покретање судског поступка у интересу привредног друштва. Судски поступци у које су укључена велика, значајна привредна друштва предмет су интересовања јавности, медија, па зато није у интересу друштва да „унутрашњи“ проблеми (злоупотреба положаја, корупција чланова управе, нелојално поступање) постану познати најширој јавности.⁹⁶² То свакако негативно утиче на пословни углед, а код котираних друштава готово увек подразумева и пад цене акција на берзи. На крају, забележени су случајеви злоупотребе права на подношење деривативне тужбе од стране чланова друштва, који на тај начин „уцењују“ управу друштва или контролне чланове, претњом подношења тужбе, а у циљу присвајања користи за себе.

⁹⁶⁰ M. Gelter, стр. 852-853.

⁹⁶¹ Reinier Kraakman, Hyun Park, Steven Shavell, „When are Shareholders Suits in Shareholder Interests?“, *Georgetown Law Journal*, бр. 5/1994, стр. 1738.

⁹⁶² A. Reisberg, стр. 245.

Већ је речено да је деривативна тужба правно средство, које се врло често и успешно користи у америчком праву. Њен успех далеко је мањи у европским земљама, па чак и у Великој Британији, у којој је она настала. Једина земља, поред САД, у којој је деривативна тужба постигла успех је Јапан, након реформе компанијског права спроведене почетком XX века.⁹⁶³ Све речено за европске земље важи и за Србију, и то можда и у још већој мери. Кључни разлог неуспеха деривативне тужбе вероватно је тај што тужбу подносе мањински чланови друштва, који троше свој новац, време и енергију на вођење, у српским условима, дуготрајног судског поступка, а у случају евентуалног успеха у спору, ти чланови, у материјалном смислу, не добијају ништа више од оних чланова који нису учествовали у спору. У случају успеха тужиоца у спору, сва тако добијена средства припадају привредном друштву, што значи да „припадају“ члановима у сразмери са њиховим уделом у основном капиталу, а независно од тога који чланови су водили поступак, а који не. Дакле, тешко је пронаћи адекватну „мотивацију“ за чланове друштва да покрену судски поступак са неизвесним исходом, а чак и када је исход извеснији, добијена накнада не припада њима. Са друге стране, они у потпуности сnose ризик губитка спора и све трошкове који тај губитак прате.

2.6.2.2. Услови за подношење деривативне тужбе

Два основна услова која су, према ЗПД, неопходна за подношење тужбе тичу се активне легитимације, односно питања који чланови друштва имају право да поднесу тужбу, као и претходног захтева који мора бити упућен, пре подношења тужбе органу привредног друштва надлежном да одлучи о покретању судског поступка.

а) Активна легитимација

Деривативну тужбу могу поднети један или више чланова привредног друштва. Међутим, у неким правним системима (међу којима је Србија) поставља се услов тзв. минималног капитал учешћа (капитал цензус) неопходног да би један или више чланова могли да поднесу деривативну тужбу. Поред тога, поставља се питање у ком тренутку деривативни тужилац треба да има својство члана друштва: да ли је довољно

⁹⁶³ Види детаљније: Scott H. Mollett, „Derivative Lawsuits Outside of Their Cultural Context: the Divergent Examples of Italy and Japan“, *University of San Francisco Law Review*, бр. 3/2009, стр. 659-668.

да он то својство има у тренутку подношења тужбе или је неопходно да је он то својство имао и у тренутку повреде дужности лојалности од стране лица са дужностима.

Постојање капитал цензуса за подношење деривативне тужбе сматра се механизмом одбране од злоупотреба ове тужбе од стране чланова друштва, а под претпоставком да чланови који поседују врло мали проценат капитала у друштву немају рационалних разлога да поднесу тужбу. Оно је карактеристично за земље континентално – европске правне традиције, док се у америчком праву тај услов за подношење тужбе никада није постављао.⁹⁶⁴ И у појединим европским земљама деривативну тужбу може поднети сваки члан друштва, који поседује барем једну акцију, односно било који удео у основном капиталу (британско право).⁹⁶⁵ Тзв. капитал цензус, неопходан за подношење тужбе може бити изражен кроз одређени проценат капитал учешћа, или кроз комбинацију тог процента и законом одређеног новчаног износа вредности удела или акција члана у привредном друштву. Он може бити одређен на исти начин за све правне форме привредних друштава, или се може направити разлика између јавних акционарских друштава и затворених форми друштава. Процент капитала неопходан за подношење тужбе у различитим земљама креће се од 1% (Немачка, Белгија), па чак до 20% (у Италији у затвореним формама друштава).⁹⁶⁶ У погледу захтеваног процента капитал учешћа, српско право налази се „негде на средини“. Према ЗПД, деривативну тужбу могу да поднесу један или више чланова друштва ако у тренутку подношења тужбе поседују најмање 5% основног капитала.⁹⁶⁷

Право на подношење деривативне тужбе имају један или више чланова друштва који својство члана друштва имају у тренутку подношења те тужбе. Међутим, може бити спорно да ли тужбу може да поднесе било који члан друштва, или само онај који је својство члана имао у тренутку наступања повреде дужности лојалности. Тренутак наступања повреде није увек једноставно одредити. На пример, није лако утврдити када је дошло до повреде дужности коришћењем информација у личном интересу или одавањем пословне тајне, јер ове повреде најчешће не подразумевају постојање „опипљивог“ трага, доказа, на основу којих се тренутак повреде може утврдити. Исто тако, повреда дужности лојалности може трајати у дужем временском периоду (у

⁹⁶⁴ М. Gelter, стр. 852-853.

⁹⁶⁵ Види: СА, чл. 261.

⁹⁶⁶ С. Gerner-Beuerle, Р. Paech, Е. Р. Schuster, стр. 192-199.

⁹⁶⁷ ЗПД, чл. 79 ст. 1 тач. 1.

случају коришћења пословних могућности, непоштовања забране конкуренције), па се тада поставља питање да ли се тренутком наступања повреде сматра почетак, крај или читав период током којег је повреда дужности трајала. У америчком праву прихваћено је правило да деривативну тужбу може поднети само члан друштва који је то својство имао у тренутку наступања повреде.⁹⁶⁸ Оправдање за постојање овог правила је бојазан да другачије решење води злоупотребама, као што је куповина акција само у циљу подношења деривативне тужбе, али и да би оно било неправедно, јер би корист од успеха у спору имали чланови који то својство нису имали када је повреда наступила.⁹⁶⁹ Нешто „блаже“ решење усвојено је у немачком праву. Деривативну тужбу могу да поднесу један или више акционара који су стекли акције друштва пре него што су знали или морали знати за повреду дужности.⁹⁷⁰ Дакле, није неопходно да је акционар имао то својство у тренутку наступања повреде дужности, већ само да у том тренутку није знао за повреду (сврха одредбе је спречавање куповине акција само у циљу подношења деривативне тужбе). Потпуно другачије правило постоји у британском праву, које стоји на становишту да право на подношење тужбе има сваки члан друштва, без обзира на то када је то својство стекао.⁹⁷¹ Ово становиште прихваћено је и у ЗПД. Деривативну тужбу могу да поднесу један или више чланова друштва, ако испуњавају законом прописане услове, независно од тога да ли је основ за подношење тужбе настао пре или након стицања својства члана друштва.⁹⁷² Прихватање овог становишта потпуно је оправдано. Пре свега, њиме се избегава компликовано утврђивање тренутка наступања повреде, о чему постоје дилеме и у америчкој судској пракси, и поред вишедеценијске примене деривативне тужбе. С друге стране, тужба се подноси за рачун привредног друштва, друштву припада сва корист од евентуалног успеха у спору, па је зато ирелевантно да ли је члан друштва имао то својство у тренутку наступања повреде (он не стиче директно било какву корист, па нема места примедби да корист припада лицу које ни на који начин није оштећено).

⁹⁶⁸ Terence L. Robinson Jr, “A New Interpretation of the Contemporaneous Ownership Requirement in shareholder Derivative Suits: *In re Bank of New York Derivative Litigation* and the Elimination of the Continuing Wrong Doctrine”, *Brigham Young University Law Review*, бр. 1/2005, стр. 231-233.

⁹⁶⁹ *Ibid.*

⁹⁷⁰ Актг, чл. 148 ст. 1 тач. 1.

⁹⁷¹ СА, чл. 260 ст. 5.

⁹⁷² ЗПД, чл. 79 ст. 1 тач. 1.

б) Претходни захтев друштву за подношење тужбе

У складу са неспорном чињеницом да је привредно друштво примарни тужилац у евентуалном спору против лица са посебним дужностима, бројни правни системи прихватили су правило, према коме деривативна тужба може бити поднета тек након што су један или више чланова друштва, који намеравају да је поднесу, претходно поднели захтев друштву за подношење тужбе (енг. *demand requirement*). Тако је и у српском праву. Према ЗПД, један или више чланова друштва могу поднети тужбу ако су претходно писаним путем захтевали од друштва да поднесе тужбу по том основу, а тај захтев је одбијен, односно по том захтеву није поступљено у року од 30 дана од дана његовог подношења.⁹⁷³ Тек ако друштво не реагује (не одговори или одбије захтев чланова друштва), чланови постају секундарни, деривативни тужиоци. Постављање овог услова првенствено има за циљ да надлежни орган друштва буде обавештен о наводима о постојању повреде дужности лојалности, о којој он можда није имао било какве информације. Њиме се, такође, оставља могућност да потенцијални спор буде решен унутар друштва, што генерално смањује трошкове, али и потенцијални губитак пословног угледа привредног друштва, који судски поступак може са собом да носи.⁹⁷⁴

И у вези са применом услова подношења претходног захтева судска пракса Делавера изнедрила је оригинално решење, прописивањем изузетка од општег правила да претходни захтев мора бити упућен друштву. Изузетак се примењује ако је подношење тог захтева друштву „узалудно“, односно ако нема сврхе подносити захтев, јер је оправдано претпоставити да друштво неће покренути поступак против лица са дужностима. У случају *Aronson vs. Lewis* утврђено је у којим ситуацијама се деривативни тужиоци могу позвати на овај изузетак. Они то могу учинити ако постоји разумна сумња да директори (који одлучују о покретању судског поступка) имају лични интерес и да нису независни, као и то да постоји сумња да је правни посао, који је предмет тужбе, производ ваљане пословне процене.⁹⁷⁵

За разлику од већине правних система, британско право не познаје услов подношења претходног захтева друштву за подношење тужбе. Међутим, у Великој Британији постоји други механизам, установљен у циљу одређивања оправданости подношења деривативне тужбе из угла интереса привредног друштва. Да би

⁹⁷³ ЗПД, чл. 79 ст. 1 тач. 2.

⁹⁷⁴ Bradley T. Ferrell, „A Hybrid Approach: Integrating the Delaware and ALI Approaches to Shareholder Derivative Litigation“, *Ohio State Law Journal*, бр. 1/1999, стр. 248.

⁹⁷⁵ *Aronson vs. Lewis*.

деривативни тужилац могао да поднесе тужбу суд на припремном рочишту има овлашћење да утврди да ли постоји довољно чињеница и доказа који упућују на закључак да постоји повреда дужности лојалности од стране директора (да утврди да ли постоји *prima facie case*).⁹⁷⁶ Сличан услов постоји и у немачком праву. Тужилац треба да укаже на чињенице које указују на то да је привредно друштво претрпело штету услед недозвољеног понашања лица са дужностима.⁹⁷⁷ Ако постоји неки други, значајнији, преовлађујући интерес друштва да се не води судски поступак против лица са дужностима, суд ће одбити захтев за подношење тужбе.⁹⁷⁸

2.6.3. Индивидуална тужба

Индивидуална тужба представља изузетак од правила да услед повреде дужности лојалности, право на подношење тужбе има само објекат дужности. ЗПД препознаје могућност да услед повреде дужности лојалности може непосредно бити оштећен и члан привредног друштва.⁹⁷⁹ У том случају он има право на подношење тужбе у своје име и за свој рачун. За подношење индивидуалне тужбе не постављају се било какви услови у погледу капитал цензуса или подношења претходног захтева друштву, што је и логично, имајући у виду природу и сврху ове тужбе. Члан друштва има право на подношење тужбе за накнаду штете коју му лице са дужностима проузрокује повредом дужности лојалности. Он не може као индивидуални тужилац остваривати право на било који други облик имовинске или статусне одговорности. И овде важе општи услови грађанског права за одговорност за накнаду штете, о којима је било говора. Доказивање испуњености наведених услова знатно је компликованије када је тужилац члан друштва по основу индивидуалне тужбе. Разлог за то је фактичка повезаност и тешкоћа јасног разграничења између штете коју је претрпело привредно друштво и штете коју је претрпео члан друштва, независно од штете по друштво. Члан привредног друштва има право само на накнаду оне штете која се може јасно раздвојити од штете коју је претрпело привредно друштво.⁹⁸⁰

⁹⁷⁶ СА, чл. 261 ст. 1. и ст. 2.

⁹⁷⁷ Aktg, чл. 148 ст. 1 тач. 3.

⁹⁷⁸ Aktg, чл. 148 ст. 1 тач. 4.

⁹⁷⁹ ЗПД, чл. 78.

⁹⁸⁰ О индивидуалној тужби види: Јелена Лепетић, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014, стр. 187-203.

3. Кривична одговорност за повреду дужности лојалности

Кривична одговорност за повреду дужности лојалности облик је одговорности који се примењује изузетно, у случају изражених, значајних повреда ове дужности, које нарушавају не само интересе привредног друштва, већ и опште друштвене интересе. ЗПД познаје два кривична дела, која се односе на лица са дужностима, која крше поједине облике испољавања дужности лојалности: закључење правног посла или предузимање радње у случају постојања личног интереса и повреду дужности избегавања сукоба интереса.

Лице које има посебну дужност према друштву извршило је кривично дело закључења правног посла или предузимања радње у случају постојања личног интереса ако: не пријави друштву правни посао или радњу у којој има лични интерес, односно од тог друштва не прибави одобрење правног посла или радње у случају постојања личног интереса, у намери да то друштво закључи уговор или предузме радњу у којој ће претрпети штету.⁹⁸¹ Дакле, оно што разликује ово кривично дело од „обичне“ повреде дужности пријављивања је постојање намере предузимања посла или радње који су штетни за друштво. У случају постојања овог кривичног дела предвиђена је новчана казна или затвор до једне године, уз постојање квалификованог облика (ако друштво претрпи штету која превазилази десет милиона динара) са још ригорознијим казнама (затвор од шест месеци до пет година и новчана казна).⁹⁸² Уз казну затвора суд може учиниоцу изрећи забрану обављања функције, односно позива, у складу са КЗ-ом.⁹⁸³

Кривично дело повреде дужности избегавања сукоба интереса постоји ако лице са посебним дужностима повреди ову дужност, у намери прибављања за себе или другог имовинске користи.⁹⁸⁴ За разлику од кривичног дела закључења правног посла или предузимања радње у случају постојања личног интереса, чије биће се везује за наступање штете по друштву, друштвена опасност у случају кривичног дела повреде дужности избегавања сукоба интереса изражена је у намери прибављања имовинске користи за лице са посебним дужностима или било које друго лице. Запређена казна је новчана или затвор до једне године, уз постојање квалификованог облика (ако друштво претрпи штету која превазилази десет милиона динара) са строжим казнама (затвор од

⁹⁸¹ ЗПД, чл. 582 ст. 1.

⁹⁸² ЗПД, чл. 582 ст. 2.

⁹⁸³ ЗПД, чл. 582 ст. 3.

⁹⁸⁴ ЗПД, чл. 583 ст. 1.

шест месеци до пет година и новчана казна).⁹⁸⁵ И код овог кривичног дела, уз казну затвора суд може учиниоцу изрећи забрану обављања функције, односно позива, у складу са КЗ-ом.⁹⁸⁶

Кривична одговорност лица са дужностима може наступити као последица повреде дужности лојалности и на основу одредаба КЗ-а. Тако је кривичноправна заштита предвиђена у случају одавања пословне тајне.⁹⁸⁷ Вредно је помена и кривично дело злоупотребе поверења у привредном пословању, уведено у наше кривично законодавство изменама КЗ-а из 2016. године. Ово кривично дело састоји се у намери једног лица да себи или другом лицу прибави противправну имовинску корист или проузрокује имовинску штету субјекту привредног пословања, чије имовинске интересе заступа или о чијој имовини се стара.⁹⁸⁸ Тако одређено биће кривичног дела чини могућим да се под њега подведу и бројни појавни облици дужности лојалности. Ово може бити значајно, јер су запрећене казне строже у односу на казне које су прописане ЗПД-ом за кривична дела повезана са повредом дужности лојалности.⁹⁸⁹

4. (Не)примена правног режима дужности лојалности

Након бројних корпоративних и финансијских скандала, светске економске кризе, све чешћих примера нелојалног понашања директора и других лица са посебним дужностима, питање одговорности и правних последица повреда посебних дужности од стране тих лица добија све више на значају и актуелности. Оно утиче не само на остваривање, примену и функционисање института посебних дужности, већ има додира и са ефикасношћу читаве привреде, тржишта, а посебно тржишта капитала. Ефикасна примена правила о посебним дужностима улива сигурност потенцијалним инвеститорима на тржиштима капитала, пружајући им гаранције да ће поступање лица са дужностима у личном интересу (или интересу са њима повезаних лица), а на рачун интереса привредног друштва бити адекватно санкционисано. Примена правила о

⁹⁸⁵ ЗПД, чл. 583 ст. 2.

⁹⁸⁶ ЗПД, чл. 583 ст. 3.

⁹⁸⁷ Види: КЗ, чл. 240.

⁹⁸⁸ КЗ, чл. 224а ст. 1.

⁹⁸⁹ Види: КЗ, чл. 224а .

посебним дужностима од значаја је и у области малих и средњих привредних друштава, односно затворених правних форми друштава. Она промовише свеукупно поверење између учесника на тржишту, што доприноси започињању и развоју привредних активности од стране што ширег круга лица. Она утиче и на смањење агенцијских трошкова, који су нижи када постоји свест управе друштва о могућој личној одговорности према друштву и/или акционарима/члановима. Право на подношење тужбе против управе и других лица са посебним дужностима помаже у изједначавању интереса између власника капитала и управе друштва и тако доприноси решавању првог агенцијског проблема корпоративног управљања.⁹⁹⁰ Треба, пак, имати у виду и то да стриктна правила о одговорности лица са посебним дужностима имају и своју негативну страну. Пре свега, она негативно утичу на спремност управе друштва да преузима ризик, али доводе и до повећања накнада директорима.⁹⁹¹

Правна регулатива посебних дужности незамислива је без правила о одговорности због повреде дужности, која су њен обавезни, саставни део. Међутим, у овој области постоји велики јаз између, речима Роско Пунда, „права у књигама“ и „права у акцији“.⁹⁹² Већ деценијама (можда и дуже) говори се о дужности лојалности, њеном значају, улози, начину правног регулисања итд. Учињени су бројни напори на законодавном нивоу широм света, како би се постигла што квалитетнија правна регулатива у овој области. Међутим, „право у акцији“ не прати у довољној мери (некада ни у најмањој могућој) напоре учињене у законодавству и правној теорији. Случајеви одговорности директора и других лица са посебним дужностима у већини земаља своде се на статистичку грешку (изузетак су САД). Са једне стране, непостојање примене (посматрано кроз судску праксу) не мора да значи да дужност лојалности није заживела у пословној пракси. Сврха постојања дужности лојалности и није вођење судских поступака против лица са посебним дужностима, већ промовисање њиховог свеукупног лојалног поступања на тржишту. Дужност лојалности у великој мери има превентивни карактер. Са друге стране, пак, не може се са сигурношћу говорити о постизању лојалног понашања лица повезаних са пословањем привредног друштва, ако су изгледи за вођење судског поступка против лица са дужностима незнатни. Превентивни, одвраћајући карактер дужности лојалности показује прави ефекат само ако постоји реална могућност да се у случају повреде дужности лојалности

⁹⁹⁰ Caspar Rose, „Director’s Liability and Investor Protection: a Law and Finance Perspective“, *European Journal of Law and Economics*, бр. 3/2011, стр. 288.

⁹⁹¹ *Ibid.*, стр. 295.

⁹⁹² Roscoe Pund, „Law in Books and Law in Action“, *American Law Review*, бр. 1/1910, стр. 12.

против лица са дужностима води судски поступак и ако су правна средства, која тужилац у спору има на располагању, делотворна и ефикасна. Проблем непримене, односно примене, посебно је изражен у великим јавним компанијама, које имају мноштво дисперзованих акционара, због фактичке немогућности координисаног понашања појединачних акционара (којих може бити и неколико хиљада у једном акционарском друштву).⁹⁹³ Зато је, барем у теорији, примена дужности лојалности једноставнија у малим, затвореним привредним друштвима, као и у великим, јавним акционарским друштвима које имају једног или неколицину контролних, доминантних акционара (концентрисано акционарство).

Недовољна примена дужности лојалности у судској пракси посебно је изражена у земљама континентално – европске правне традиције. У Немачкој се, на пример, веома мало случајева поводом повреде дужности лојалности појављује пред судовима.⁹⁹⁴ Чак је и немачка канцеларка Ангела Меркел у једном говору из 2008. године указала на проблем непостојања адекватне одговорности директора привредних друштава због повреде посебних дужности. Исто је и другим европским земљама, попут Француске, Италије, Шпаније, Белгије, Холандије итд. Проблем непримене, барем у једнакој мери, постоји и у Србији. Случајеви тужби због повреде посебних дужности према привредном друштву готово да не постоје у пракси домаћих привредних судова.

У земљама англосаксонске правне традиције слика је другачија, али само у одређеној мери. У САД, као земљи „извознику“ фидуцијарних дужности, развио се ефикасан систем примене ових дужности. Са тим системом често се доводи у везу успех америчких тржишта капитала и берзи. Три основна фактора која су утицала на стварање тог система су: 1) правила општег грађанског поступка (првенствено правило које омогућава уговарање накнада адвокатима у зависности од успеха спора); 2) материјална правила о фидуцијарним дужностима; 3) посебна правила која се примењују у поступцима по деривативној тужби акционара/чланова.⁹⁹⁵ Међутим, нека емпиријска истраживања показују да ни у америчком праву број судских поступака није тако велики, као што се обично мисли. Тако, на пример, истраживање показује да су шансе да директор јавног акционарског друштва буде тужен за повреду фидуцијарне дужности 1,1% на годишњем нивоу, а мање од 10% су шансе да ће се то директору

⁹⁹³ J. Varzaly, стр. 287.

⁹⁹⁴ Willi Joachim, „The Liability of Supervisory Board Directors in Germany“, *The International Lawyer*, бр. 1/1991, стр. 41.

⁹⁹⁵ J. Armour, B. Black, B. Cheffins, R. Nolan, стр. 692.

догодити током читаве његове каријере.⁹⁹⁶ У већини тужби за повреду посебних дужности правно средство које захтева тужилац била је накнада штете (89%). Међутим, чак и када је утврђено постојање одговорности директора за штету, врло су ретке ситуације у којима ће они „из свог џепа“ платити накнаду, захваљујући постојању бројних заштитних механизма (покривање трошкова унапред од стране привредног друштва, ограничење одговорности директора оснивачким актом, осигурање од одговорности директора).⁹⁹⁷ Судови Делавера, државе у којој је основано највише јавних акционарских друштава у САД, генерално нису вољни да олако и често намећу личну одговорност директорима друштва (тзв. *director-friendly state*).⁹⁹⁸ Тај приступ је остао непромењен чак и након великих корпоративних скандала. У Великој Британији слика је потпуно другачија у односу на САД (иако и у В. Британији постоји веома развијено тржиште капитала) и сличнија је земљама континенталне Европе. Тако емпиријски подаци прикупљени у периоду од 2004. до 2006. године показују да је вероватноћа да директор британске јавне компаније буде тужен свега 0,0017%.⁹⁹⁹ Слично истраживање спроведено је и у Аустралији, у којој је вероватноћа да ће јавно акционарско друштво имати неког од својих директора као тужене у спору због повреде фидуцијарних дужности 0,08% (истраживање се односи на период од 2001. до 2013. године).¹⁰⁰⁰

⁹⁹⁶ *Ibid.*, стр. 706.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, стр. 709.

⁹⁹⁸ Dominick T. Gattuso, Vernon R. Proctor, „Reining in Directors and Officers in Corporate America: in Delaware, the Answer is not to Expand Their Personal Liability”, *Business Law Today*, бр. 3/2010, стр. 46.

⁹⁹⁹ J. Armour, B. Black, B. Cheffins, R. Nolan, стр. 699.

¹⁰⁰⁰ J. Varzaly, стр. 285.

VII „Екстерна лојалност“ лица са посебним дужностима

Ако до сада анализирану посебну дужност лојалности, чије је основно обележје поступање лица са посебним дужностима у интересу привредног друштва назовемо „интерном лојалношћу“, онда можемо говорити и о „екстерној лојалности“, која је тесно повезана са њом. Наиме, у обављању свих послова привредног друштва, који произилазе из својства (статуса) лица са дужностима, а који подразумевају ступање у односе са трећим лицима, лица са посебним дужностима би требало да поступају са „наглашеним“ поштовањем начела савесности, поштења, дужности пажње доброг привредника и доброг стручњака и другим пословним правилима и у односу на трећа лица. Таквим поступањем лица са дужностима доприносе дугорочном остваривању добре позиције на тржишту привредног друштва и његовом пословном угледу. Ово се нарочито односи на успостављање ваљаних, дуготрајних односа са кооперантима, што у савременим условима пословања постаје неопходност и важан услов успешног пословања. Једноставно речено, „екстерна лојалност“ лица са дужностима појачава, оснажује ефекат њихове „интерне лојалности“.

„Екстерна лојалност“ се односи и на начин на који привредно друштво мора да се понаша у трговачком промету, као и приликом закључења и извршења одређеног посла.¹⁰⁰¹ Субјекат „екстерне лојалности“ је, у првом реду, привредно друштво. Али, у другом реду, су то готово по правилу лица овлашћена на заступање, која спадају у категорију лица са посебним дужностима. Објекат „екстерне лојалности“ су конкуренти, пословни партнери, саговорачи, поштена тржишна утакмица. „Екстерна лојалност“, схваћена као поступање у интересу објекта лојалности, није законом прописана обавеза. Њено остваривање ствар је пословне политике привредног друштва.

Савремено тржиште тражи, захтева „екстерну лојалност“. Различити облици економског и уговорног повезивања, све израженија сарадња између привредних друштава, чак и између директних конкурената (која увек мора бити у границама правила о заштити тржишне конкуренције), нови пословни модели засновани на остваривању дугорочних циљева, неки су од показатеља тржишних токова. Међу њима посебан значај има претежно економски феномен уговорних мрежа (енг. *contractual*

¹⁰⁰¹ Миодраг Мићовић, „Лојалност и трговачка друштва“, *Правни живот*, бр. 11/2000, стр. 37.

networks), који због своје распрострањености намеће потребу промишљања о његовом евентуалном правном регулисању.

Пре анализе поменутих кретања на модерном тржишту, указаћемо на повезаност „екстерне лојалности“ са забраном непоштене тржишне утакмице (нелојалне конкуренције), која је дефинисана нашим Законом о трговини, а предмет је регулисања и бројних европских законодавстава.

1. Нелојална конкуренција

Поступање привредних друштава у правном промету ограничено је забраном непоштене тржишне утакмице (нелојалне конкуренције).¹⁰⁰² Иако употреба израза „нелојална конкуренција“, као синонима за непоштену тржишну утакмицу, упућује на повезаност са дужношћу лојалности, садржина ових института се разликује. Наиме, забраном непоштене тржишне утакмице (нелојалне конкуренције) не захтева се било какво поступање у интересу конкурената, пословних партнера или тржишта. Непоштена тржишна утакмица је радња трговца усмерена против другог трговца, односно конкурента, којом се крше кодекси пословног морала и добри пословни обичаји, и којом се наноси или може нанети штета другом трговцу.¹⁰⁰³ Оваква радња је изричито забрањена.¹⁰⁰⁴ Према томе, институтом нелојалне конкуренције прописује се „негативна“ обавеза, односно обавеза уздржавања од законом забрањеног поступања. ЗТ наводи неколико радњи пословног субјекта - трговца (не таксативно), које представљају непоштено поступање: изношење неистинитих и увредљивих тврдњи о другом трговцу; изношење података о другом трговцу или његовој роби или услузи, који су усмерени на нарушавање угледа и пословања тог трговца; продаја робе са ознакама, подацима или обликом, којима се оправдано ствара забуна код потрошача у погледу извора, квалитета и других својстава те робе; стицање, коришћење и одавање пословне тајне без сагласности њеног имаоца, ради отежавања његовог положаја на тржишту; обећање, односно давање поклона веће вредности, имовинских или других

¹⁰⁰² Детаљније о нелојалној конкуренцији види: Милена Јовановић Zattila, „Понашање привредних субјеката у условима нелојалне конкуренције“, *Правна ријеч*, бр. 32/2012, стр. 573-588.

¹⁰⁰³ ЗТ, чл. 50 ст. 1.

¹⁰⁰⁴ ЗТ, чл. 50 ст. 2.

погодности другим трговцима, како би се њиховом даваоцу обезбедила предност у односу на конкуренте.¹⁰⁰⁵

Основни циљ института нелојалне конкуренције у српском праву је заштита интереса конкурената. Конкурент се, у смислу ЗТ, дефинише као трговац који продаје робу или услугу која је по својим особинама, намени и цени, замењива са робом или услугом другог трговца на истом тржишном подручју.¹⁰⁰⁶ Ова заштита произилази из начела поштења, предвиђеног у ЗТ. Према овом начелу, трговци су дужни да у тржишној утакмици поступају поштено, на начин који није усмерен на наношење штете другим трговцима, односно купцима, као и јавном интересу, а у складу са пословним моралом и добрим пословним обичајима.¹⁰⁰⁷ У упоредном праву забрана непоштене тржишне утакмице, у неким земљама, има за циљ не само заштиту конкурената, већ и заштиту здраве конкуренције на тржишту или заштиту интереса потрошача (Немачка, Аустрија, Словенија).¹⁰⁰⁸ У још ширем смислу, наводи се да правна регулатива непоштене тржишне утакмице у овим земљама има за сврху заштиту јавног интереса од нарушавања конкуренције.¹⁰⁰⁹ Она се раније у потпуности, а данас делимично, сматра допуном правила о заштити интелектуалне својине.¹⁰¹⁰ То произилази из чињенице да је у међународном праву први пут кодификована Париском конвенцијом за заштиту индустријске својине из 1900. године (чл. 10*bis*).

У зависности од циљева института нелојалне конкуренције, опредељује се и подручје његове примене. У српском праву нелојална конкуренција примењује се не само на односе између конкурената, већ и на односе између трговаца који се не сматрају конкурентима. Тако је и у већини европских земаља (ово мишљење прихваћено је у Белгији, Чешкој, Данској, Немачкој, Холандији, Словачкој, Словенији, Шведској).¹⁰¹¹ Мања група земаља, пак, поставља као услов примене нелојалне конкуренције постојање односа конкурентности (Аустрија, Француска, Грчка).¹⁰¹²

¹⁰⁰⁵ ЗТ, 50 ст. 1.

¹⁰⁰⁶ ЗТ, чл. 2 та. 7.

¹⁰⁰⁷ ЗТ, чл. 7.

¹⁰⁰⁸ Reto M. Hilty, „The Law Against Unfair Competition and its Interfaces“, у: Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig (ур.), *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin, Heidelberg, 2007, стр. 9.

¹⁰⁰⁹ Jochen Glöckner, „The Law Against Unfair Competition and the EC Treaty“, у: Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig (ур.), *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin, Heidelberg, 2007, стр. 94.

¹⁰¹⁰ Frauke Henning-Bodewig, „International Unfair Competition Law“, у: Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig (ур.), *Law Against Unfair Competition – Towards a New Paradigm in Europe?*, Berlin, Heidelberg, 2007, стр. 53.

¹⁰¹¹ R. Hilty, стр. 10.

¹⁰¹² *Ibid.*

Подручје примене института нелојалне конкуренције ограничено је предметом регулисања ЗТ, односно чињеницом да се он примењује у области трговине, односно промета робе и услуга, као само једној од привредних делатности које друштва могу да обављају.¹⁰¹³

2. Феномен уговорних мрежа

Право познаје два класична начина на која лица која се баве привредном делатношћу ступају у пословне односе. Први подразумева реализацију пословних односа кроз закључивање (привредних) уговора. Други подразумева удруживање више лица (по правилу) у циљу обављања привредне делатности кроз неки од законом признатих облика организовања обављања те делатности. На тим разликама почива и разликовање између привредног уговорног (трговинског) и компанијског права. Једно се бави уговорним односима у које међусобно ступају привредни субјекти, а друго статусним питањима различитих правних форми привредних друштава. Принципи на којима почивају две гране права, или боље речено, два одвојена дела једне исте, шире гране права (привредног права), опште су прихваћени. За потребе овог рада значајно је подсетити да су учесници у пословним односима уговорне природе дужни да се придржавају начела савесности и поштења, док они (неки од њих или сви) који остварују пословне односе кроз неку од правних форми привредног друштва дугују посебну дужност лојалности привредном друштву (или једни другима).

Некада су сви, или готово сви, пословни односи могли да се подведу под једну од две наведене врсте пословних односа. Речима чувеног теоретичара Роналда Коуза, постојала је јасна дистинкција „између тржишта и организације“.¹⁰¹⁴ Међутим, тржиште је временом захтевало и стварало нове облике реализације пословних односа, који нису могли сасвим да се подведу под једну или другу врсту пословних односа. Често се ради о уговорним односима, који у себи имају елементе продубљеније и дугорочније сарадње у односу на уобичајене уговорне односе. Пример је уговор о трговинском заступању. Директива ЕУ о samozапосленим трговачким заступницима из

¹⁰¹³ ЗТ, чл. 1 ст. 1.

¹⁰¹⁴ Ronald Coase, „The Nature of the Firm“, *Economica*, бр. 4/1937, стр. 386.

1986. године¹⁰¹⁵ препознаје тај специфичан однос, прописујући да трговачки заступник мора у обављању својих делатности бринути о интересима налогодавца и деловати поштено и у доброј вери.¹⁰¹⁶ Исту обавезу познаје и ЗОО.¹⁰¹⁷ Поред тога, ЗОО прописује и начело искључивости – трговински заступник не може без пристанка налогодавца преузети обавезу да на истом подручју и за исту врсту послова ради за другог налогодавца.¹⁰¹⁸ Начело искључивости трговинског заступања подсећа на дужност поштовања забране конкуренције, као један од облика испољавања дужности лојалности у компанијском праву. Такође, старање (брига) о интересима налогодавца предвиђено наведеним правилима ЕУ и српског права о трговинском заступању је обавеза аналогна основној обавези сваке фидуцијарне дужности – поступање у интересу привредног друштва, као објекта дужности. Други пример који можемо навести односи се на посебне врсте уговора о продаји, којима се једна уговорна страна (продавац) обавезује да купцу испоручи „све што произведе“. Тиме се практично једно привредно друштво „подређује“ другом, задржавајући своју правну самосталност. Посебан однос између, формално – правно, продавца и купца још више се продубљује уговарањем посебних права купца да утиче на управљање друштвом (продавцем), на ток производње, политику запошљавања итд. Ипак, пажљивом анализом наведених примера можемо закључити да, иако имају елементе некарактеристичне за уговорне односе између „странаца“ на тржишту, нема дилеме да се у основи ради о уговорима, на које се примењују класична правила уговорног права.

А у складу са савременим тенденцијама сарадње између привредних субјеката, настао је и нови економски феномен, који се заснива на постојању мноштва, низа међусобно повезаних и условљених уговорних односа између различитих привредних субјеката. Тај нови феномен најчешће се назива уговорном мрежом. Она се састоји од мноштва независних привредних субјеката који стално, између себе, закључују међусобно повезане уговоре, а који им, као учесницима мреже, пружају многе користи које се остварују координисаним обављањем привредне делатности у једном, јединственом привредном субјекту, али при том не оснивају посебно привредно друштво за обављање те делатности.¹⁰¹⁹ Ти уговорни односи представљају „нешто

¹⁰¹⁵ Directive of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (86/653 EEC), *Official Journal of the European Communities*, L 382/17.

¹⁰¹⁶ Директива ЕУ о samozапосленим трговачким заступницима, чл. 3 ст. 1.

¹⁰¹⁷ ЗОО, чл. 797 ст. 1.

¹⁰¹⁸ ЗОО, чл. 790 ст. 3.

¹⁰¹⁹ Gunther Teubner (увод написао Hugh Collins), *Networks as Connected Contracts*, Oxford, Portland, 2011, стр. 1.

више“ не само у односу на класичне уговорне односе, већ и на напред поменуте дугорочне уговорне односе. Ако бисмо могли да пронађемо место новог економског феномена на скали „између тржишта и организације“, онда би то место, у економском смислу, било веома блиско координисаном обављању привредне делатности различитих и правно одвојених привредних субјеката у организационом облику који регулише компанијско право. Неке од карактеристика уговорне мреже које је приближавају привредном друштву су: споразуми између различитих заинтересованих лица; интензивна сарадња између тих лица, која се често постиже успостављањем хијерархије, посебних система управљања, који се заснивају на уговорима између учесника мреже, и који се остварују кроз јединствене информационе системе размене информација и надзора; економска међузависност учесника мреже, иако многи од њих међусобно нису ни у уговорном односу; дугорочни стабилни пословни односи; економска ефикасност и постизање пословног успеха захтевају изражену сарадњу, прилагођавање околностима, као виши степен поверења у односу на онај који постоји у класичним правним пословима на тржишту; самостални привредни субјекти имају заједнички циљ у виду успеха целокупне координисане економске активности, а не само остваривање добити за себе; дугорочно само успех читавог пословног подухвата доноси добит и појединачним учесницима у њему.¹⁰²⁰ Карактеристике уговорних мрежа које их „приближавају“ класичним уговорним односима су: сваки учесник мреже је самосталан правни субјекат; сваки учесник има своју сопствену добит, не постоји добит мреже као целине; сваки учесник је слободан да изабере своје пословне партнере; ризик пословања сноси сваки учесник појединачно, а не мрежа као целина.¹⁰²¹ У правном смислу, уговорне мреже треба третирати као скуп уговора, јер нема дилеме да уговорна мрежа, као посебно правно лице, не постоји. Међутим, у економском и социолошком смислу, уговорна мрежа има многе карактеристике које подсећају на привредно друштво.¹⁰²²

Добар пример уговорне мреже представља пословни модел франшизинга, који се састоји од низа уговора о франшизингу које давалац франшизинга закључује са различитим примаоцима франшизинга. Сваки појединачни уговор о франшизингу представља дугорочни пословни однос, у коме постоји међусобна обавеза лојалне

¹⁰²⁰ *Ibid.*, стр. 11.

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² *Ibid.*, стр. 12.

сарадње уговорних страна.¹⁰²³ Оно што овај пословни модел чини уговорном мрежом је то што постоји повезаност и међусобна условљеност не само између даваоца франшизинга и примаоца франшизинга, који су неспорно у уговорном односу, већ и између бројних појединачних прималаца франшизинга, који нису ни у каквом правном односу. Ипак, начин пословања и конкретни поступци једног примаоца франшизинга утичу на читав пословни модел, односно на све учеснике у послу франшизинга. Једна несмотрена, штетна радња било ког примаоца франшизинга (тровање храном потрошача код франшизинга „брзе хране“) утиче на углед и позицију на тржишту свих других лица укључених у посао. Зато се поставило питање: има ли места успостављању дужности лојалности, и то онако како је она схваћена у компанијском праву, између различитих учесника уговорне мреже и/или према уговорној мрежи, односно њеном циљу пословања, као апстрактном објекту лојалности.¹⁰²⁴ Сигурно је прерано и поставити питање које суштински задире и мења основне концепте компанијског и уговорног права, а камоли дати позитиван одговор на њега. То и није био циљ излагања о уговорним мрежама. Стога, циљ помињања уговорних мрежа у овом раду је само приказ занимљивог, а стварног, постојећег економског феномена који осликава пословну културу у настајању – културу приближавања, сарадње, изједначавања интереса што ширег круга привредних субјеката.

Сва анализирана кретања на тржишту имају ограничен значај за основну тему овог рада. Она су од значаја првенствено за привредно друштво, као субјекат лојалности, према можда неком „новом“ објекту (уговорној мрежи, другим учесницима у мрежи). Но, она, ипак, имају утицај на лица са посебним дужностима приликом остваривања њихове основне обавезе поступања у интересу привредног друштва. Објекат дужности лојалности лица са дужностима у привредним друштвима која послују у оквиру ширег пословног модела заснованог на односима међусобне сарадње и повезаности учесника у послу, „усмерава“ се, посредно, и према другим учесницима у послу и циљу читавог пословног модела.

Да закључимо. Описано поступање привредних друштава и лица са посебним дужностима, које се може назвати и „екстерном лојалношћу“ заправо је права, истинска (аутентична) лојалност према другим привредним субјектима, односно привредном друштву. „Интерна лојалност“, која је прописана законом, као посебна дужност, употпуњена „екстерном лојалношћу“, која није законска обавеза лица са посебним

¹⁰²³ М. Мићовић (2016), стр. 433.

¹⁰²⁴ G. Teubner, стр. 14-16.

дужностима, идеална је основа за остваривање најважнијих и дугорочних циљева пословања сваког привредног друштва.

ЗАКЉУЧАК

Дужност лојалности један је од најзначајнијих института компанијског права, један од института којим се настоји пронаћи решење за неке основне проблеме ове гране права, као што су раздвајање власништва од управљања, ефикасно корпоративно управљање, посебни односи између чланова привредног друштва, интерес привредног друштва и сва његова значења. Српско право одавно познаје неке елементе овог института. Наиме, наговештаји правног регулисања питања које дужност лојалности дотиче у савременом праву постојали су још крајем XIX века, да би Трговачким законом Краљевине Југославије из 1937. године многа од тих питања била правно уобличена, и то у маниру који је несумњиво био испред времена у коме је настао. Дужност лојалности, заједно са другим институтима повезаним са тржишном привредом постаје поново предмет интересовања српског законодавца 1996. године, да би 2004. године она, по први и једини пут, под тим називом, пронашла своје место и у одговарајућем законском акту у српском праву.

Какво је место дужности лојалности у позитивном компанијском праву, имајући у виду изостанак овог појма у њему? Дужност лојалности несумњиво постоји, као неименовано правило, које је, заједно са дужношћу пажње израз основног начела рада у најбољем интересу привредног друштва, како је то најпрецизније одредио ЗПД 2004. Наш претходни компанијски закон препознао је и дефинисао још једну заједничку одредницу, карактеристику обе основне посебне дужности – савесност. Дужност лојалности и дужност пажње имају, дакле, исто извориште, исти циљ – рад у интересу

друштва, али су усмерене према различитим фактичким ситуацијама. Дужност пажње захтева поступање у интересу друштва приликом доношења пословних одлука, када не постоји било какво „искушење“ у виду супротности између личног интереса лица са дужностима и интереса привредног друштва, док је дужност лојалности „решење“ управо за такве ситуације (оне у којима постоје супротстављени интереси).

Четири облика испољавања дужности лојалности, које познаје ЗПД, регулисани су широким законским формулацијама, под које се може подвести мноштво практичних случајева (што је, на неки начин, добра страна овакве регулативе). Али, кад год законску норму одликује висок степен апстракције, последице могу бити и неодређеност, несигурност, неизвесност у погледу примене. Појавни облици дужности лојалности веома су повезани, често испреплетани, понекад и у мери да није једноставно утврдити која дужност је предмет повреде у конкретном случају. Ово није неважно, напротив, јер се правни режим појединих дужности разликује, у погледу (не)могућности одобрења, и можда најважније, у погледу облика одговорности лица са посебним дужностима за повреду која је наступила. Најочигледнија повезаност, а уједно и најјаснија потреба за проналажењем линије разграничења, постоји између коришћења пословних могућности и дужности поштовања забране конкуренције, али и између коришћења информација које нису јавно доступне (у интересу лица са дужностима или са њима повезаних лица) и дужности чувања пословне тајне. Иако није спорно да тужилац може поднети тужбу за повреду две или више посебних дужности, нејасна граница између појединих дужности уноси правну несигурност и дилему за тужиоца – за коју повреду дужности поднети тужбу?

Значај дужности лојалности је неспоран. О томе сведочи њено постојање готово од тренутка кад је настало савремено привредно друштво, као правно лице одвојено од лица која су његови чланови. О томе сведочи и непрекидно и ни данас смањено интересовање правне науке за овај институт, интересовање јавности за случајеве нелојалног поступања у привредном пословању, законодавци широм света који покушавају да пронађу најбољи начин за њено правно уобличење. И иако би било очекивано да наведене констатације указују на „апсолутни успех“ дужности лојалности у привредном животу и пракси, одговор, који нам даје анализа примене овог института, потпуно је другачији. Дужност лојалности је институт компанијског права код кога је можда и најизраженији „јаз“ између значаја који му се придаје и његове ефикасности у примени. Заправо, примена овог института готово да и не постоји. То је неке навело да посумњају у потребу за његовим постојањем. Ипак, улога дужности лојалности није

само „обична“ правна норма, чији се квалитет цени кроз број правноснажних пресуда и износ новчаних надокнада пресуђен у корист привредних друштава, мада, наравно, ни та чињеница није без значаја.

Разлози за непримену неког правног института обично се приписују лошем, неадекватном законодавству, материјалном или процесном, које не промовише „приступ правди“ лица чији су оправдани интереси угрожени у најширем смислу. Место и улога дужности лојалности у савременом компанијском праву указују нам на разлог непримене, који се не налази у правној норми. Или, бар на њен непресудан утицај. До истог закључка долазимо анализом одредаба ЗПД о појавним облицима дужности лојалности. Општа оцена је да је овај институт прилагођен савременим токовима правне мисли компанијског права и да је заснован на решењима која не одударају од неких опште усвојених правила у свим правним системима. Друго је питање да ли су та „модерна“ правила истовремено и прилагођена и примењива у условима, који важе на тржишту у нашој земљи. Али, чак и на то питање у великој мери можемо дати позитиван одговор. Савремена регулатива компанијског права уопште постаје све сличнија (тзв. конвергенција), што је логичан одговор права на савремено тржиште, које се не разликује у великој мери у свим друштвима заснованим на тржишној економији. Тако и српско тржиште постаје све сличније светским тржиштима, следећи најновије светске токове. Но, иако је правна регулатива појавних облика дужности лојалности начелно добра основа за „развој лојалног понашања“ на тржишту, она има и недостатке, који свакако заслужују пажњу. У том циљу дајемо неке конкретне препоруке, које могу да допринесу побољшању постојеће законске регулативе, али и отварамо нека питања, на која је прерано дати коначан одговор.

Препоруке:

- изричито прописивање начела рада у најбољем интересу привредног друштва, као општег начела компанијског права, као и дужности лојалности, као једне од две најзначајније посебне дужности према привредном друштву, (по узору на ЗПД 2004);
- прописивање међусобне, узајамне дужности лојалности између ортака и између комплементара, у складу са посебном природом односа унутар друштава лица;

- усклађивање регулативе правних послова са личним интересом са новом Директивом ЕУ о измени Директиве бр. 2007/36/ЕС у погледу подстицања дугорочног учешћа акционара из 2017. године, и то: 1) прописивањем додатних квантитативних критеријума, као елементима појма посла са личним интересом, предвиђених чл. 9 ст. 1. Директиве; 2) прописивањем обавезе јавног објављивања послова и радњи са личним интересом у јавним акционарским друштвима до тренутка њиховог закључења;
- прецизно дефинисање појма правне радње за потребе института дужности пријављивања правних послова и правних радњи у којима постоји лични интерес;
- одређивање органа надлежног за одобрење правног посла или радње са личним интересом (као и за одобрење непоступања у складу са другим дужностима које могу бити предмет одобрења) за сва лица која имају посебне дужности према друштву;
- омогућавање судске оцене поштења послова и радњи са личним интересом, не само као механизма одбране лица са дужностима у евентуалном спору, већ и у случају постојања формално – правно ваљаног одобрења посла или радње (решавање проблема пристрасности органа надлежног за давање одобрења);
- прописивање значајније улоге независног директора у поступку давања одобрења послова и радњи са личним интересом (али и свих других дужности које могу бити предмет одобрења), бар у форми правно необавезујућег мишљења о поштењу посла, јер строги услови које неко лице мора испунити да би се сматрало независним директором упућују на непристрасност;
- искључење права гласа о одобрењу послова и радњи са личним интересом лица која (формално - правно) немају лични интерес у послу или радњи, али услед чије се повезаности са лицем са дужностима, које има лични интерес у вези са предметним правним послом, њихова непристрасност оправдано може довести у питање; то би подразумевало прописивање критеријума материјалне природе, који би представљали „путоказ“ за утврђивање постојања непристрасности (нпр. породична, финансијска, професионална или радно - правна повезаност са лицем са посебним дужностима, ако се

може очекивати да тај однос, према околностима случаја, може утицати на вршење права гласа);

- јасније одређивање „припадности“ могућности за закључење посла (пословне могућности), посебно у погледу тога да ли се пословном могућношћу друштва сматра само она могућност која је у оквиру његовог фактичког предмета пословања;
- укидање могућности накнадног одобрења повреде дужности избегавања сукоба интереса;
- укидање злоупотребе положаја у друштву као посебног појавног облика дужности избегавања сукоба интереса; злоупотреба положаја свакако подлеже кривичној одговорности, а како се под злоупотребу може подвести готова свака повреда дужности лојалности, постојање овог појавног облика дужности избегавања сукоба интереса може довести до преплитања са другим дужностима (што утиче на могућност претходног или накнадног одобрења повреде);
- усвајање флексибилнијег приступа у погледу регулисања дужности поштовања забране конкуренције: 1) изостављање неизвршних директора и чланова надзорног одбора из круга субјеката ове дужности, у циљу признавања легитимне пословне праксе према којој ова лица заузимају положаје у управи конкурентских друштава; 2) измена и сужавање домета примене законских одредаба које обухватају врло широк круг забрањених послова и пословних својстава („лице на други начин ангажовано у конкурентском друштву“, „лице које је запослено у друштву“);
- јасније дефинисање појма пословне тајне у ЗПД, посебно у погледу елемента тог појма који се односи на „могућност наношења штете“ откривањем пословне тајне, а који доводи до чак три могућа различита тумачења о појму пословне тајне;
- промишљање о потреби постојања, односно увођења, посебне регулативе о дужности лојалности за мала и средња привредна друштва, полазећи од специфичних потреба ове категорије друштава, али уз уважавање чињенице да привредна друштва, која се у економском смислу, сматрају малим и средњим, могу бити основана у било којој правној форми привредног друштва, што значајно отежава стварање посебне правне регулативе;

- отварање расправе о односу између начела слободe уговарања и правног режима дужности лојалности (у ДОО и друштвима лица), односно о могућности ограничења и/или искључења законског режима (оснивачким актом, уговором чланова).

Ни усвајање свих наведених препорука, ни проналажење неких других, бољих, смисленијих, вероватно неће много утицати на примену правила о дужности лојалности. Иако идеална решења не постоје, чак и ако би таква била пронађена, искуство европских земаља, са много развијенијом судском праксом у области компанијског права, али и искуство наше земље, указују да ни та („идеална правила“) не гарантују постојање ефикасне примене дужности лојалности, односно њено успостављање у правом смислу. Која је онда њена сврха постојања? Дужност лојалности једна је од оних норми које служе као подсетник учесницима у привредном пословању о томе на којим основама то пословање почива, који су његови општи принципи, правила функционисања. Дужност лојалности своју сврху испуњава самим постојањем. Она има превентивни карактер. Она је успешна не онолико колико је судови примењују, већ онолико колико она успева да утиче на свест људи укључених у привредно пословање, када су у „искушењу“ да уместо интересу привредног друштва приоритет дају сопственом интересу. Оправдано се поставља питање: има ли правна норма снагу да мења свест људи? Директно не, али посредно она може утицати на обликовање свести, као и на промену понашања људи (у нашем случају, лица са дужностима) кроз утицај на стварање неких нових принципа пословања, неких нових, садржајнијих и квалитетнијих односа, како унутар самог привредног друштва, тако и на свеукупном тржишту („интерна“ и „екстерна лојалност“). Враћајући се на речи Џосаје Ројса са почетка овог рада, такав развој тржишта водио би стварању „универзалне лојалности“. До „универзалне лојалности“ на тржишту може довести само истинска (аутентична) лојалност учесника привредног пословања, која је наставак инструменталне лојалности, изражене кроз законом прописану дужност. Има ли смисла надати се таквом развоју догађају на тржишту? Сагласан одговор на ово питање не постоји. Све присутније друштвено одговорно пословање, као и стејкхолдерски модел, могу у времену које долази знатно да утичу на афирмацију лојалности.

ЛИТЕРАТУРА

1. Страна литература

1. Kelly A. Alces, „Debunking the Corporate Fiduciary Myth“, *Journal of Corporation Law*, бр. 2/2009 (К. Alces (2009)).
2. Kelly A. Alces, „The Fiduciary Gap“, *Journal of Corporation Law*, бр. 40/2015 (К. Alces (2015)).
3. Paul Krüger Andersen, Evelyne Juliane Beatrix Sørensen, „The principle of shareholder primacy in company law from a Nordic and European regulatory perspective“, у: Hanne S. Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (ур.), *The European Financial Market in Transition*, Alphen aan den Rijn, 2011.
4. Paul Krüger Andersen, Dorthe Kristensen Balshøj, „Directors’ Conflicts of Interest: A Contribution to European Convergence“, у: Hanne S. Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (ур.), *Boards of Directors in European Companies : Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties*, Alphen aan den Rijn, 2013.
5. John Armour, Bernard Black, Brian Cheffins, Richard Nolan, „Private enforcement of corporate law: an empirical comparison of the United Kingdom and the United States“, *Journal of Empirical Legal Studies*, бр. 4/2009.
6. Steven Bainbridge, „Director primacy: the means and ends of corporate governance“, *Northwestern University Law Review*, бр. 2/2003.
7. Douglas G. Baird, M. Todd Henderson, „Other People’s Money“, *Stanford Law Review*. бр. 5/2008.
8. Natarajan Balasubramanian, Jagadeesh Sivadasan, “What happens when firm patent? New evidence from U.S. economic census data”, *Review of Economics and Statistics*, бр. 1/2011.
9. Jakša Barbić, *Pravo društava – opći dio*, књига прва, Загреб, 1999, стр. 303.
10. Marcia Baron, *The Moral Status of Loyalty*, Dubuque (Iowa), 1984.
11. Adolf A. Berle, Jr., „Corporate powers as powers in trust“, *Harvard Law Review*, бр. 7/1931.
12. Adolf A. Berle, Jr., *The 20th century capitalist revolution*, New York, 1954.

13. Ulf Bernitz, „What is Scandinavian law – concepts, characteristics, future“, y: Peter Wahlgren (yp.), *What is Scandinavian law*, Stockholm, 2007.
14. George Gleason Bogert, George Taylor Bogert, *The law of trusts and trustees*, Kansas City, 1992.
15. Robert G. Bone, „A new look at trade secret law: doctrine in search of justification“, *California Law Review*, бп. 2/1998 (R. Bone (1998)).
16. Robert G. Bone, „Trade secrecy, innovation, and the requirement of reasonable secrecy precautions“, y: Rochelle C. Dreyfuss, Katherine J. Strandburg (yp.), *The law and theory of trade secrecy: a handbook of contemporary research*, Cheltenham, Northampton, 2010.
17. David Brown, „When opportunity knocks: an analysis of the Brudney & Clark and ALI Principles of Corporate Governance proposals for deciding corporate opportunity claims“, *Journal of Corporation Law*, бп. 2/1986.
18. Robert Brown, Jr., „Speaking with complete candor: shareholder ratification and the elimination of the duty of loyalty“, *Hastings Law Journal*, бп. 54/2003.
19. Victor Brudney, Robert Charles Clark, „A new look at corporate opportunities“, *Harvard Law Review*, бп. 5/1981.
20. Victor Brudney, „Contract and Fiduciary Duty in Corporate Law“, *Boston College Law Review*, бп. 38, 1997 (V. Brudney (1997)).
21. Victor Brudney, „Revisiting the import of shareholder consent for corporate fiduciary loyalty obligation“, *Journal of Corporation Law*, бп. 2/2000 (V. Brudney (2000)).
22. Andreas Cahn, David C. Donald, *Comparative Company Law*, Cambridge, 2010.
23. Andreas Cahn, „The shareholders’ fiduciary duty in German company law“, y: Hanne Søndergaard Birkmose (yp.), *Shareholders’ rights*, Alphen aan den Rijn, 2017.
24. James Carbone, „Loyalty: Subversive Doctrine?“, *The Academy of Management Executive*, бп. 3/1997.
25. Bruce Chapman, „Trust, Economic Rationality, and the Corporate Fiduciary Obligation“, *University of Toronto Law Journal*, бп. 43/1993.
26. Pat K. Chew, „Competing interests in the corporate opportunity cases“, *North Carolina Law Review*, бп. 2/1989.
27. Simeon Chow, Reed Holden, „Toward an Understanding of Loyalty: The Moderating Role of Trust“, *Journal of Managerial Issues*, бп. 3/1997.

28. Michael Christie, „The directors’ fiduciary duty not to compete“, *The Modern Law Review*, бр. 4/1992.
29. Pierre-Henri Conac, „Legalizing the interest of the group at the European level“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 2/2013.
30. Pierre-Henri Conac, „The shareholders’ duty not to abuse rights“, y: Hanne Søndergaard Birkmose (yp.), *Shareholders’ rights*, Alphen aan den Rijn, 2017.
31. Matthew Conaglen, *Fiduciary Loyalty – Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*, Oxford, Portland, 2010.
32. James Connor, *The Sociology of Loyalty*, Cham, 2007.
33. Robert Cooter, Bradley J. Freedman, „The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences“, *New York University Law Review*, бр. 66, 1991.
34. John Corvino, „Loyalty in Business?“, *Journal of Business Ethics*, бр. 1/2-2002.
35. Ronald Couse, „The nature of the firm“, *Economica*, бр. 4/1937.
36. Deborah A. DeMott, „Beyond Metaphor: an analysis of fiduciary obligation“, *Duke Law Journal*, бр. 5/1988.
37. Edwin Merrick Dodd, Jr., „For whom are corporate managers trustees?“, *Harvard Law Review*, бр. 7/1932.
38. Ronald Duska, „Whistleblowing and Employee Loyalty“, y: Joseph R. Des Jardins, John J. McCall, *Contemporary Issues in Business Ethics*, Belmont, 1999.
39. Frank Easterbrook, Daniel Fischel, „Contract and Fiduciary Duty“, *The Journal of Law & Economics*, бр. 1/1993.
40. Melvin A. Eisenberg, „The duty of care of corporate directors and officers“, *University of Pittsburgh Law Review*, бр. 51/1990 (M. Eisenberg (1990)).
41. Melvin A. Eisenberg, „Corporate Law and Social Norms“, *Columbia Law Review*, бр. 5/1999 (M. Eisenberg (1999)).
42. Melvin A. Eisenberg, „The disgorgement interest in contract law“, *Michigan Law Review*, бр. 3/2006.
43. Luca Enriques, „Related party transactions: policy options and real-world challenges (with a critique of the European Commission Proposal)“, *European Business Organization Law Review*, бр. 1/2015.
44. R.E. Ewin, „Corporate Loyalty: Its Objects and Its Grounds“, *Journal of Business Ethics*, бр. 5/1993.

45. Valeria Falce, „Trade secrets – looking for (full) harmonization in the Innovation Union“, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, бр. 8/2015.
46. Bradley T. Ferrell, „A hybrid approach: integrating the Delaware and ALI approaches to shareholder derivative litigation“, *Ohio State Law Journal*, бр. 1/1999.
47. Paul Finn, *Fiduciary obligations*, Sydney, 1977.
48. Holger Fleischer, „Legal transplants in European company law – the case of fiduciary duties“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 3/2005 (H. Fleischer (2005)).
49. Holger Fleischer, „A guide to German company law for international lawyers – distinctive features, particularities, idiosyncracies“, у: Holger Fleischer, Jesper Lau Hansen, Wolf-Georg Ringe (ур.), *German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015 (H. Fleischer (2015)).
50. George Fletcher, *Loyalty – An Essay on Morality of Relationships*, New York, Oxford, 1993.
51. Michael Follett, „*Gantler v. Stephens*: big epiphany of big failure? A look at the current state of officers’ fiduciary duties and advice for potential protection“, *Delaware Journal of Corporate Law*, бр. 2/2010.
52. Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, New York, 2011.
53. Luigi Alberto Franzoni, Arun Kumar Kaushik, „The optimal scope of trade secret law“, *International Review of Law and Economics*, бр. 1/2016.
54. R. Edward Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984.
55. David D. Friedman, William M. Landes, Richard A. Posner, „Some economics of trade secret law“, *The Journal of Economic Perspectives*, бр. 1/1991.
56. Milton Friedman, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, N.Y. Times, Sept. 13, 1970 (доступно на <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>, 27.04.2017).
57. Adrian Furnham, John Taylor, *The Dark Side of Behavior at Work*, Cham, 2004.
58. David R. Ganfield, „Protecting trade secrets: a cost-benefit approach“, *Illinois Bar Journal*, бр. 80/1992.

59. Dominick T. Gattuso, Vernon R. Proctor, „Reining in directors and officers in corporate America: in Delaware, the answer is not to expand their personal liability”, *Business Law Today*, 6p. 3/2010.
60. Martin Gelter, „Why do shareholder derivative suits remain rare in Continental Europe?“, *Brooklyn Journal of International Law*, 6p. 1/2012.
61. Martin Gelter, Genevieve Helleringer, „Constituency directors and corporate fiduciary duties“, y: Andrew Gold, Paul Miller (yp.), *The philosophical foundations of fiduciary law*, Oxford, 2014 (M. Gelter, G. Helleringer (2014)).
62. Martin Gelter, Genevieve Helleringer, „Lift not the painted veil! To whom are directors’ duties really owed?“, *University of Illinois Law Review*, 6p. 3/2015 (M. Gelter, G. Helleringer (2014)).
63. Carsten Gerner-Beuerle, Philipp Paech, Edmund Philipp Schuster, *Study on directors’ duties and liability*, London, 2013.
64. Carsten Gerner-Beuerle, Edmund Philipp Schuster, „Mapping Directors' Duties: Strategies and Trends in the EU“, y: Hanne S. Birkmose, Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (yp.), *Boards of Directors in European Companies : Reshaping and Harmonising Their Organisation and Duties*, Alphen aan den Rijn, 2013.
65. Carsten Gerner-Beuerle, Edmund Philipp Schuster, „The Evolving Structure of Directors’ Duties in Europe“, *European Business Organization Law Review*, 6p. 2/2014.
66. Jochen Glöckner, „The law against unfair competition and the EC Treaty“, y: Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig (yp.), *Law against unfair competition – towards a new paradigm in Europe?*, Berlin, Heidelberg, 2007.
67. Wulf Goette, Mathias Habersack, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, München, 2008.
68. Andrew Gold, „Dynamic fiduciary duties“, *Cardozo Law Review*, 6p. 2/2012.
69. Zohar Goshen, „The efficiency of controlling corporate self-dealing: theory meets reality“, *California Law Review*, 6p. 1/2003.
70. Ros Grantham, „Can directors compete with the company“, *The Modern Law Review*, 6p. 1/2003.
71. Bernard Gret, „Loyalty and Morality”, *Nomos*, 6p. 1/2013
72. Brian A. Grosman, „Corporate Loyalty: Does It Have a Future?“, *Journal of Business Ethics*, 6p. 7/1989.

73. Stefan Grundmann, *European company law – organization, finance, and capital markets*, Cambridge, Portland, Antwerp, 2012.
74. Bronwyn H. Hall, Christian Helmers, Tomas Juster, Vania Sena, “The Importance (or Not) of Patents to UK Firms” (May 2013). *NBER Working Paper No. w19089*.
 доступно на SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2272524>
75. Gerald B. Halt, Jr., John C. Donch, Jr., Amber R. Stiles, Robert Fesnak, *Intellectual Property in Consumer Electronics, Software and Technology Startups*, New York, 2014.
76. Henry Hansmann, Reinier Kraakman, „The end of history for corporate law“, *Georgetown Law Journal*, бр. 2/2001.
77. Harvard Law Review Association, „Fiduciary duties of officers and directors not to compete with the corporation“, *Harvard Law Review*, бр. 7/1941.
78. John Haughey, „Does Loyalty in the Workplace Have Future?“, *Business Ethics Quarterly*, бр. 1/1993.
79. Tobias Helms, „Disgorgement of profits in German law“, y: Ewoud Hondius, Andre Janssen (yp.), *Disgorgement of profits*, Cham, 2015.
80. Frauke Henning-Bodewig, „International unfair competition law“, y: Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig (yp.), *Law against unfair competition – towards a new paradigm in Europe?*, Berlin, Heidelberg, 2007.
81. Martijn W. Hesselink, „The concept of good faith“, y: Arthur S. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, Ewoud H. Hondius, Chantal Mak, C. Edgar du Perron (yp.), *Towards a European civil code*, Alphen aan den Rijn, 2011.
82. Reto M. Hilty, „The law against unfair competition and its interfaces“, y: Reto M. Hilty, Frauke Henning-Bodewig (yp.), *Law against unfair competition – towards a new paradigm in Europe?*, Berlin, Heidelberg, 2007.
83. Richard W. Holtz, „Interested transactions by corporate directors: a weakening of the fiduciary duty of loyalty“, *Suffolk University Law Review*, бр. 1/1994.
84. Ewoud Hondius, Andre Janssen, „Disgorgement of profits: gain-based remedies through the world“, y: Ewoud Hondius, Andre Janssen (yp.), *Disgorgement of profits*, Cham, 2015.
85. Parker Hood, „Directors’ duties under the Companies Act 2006: clarity or confusion“, *Journal of Corporate Law Studies*, бр. 1/2013.

86. Klaus J. Hopt, „Comparative corporate governance: the state of the art and international regulation“, *American Journal of Comparative Law*, бр. 1/2011 (K. Hopt (2011)).
87. Klaus J. Hopt, „Conflict of interest, secrecy and insider information of directors, a comparative analysis“, *European Company & Financial Law Review*, бр. 2/2013 (K. Hopt (2013)).
88. Andrew Huxley, „Jeremy Bentham on Legal Transplants“, *Journal of Comparative Law*, бр. 2/2007.
89. Šime Ivanjko, „Suprotni ili jedinstveni interesi u trgovačkom društvu“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* (poseban broj), 2006.
90. Michael C. Jensen, William H. Meckling, „Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure“, *Journal of Financial Economics*, бр. 3/1976.
91. Willi Joachim, „The liability of supervisory board directors in Germany“, *The International Lawyer*, бр. 1/1991.
92. Lyman Johnson, Mark A. Sides, „The Sarbanes- Oxley Act and fiduciary duties“, *William Mitchell Law Review*, бр. 4/2004.
93. Lyman Johnson, David Millon, „Recalling why corporate officers are fiduciaries“, *William & Mary Law Review*, бр. 5/2005.
94. Lyman Johnson, „Delaware’s Non - Waivable Duties“, *Boston University Law Review*, бр. 2/2011.
95. Aaron D. Jones, „Corporate officer wrongdoing and the fiduciary duties of corporate officers under Delaware law“, *American Business Law Journal*, бр. 3/2007.
96. Hideki Kanda, Curtis J. Milhaupt, „Re-examining Legal Transplants: The Director’s Fiduciary Duty in Japanese Corporate Law“, *The American Journal of Comparative Law*, бр. 4/2003.
97. Boris Kasolowsky, *Fiduciary Duties in Company Law – Theory and Practice*, Baden-Baden, 2002.
98. Peter E. Kay, „Director conflicts of interest under the Model Business Corporation Act: a model for all states?“, *Washington Law Review*, бр. 69, 1994.
99. Andrew Keay, „Ascertaining the corporate objective: An entity maximization and sustainability model“, *The Modern Law Review*, бр. 5/2008 (A. Keay, 2008)).

100. Andrew Keay, „Shareholder primacy in corporate law: Can it survive? Should it survive“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 3/2010 (A. Keay, 2010a).
101. Andrew Keay, „Stakeholder theory in corporate law: Has it got what it takes?“, *Richmond Journal of Global Law and Business*, бр. 3/2010 (A. Keay (2010b)).
102. Andrew Keay, Hao Zhang, „An analysis of enlightened shareholder value in light of ex post opportunism and incomplete law“, *European Company and Financial Law Review*, бр. 4/2011.
103. Andrew Keay, *Directors' Duties*, Bristol, 2014. (A. Keay, 2014).
104. David Kershaw, „Lost in translation: corporate opportunities in comparative perspective“, *Oxford Journal of Legal Studies*, бр. 4/2005.
105. William A. Klein, J. Mark Ramseyer, Stephen M. Bainbridge, *Business associations – cases and materials on agency, partnerships, and corporations*, New York, 2012.
106. Reinier Kraakman, Hyun Park, Steven Shavell, „When are shareholder suits in shareholder interests?“, *Georgetown Law Journal*, бр. 5/1994.
107. Arthur Laby, „The Fiduciary Obligation as the Adoption of Ends“, *Buffalo Law Review*, бр. 1/2008.
108. John Ladd, *Loyalty*, Encyclopedia of Philosophy, London, 1967.
109. DeLarme R. Landes, „Economic efficiency and the corporate opportunity doctrine: in defense of a contextual disclosure rule“, *Temple Law Review*, бр. 74/2001.
110. Pierre Legrand, „The Impossibility of Legal Transplants“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, бр. 4/1997.
111. J. Travis Lester, „The effect of stockholder approval on enhanced scrutiny“, *William Mitchell Law Review*, бр. 4/2014.
112. Mohsen Manesh, „Contractual Freedom under Delaware Alternative Entity Law: Evidence from Publicly Traded LPs and LLCs“, *Journal of Corporation Law*, бр. 4/2012.
113. Petri Mäntysaari, *Comparative Corporate Governance, Shareholders as a Rulemaker*, Berlin, Heidelberg, 2005.

114. Domenec Mele, „Corporate social responsibility theories“, y: Andrew Crane, Abigail McWilliams, Dirk Matten, Jeremy Moon, Donald S. Siegel (yp.), *The Oxford Handbook of Corporate Social Responsibility*, Oxford, 2008.
115. Robert P. Merges, Peter S. Menell, Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age*, New York, 2012.
116. Paul B. Miller, „A Theory of Fiduciary Liability“, *McGill Law Journal*, бр. 2/2011 (P. Miller (2011)).
117. Paul B. Miller, „Justifying fiduciary duties“, *McGill Law Journal*, бр. 4/2013 (P. Miller (2013)).
118. Sandra Miller, „Fiduciary Duties in the LLC: Mandatory Core Duties to Protect the Interests of Others Beyond the Contracting Parties“, *American Business Law Journal*, бр. 2/2009.
119. Lawrence E. Mitchell, „Fairness and trust in corporate law“, *Duke Law Journal*, бр. 3/1993.
120. Scott H. Mollett, „Derivative lawsuits outside of their cultural context: the divergent examples of Italy and Japan“, *University of San Francisco Law Review*, бр. 3/2009.
121. Eric Monsen, „Disgorgement damages in Norwegian law“, y: Ewoud Hondius, Andre Janssen (yp.), *Disgorgement of profits*, Cham, 2015.
122. Colin R. Moore, „Obligations in the shade: the application of fiduciary directors’ duties to shadow directors“, *Legal Studies*, бр. 2/2016.
123. Tammy Savidge Moore, „The Policy of Opting-Out of Fiduciary Duties in a Limited Liability Company: *McConnel v. Hunt Sports Enterprises*“, *South Texas Law Review*, бр. 2/2000.
124. Eric G. Orlinsky, „Corporate opportunity doctrine and interested director transactions: a framework for analysis in an attempt to restore predictability“, *Delaware Journal of Corporate Law*, бр. 2/1999.
125. Jullina Oxley, D.E. Witkower, „Care and Loyalty in the Workplace“, y: Maurice Hamington, Maureen Sander-Staudt, *Applying Care Ethics to Business*, Cham, 2011.
126. Roscoe Pound, „Law in books and law in action“, *American Law Review*, бр. 1/1910.
127. George D. Randels Jr., „Loyalty, Corporations, and Community“, *Business Ethics Quarterly*, бр. 1/2001.

128. Frederick F. Reichheld, *The Loyalty Effect – The Hidden Force Behind Growth, Profits, and Lasting Value*, Boston, 1996.
129. Arad Reisberg, „Shareholders’ remedies: the choice of objectives and the social meaning of derivative actions“, *European Business Organization Law Review*, 6p. 6/2005.
130. Larry Ribstein, „Fiduciary Duty Contracts in Unincorporated Firms“, *Washington and Lee Law Review*, 6p. 2/1997 (L. Ribstein (1997)).
131. Larry Ribstein, „Are Partners Fiduciaries?“, *University of Illinois Law Review*, 2005 (L. Ribstein (2005)).
132. Terence L. Robinson Jr, “A new interpretation of the contemporaneous ownership requirement in shareholder derivative suits: *In re Bank of New York Derivative Litigation* and the elimination of the continuing wrong doctrine”, *Brigham Young University Law Review*, 6p. 1/2005.
133. David Rönnegard, N. Craig Smith, „Shareholder primacy as an impediment to Corporate Social Responsibility“, y: Maria Cecilia Coutinho de Arruda, Boleslaw Rok (yp.), *Understanding Ethics and Responsibilities in a Globalizing World*, Berlin, 2016.
134. Josep M. Rosanas, Manuel Velilla, “Loyalty and Trust as the Ethical Bases of Organizations”, *Journal of Business Ethics*, 6p. 1/2003.
135. Caspar Rose, „Director’s liability and investor protection: a law and finance perspective“, *European Journal of Law and Economics*, 6p. 3/2011.
136. Jean-Emmanuel Roy, Jacques Rojot, „Loyalty and non-competition in France“, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 6p. 2/1999.
137. Josiah Royce, *The Philosophy of Loyalty*, Cambridge, Massachussetts, 1908.
138. Thomas Rutledge, Thomas Earl Geu, „The Analytic Protocol for the Duty of Loyalty under the Prototype LLC Act“, *Arkansas Law Review*, 6p. 2/2010.
139. Matthew R. Salzwedel, “A contractual theory of corporate opportunity and a proposed statute”, *Pace Law Review*, 6p. 1/2002.
140. Irit Samet, „Fiduciary loyalty as Kantian virtue“, y: Andrew Gold, Paul Miller (yp.), *Philosophical foundations of fiduciary law*, Oxford, 2014.
141. William Lynch Schaller, „Corporate opportunities and corporate competition in Illinois: a comparative discussion of fiduciary duties“, *John Marshall Law Review*, 6p. 1/2012 (W. Schaller (2012)).

142. William Lynch Schaller, „Corporate opportunities and the third party „refusal to deal“ defense: policy and practice lessons from Illinois“, *John Marshall Law Review*, 6p. 1/2013 (W. Schaller (2013)).
143. Karsten Schmidt, Marcus Lutter, *Aktiengesetz Kommentar*, Köln, 2015.
144. Krystal Pfluger Scott, „A catch-22 or a catch-all? Delaware and Texas grasp for certainty in shareholder ratification“, *Duquesne Business Law Journal*, 6p. 1/2006.
145. L.S. Sealy, „Fiduciary Relationships“, *Cambridge Law Journal*, 6p. 1/1962 (L. Sealy (1962)).
146. L.S. Sealy, „The Director as Trustee“, *Cambridge Law Journal*, 6p. 1/1967 (L. Sealy (1967)).
147. Len Sealy, Sarah Worthington, *Cases and materials in company law*, Oxford, 2010.
148. Simone M. Sepe, „Intruders in the boardroom: the case of constituency directors“, *Washington University Law Review*, 6p. 91/2013.
149. Megan W. Shaner, „The un(enforcement) of corporate officers’ duties“, *U.C. Davis Law Review*, 6p. 1/2014-2015.
150. Joseph R. Shealy, „The corporate identity theory dilemma: North Carolina and the need for constructionist corporate law reform“, *North Carolina Law Review*, 6p. 2/2016.
151. J.C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries*, Toronto, 1981.
152. Rolf Skog, „The importance of profits in company law – a comment from a Swedish perspective“, *European Company and Financial Law Review*, 6p. 4/2015.
153. D. Gordon Smith, „The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty“, *Vanderbilt Law Review*, 6p. 5/2002.
154. D. Gordon Smith, „Contractually adopted fiduciary duties“, *University of Illinois Law Review*, 6p. 5/2014.
155. Karsten Engsig Sørensen, „Duty of Loyalty of Shareholders – a possible remedy for conflicts in SMEs?“, y: Mette Neville, Karsten Engsig Sørensen (yp.), *Company Law and SMEs*, Copenhagen, 2010.
156. A. Gilchrist Sparks, III, Lawrence A. Hamermesh, „Common law duties of non.-director corporate officers“, *The Business Lawyer*, 6p. 1/1992.

157. Myron Steele, „Freedom of Contract and Default Contractual Duties in Delaware Limited Partnerships and Limited Liability Companies“, *American Business Law Journal*, бр. 2/2009.
158. James Stieb, „Clearing up the Egoist Difficulty with Loyalty“, *Journal of Business Ethics*, бр. /2006.
159. Matthias E. Storme, „Good faith and the contents of contracts in European Private Law“, *Electronic Journal of Comparative Law*, бр. 1/2003.
160. Lyn Stout, „On the export of U.S.-style corporate fiduciary duties to other cultures: can a transplant take“, *University of California, Los Angeles, School of Law, Research Papers*, бр. 2/2011, доступно на SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=313679 (L. Stout (2011)).
161. Lynn Stout, *The shareholder value myth: how putting shareholders first harms investors, corporations, and the public*, San Francisco, 2012.
162. Leo E. Strine, Jr., Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balloti, Jeffrey M. Gorris, „Loyalty’s Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law“, *Georgetown Law Journal*, бр. 3/2010.
163. Jules Stuyck, *Briefing paper on addressing unfair commercial practices in business-to-business relations in the internal market*, Brussels, 2011.
164. Anant K. Sundaram, Andrew C. Inkpen, „The corporate objective revisited“, *Organization Sciences*, бр. 3/2004.
165. Gunther Teubner (увод написао Hugh Collins), *Networks as connected contracts*, Oxford, Portland, 2011.
166. Pedro Pais de Vanconcelos, „A brief note on directors’ duties of care and loyalty in Portugal“, у: Adolfo Paolini (ур.), *Research handbook on directors’ duties*, Cheltenham, Northampton, 2014.
167. Jenifer Varzaly, „Enforcement of Directors’ Duties in Australia: an empirical analysis“, *European Business Organization Law Review*, бр. 2/2015
168. James M. Van Vliet, Jr., Mark D. Snider, „The evolving fiduciary duty solution for shareholders caught in a closely held corporation trap“, *Northern Illinois University Law Review*, бр. 2/1998.
169. Marcel Verweij, *Preventive medicine between obligation and aspiration*, Cham, 2008.
170. Steven M.H. Wallman, „Understanding the purpose of a corporation: an introduction“, *Journal of Corporation Law*, бр. 4/1999.

171. James P. Walsh, „Introduction to the “Corporate Objective Revisited” exchange”, *Organization Science*, бр. 3/2004.
172. Stephen Watterson, „Gain-based remedies for civil wrongs in England and Wales“, у: Ewoud Hondius, Andre Janssen (ур.), *Disgorgement of profits*, Cham, 2015.
173. Peter Watts, „The transition from director to competition“, *Law Quarterly Review*, бр. 1/2007.
174. Simon Whittaker, Reinhard Zimmerman, „Good faith in European contract law: surveying the legal landscape“, у: Reinhard Zimmerman, Simon Whittaker (ур.), *Good faith in European contract law*, Cambridge, 2000.
175. Alan Wolfe, „On Loyalty“, *The Wilson Quarterly*, бр. 4/1997.
176. Alan Watson, *Legal Transplants – An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974.
177. Helen Xanthaki, „Legal Transplants in Legislation: Defusing the Trap“, *International and Comparative Law Quarterly*, бр. 3/2008.
178. Stephen B. Young, „Fiduciary duties as a helpful guide to ethical decision-making in business“, *Journal of Business Ethics*, бр. 1/2007.

2. Домаћа литература

1. Оливер Антић, „Морал (етика) у грађанском праву“, у: Дијана Марковић Бајаловић (ур.), *Хармонизација грађанског права у региону*, Источно Сарајево, 2013.
2. Зоран Арсић, „Пословна тајна и предлог новог Закона о предузећима“, *Право и привреда*, бр. 9-12/1994 (З. Арсић (1994)).
3. Зоран Арсић, „Интерес акционарског друштва“, *Право и привреда*, бр. 5-8/1998.
4. Борислав Благојевић, Врлета Круљ (редактори), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980.
5. Мирко Васиљевић, *Коментар Закона о предузећима*, Београд, 1996.
6. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – правни аспекти*, Београд, 2004 (М. Васиљевић (2004)).

7. Мирко Васиљевић, „Закони и привреда“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2012.
8. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање – изабране теме*, Београд, 2013 (М. Васиљевић (2013а)).
9. Мирко Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2013 (М. Васиљевић (2013б)).
10. Мирко Васиљевић, „Друштвена одговорност компанија (од политике, преко морала до права)“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2013.
11. Мирко Васиљевић, „Субјективитет групе друштава („интерес групе“ – стварност и/или фикција)“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ*, Београд, 2015.
12. Јована Величковић, „Одговорност за штету чланова управе привредног друштва (члан 415 Закона о привредним друштвима)“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2012.
13. Драган Вујисић, „Разрешење као облик статусне одговорности“, *Правни живот*, бр. 11/2000.
14. Драган Вујисић, „Сукоб интереса у вођењу послова привредног друштва“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2006.
15. Драган Вујисић, „Фидуцијарне дужности и одговорност чланова управе привредног друштва“, *Правни живот*, бр. 12/2009.
16. Драган Вујисић, „Дужности директора - у законодавству, пословној и судској пракси“, *Право и привреда*, бр. 1-4/2009.
17. Драган Вујисић, „Закон о привредним друштвима и забрана конкуренције“, у: Миодраг Мићовић (ур.), *Либерализам и заштита конкуренције*, Крагујевац, 2010 (Д. Вујисић (2010)).
18. Владимир Вулетић, „Од *bona fides* до начела савесности и поштења“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2010.
19. Андрија Гамс, *Увод у грађанско право – општи део*, Београд, 1972.
20. Сања Граић Степановић, „Пословна тајна као предмет права интелектуалне својине“, *Правни живот*, бр. 13/2007.
21. Бојан Забел, *Пословна тајна*, Београд, 1970.
22. Милорад Зебић, *Акцијско право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца – Коментар Закона*, Београд, 1928.
23. Ивица Јанковец, „Закон о предузећима и забрана конкуренције“, *Радни и социјални односи*, бр. 1-3/1997.

24. Ивица Јанковец, „Пословна тајна у акционарским друштвима“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2004.
25. Татјана Јевремовић Петровић, *Групе привредних друштава*, Београд, 2014.
26. Милена Јовановић Zattila, „Понашање привредних субјеката у условима нелојалне конкуренције“, *Правна ријеч*, бр. 32/2012.
27. Милена Јовановић Zattila, „Контролни механизми корпоративног управљања“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 74/2016
28. Мијат Јоцовић, *Злоупотреба инсајдерских информација на тржишту вриједносних папира – правни аспект*, Подгорица, 2013.
29. Марија Караникић Мирић, „Објективизовање моралне штете“, *Зборник Матице Српске за друштвене науке*, бр. 3/2015.
30. Иван Клајн, Милан Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Београд, 2010.
31. Владимир Козар, „Нематеријална штета проузрокована у пословању привредних друштава и других правних лица“, *Правни живот*, бр. 12/2009.
32. Мирко Кулић, „Постојање имовинске штете и противправне имовинске користи као елемент бића кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица у случају усвајања унапред припремљеног плана реорганизације“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017.
33. Јелена Лепетић, „Право акционара на индивидуалну тужбу“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2014.
34. Јелена Лепетић, *Компанијскоправни режим сукоба интереса – дужност лојалности*, Београд, 2015 (Ј. Лепетић (2015)).
35. Јелена Лепетић, „Повезана лица у пословном праву“, *Право и привреда*, бр. 10-12/2015.
36. Слободан Марковић, „Пословна тајна као предмет уговора о преносу индустријске својине“, *Правни живот*, бр. 11-12/1993.
37. Борко Михајловић, „Посебне дужности директора према друштву са ограниченом одговорношћу и начело слободе уговарања“, *Хармониус*, бр. 1/2015 (Б. Михајловић (2015)).
38. Борко Михајловић, „Циљ пословања привредног друштва – само стицање добити или још нешто?“, *Право и привреда*, бр. 4-6/2017 (Б. Михајловић (2017)).

39. Миодраг Мићовић, „Лојалност и трговачка друштва“, *Правни живот*, бр. 11/2000.
40. Миодраг Мићовић, „Клаузула сукоба интереса и забране конкуренције“, у: Миодраг Мићовић (ур.), *У сусрет новим правним решењима*, Крагујевац, 2006.
41. Миодраг Мићовић, „Начело лојалности и пословна тајна“, *Правни живот*, бр. 11/2012 (М. Мићовић (2012)).
42. Миодраг Мићовић, „Фидуцијарне дужности и одговорност“, у: Божин Влашковић (ур.), *Правна мисао у срцу Шумадије*, Крагујевац, 2012.
43. Миодраг Мићовић, „The interest of a commercial company and the liability of its management in Serbia“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3/2012.
44. Миодраг Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац, 2016 (М. Мићовић (2016)).
45. *Коментар Закона о облигационим односима* (уредници: Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Крагујевац, Горњи Милановац, 1980.
46. Слободан Перовић, „Основ уговорне и деликтне одговорности“, *Правни живот*, бр. 3-4/2004.
47. Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2008.
48. Вук Радовић, „Утицај агенцијских проблема на право акционарских друштава и корпоративно управљање“, у: Мирко Васиљевић, Вук Радовић (ур.), *Корпоративно управљање – зборник радова*, Београд, 2008.
49. Вук Радовић, „Три разлога неефикасности независних директора“, *Правни живот*, бр. 11/2011.
50. Вук Радовић, *Накнада члановима управе акционарског друштва*, Београд, 2011.
51. Вук Радовић, *Стечајно право*, књига прва, Београд, 2017.
52. Вук Радовић, *Стечајно право*, књига друга, Београд, 2017 (В. Радовић (2017)).
53. Обрен Станковић (главни уредник), *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996.
54. Обрен Станковић, *Накнада штете*, Београд, 1998.
55. Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, 5. неизмењено издање, Београд, 2007.
56. Златко Стефановић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, Београд, 2012.

57. Драгољуб Стојановић, *Савесност и поштење у промету*, Београд, 1973.
58. Драгољуб Стојановић, *Увод у грађанско право*, 9. издање, Београд, 2000 (Д. Стојановић (2000)).
59. Драгољуб Стојановић, Оливер Антић, *Увод у грађанско право*, 1. издање, Београд, 2001.
60. Ненад Тешић, „Пословна тајна на српски начин (*de lege lata*)“, у: Вук Радовић (ур.), *Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније*, Београд, 2011.
61. Мане Хајдин, „Лојалност у пословним односима“, *Филозофске студије*, бр. 30/2009.
62. Стојан Цигој, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада (део о грађанскоправној одговорности)*, том први, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978.

ПРОПИСИ И ДОКУМЕНТИ (СА СКРАЋЕНИЦАМА)

1. Српско право

- Закон о привредним друштвима („Службени гласник Републике Србије“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон и 5/2015; у тексту: **ЗПД**)
- Закон о привредним друштвима из 2004. године („Службени гласник Републике Србије“, бр. 125/2004; у тексту: **ЗПД 2004**)
- Закон о предузећима из 1996. године („Службени лист СРЈ“, бр. 29/96; у тексту: **ЗОП**)
- Трговачки закон за Краљевину Југославију од 1937. године
- Закон о акционарским друштвима за Србију и Црну Гору од 10. децембра 1896. године
- Закон о облигационим односима (Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 - Уставна повеља; у тексту: **ЗОО**)
- Закон о стечају („Службени Гласник Републике Србије“, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука Уставног суда и 83/2014; у тексту: **ЗС**)
- Закон о заштити пословне тајне („Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011; у тексту: **ЗЗПТ**)
- Закон о трговини („Службени гласник Републике Србије“, бр. 53/2010 и 10/2013 у тексту: **ЗТ**)
- Кривични законик („Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016; у тексту: **КЗ**)
- Закон о раду („Службени Гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 – одлука Уставног суда; у тексту: **ЗР**)
- Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 99/2012; у тексту: **ККУ**)
- Кодекс пословне етике Привредне коморе Србије („Службени гласник Републике Србије“, бр. 1/2006; у тексту: **КПЕ**)

2. Упоредно право

2.1. Међународни акти

- Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (доступно на: https://www.wto.org/English/docs_e/legal_e/27-trips_03_e.htm; Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине; у тексту: **TRIPS**)
- Paris Convention for the Protection of Industrial Property (доступно на: http://www.inapi.cl/portal/normativa/603/articles-1255_recurso_1.pdf; Париска конвенција за заштиту права индустријске својине)

2.2. Право ЕУ

- Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, *Official Journal of the European Union*, L 132/1; у тексту: **Директива**
- Directive (EU) 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, *Official Journal of the European Union*, L 157/1; у тексту: **Директива о пословној тајни**
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Action Plan: European company law and corporate governance – a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740&from=EN>
- Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market, 2013, доступно на: http://ec.europa.eu/internal_market/iprenforcement/docs/trade-secrets/130711_final-study_en.pdf
- European Model Company Act, доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348; у тексту: **ЕМСА**

2.3. Страни национални закони и једнообразни закони

- Закон о компанијама Велике Британије из 2006. године (Companies Act 2006; у тексту: **CA**)
- Закон о ортачким друштвима Велике Британије из 1890. године (у тексту: **PA**)
- Закон о акционарским друштвима Немачке из 1966. године (Aktiengesetz, у тексту: **Aktg**)
- Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу Немачке са изменама од 10. маја 2016. године
- Немачки трговачки законик из 1897. године (Handelsgesetzbuch; у тексту: **HGB**)
- Закон о корпорацијама Делавера (The Delaware Code Annotated, title 6, chapter 18)
- Амерички Измењени модел закона о корпорацијама са изменама од 2016. године (у тексту: **MBCA**)
- Принципи корпоративног управљања Америчког правног института (American Law Institute Corporate Governance Principles)
- Амерички Једнообразни Закон о ортачким друштвима са изменама од 1997. године (у тексту: **UPA**)
- Амерички Једнообразни закон о командитним друштвима са изменама од 2001. године (у тексту: **ULPA**)
- Амерички Једнообразни закон о друштвима са ограниченом одговорношћу са изменама од 2013. године (у тексту: **ULLCA**)
- Амерички Једнообразни закон о пословној тајни са изменама од 1985. године (у тексту: **UTSA**)
- Закон о јавним и приватним друштвима са ограниченом одговорношћу из 2010. године Данске (Компанијски закон Данске)
- Закон о привредним друштвима Луксембурга из 1915. године, са изменама које су на снази од 1. јула 2015. године (Компанијски закон Луксембурга)
- Zakon o gospodarskih družbah Slovenije из 2009. године (Uradni list RS, št. 65/09 – uradno prečiščeno besedilo, 33/11, 91/11, 32/12, 57/12, 44/13 – odl. US, 82/13 in 55/15; у тексту: **ZGD**)

- Zakon o trgovačkim društvima Hrvatske из 1993. године („Narodne novine”, br. 111/93, br. 34/99., 121/99. – vjerodostojno tumačenje, 52/00. – Odluka USRH, 118/03., 107/07., 146/08. i 137/09; у тексту: **ZTD**)